



Gianella Bardazano | Aníbal Corti | Nicolás Duffau | Nicolás Trajtenberg
(compiladores)

DISCUTIR LA CÁRCEL, PENSAR LA SOCIEDAD

Contra el sentido común punitivo

TRILCE

CSIC
COMISIÓN SECTORIAL DE
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

DISCUTIR LA CÁRCEL, PENSAR LA SOCIEDAD

Contra el sentido común punitivo

Gianella Bardazano | Aníbal Corti | Nicolás Duffau | Nicolás Trajtenberg
(compiladores)

Ilustración de carátula:
Giovanni Battista Piranesi, 1761

© 2015, CSIC Universidad de la República

TRILCE

Ediciones Trilce
San Salvador 2075
11200 Montevideo, Uruguay
tel.: (598) 2412 76 62
trilce@trilce.com.uy
www.trilce.com.uy

ISBN 978-9974-32-649-1

Primera edición: diciembre 2015

DISCUTIR LA CÁRCEL, PENSAR LA SOCIEDAD

Contra el sentido común punitivo

Gianella Bardazano | Aníbal Corti | Nicolás Duffau | Nicolás Trajtenberg
(compiladores)

*Isabel Arriagada | Diego Camaño Viera | Aníbal Corti | Nicolás Duffau |
María de los Ángeles Fein García | Daniel Fessler | Álvaro Garcé García y Santos
Roberto Gargarella | Virginia Ginares Echenique | Víctor González | Cecilia Lacruz
Rafael Rey | Iñaki Rivera Beiras | Emiliano Rojido | Verónica Roldós
Nicolás Trajtenberg | Carlos Uriarte | Eugenio Raúl Zaffaroni*

Art.2

"Fondo Universitario para Contribuir a la
Comprensión Pública de Temas de Interés General"



Colección Artículo 2

«Fondo Universitario para Contribuir
a la Comprensión Pública
de Temas de Interés General»



TRILCE

Art. 2
"Fondo Universitario para Contribuir a la
Comprensión Pública de Temas de Interés General"



Colección Artículo 2

A efectos de cumplir con el mandato contenido en la Ley Orgánica a través de su Artículo Segundo la Comisión Sectorial de Investigación Científica ha creado el «Fondo Universitario para Contribuir a la Comprensión Pública de Temas de Interés General», cuyo objetivo es financiar proyectos en torno a temas de relevancia nacional e interés público.

La colección Artículo 2 difunde en esta edición los resultados del llamado 2014.

Una comisión evaluadora compuesta por Ana Denicola, Alcides Beretta, Alicia Fernández y Javier Alonso, fue la encargada de seleccionar las propuestas financiadas.

La presente publicación reúne bajo el título *Discutir la cárcel, pensar la sociedad*, los resultados del proyecto desarrollado por los docentes e investigadores Gianella Bardazano, Aníbal Corti, Nicolás Duffau y Nicolás Trajtenberg.

Contenido

Introducción	7
Parte I	
La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	15
Parte II	
Génesis del sistema penitenciario uruguayo (1862-1888) <i>Verónica Roldós Rafael Rey</i>	39
El «hospital de almas». Propuestas de reformas carcelarias en Uruguay (1878-1884) <i>Daniel Fessler</i>	57
El debate sobre los «locos criminales» en el Uruguay del Novecientos. Análisis histórico de una problemática actual <i>Nicolás Duffau</i>	75
De la Colonia Educativa de Trabajo al Penal de Libertad; o de los proyectos de rehabilitación al castigo sistemático <i>María de los Ángeles Fein García</i>	91
La pantalla presa en Libertad <i>Cecilia Lacruz</i>	113
Sistema penitenciario de Uruguay (1985-2014): cambios, continuidades y desafíos <i>Víctor González Emiliano Rojido Nicolás Trajtenberg</i>	127
Parte III	
Fortalezas y debilidades en el sistema de medidas sustitutivas a la prisión preventiva <i>Virginia Ginares Echenique</i>	155
Luces y sombras de la prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal <i>Diego Camaño Viera</i>	165

Crisis y después: seguimiento de las respuestas estatales a la emergencia humanitaria en el sistema penitenciario <i>Álvaro Garcé García y Santos</i>	181
Resocialización y proceso penal <i>Carlos Uriarte</i>	195
Privatización carcelaria. La arriesgada relación entre Estado, empresa y castigo <i>Isabel Arriagada</i>	229

Parte IV

¿Sin dolor no hay justicia? <i>Aníbal Corti Nicolás Trajtenberg</i>	249
Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I) <i>Roberto Gargarella</i>	271
Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II) <i>Roberto Gargarella</i>	291

Parte V

Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España <i>Iñaki Rivera Beiras</i>	313
Los autores	353

Introducción

*[...] la sociedad ideal que el hombre ha imaginado es siempre la misma.
Se basa en una idea central: la justicia.
Pero ¿qué es la justicia?
Yo digo: es la libertad.
Íbero Gutiérrez, «Improntas»*

¿Qué representan las cárceles para la sociedad contemporánea? Podríamos decir que son muchas cosas: una manifestación del poder étático, pero también territorio de conflicto, disputa y socialización; representan la tensión entre transgresión y castigo, que muchas veces equivale a sufrimiento. Asimismo son lugares donde una parte de la población —por lo general pertenecientes a los estratos más bajos— puede pasar parte de su vida. Pero, al mismo tiempo, los coordinadores de este libro parten de la convicción de que los establecimientos penitenciarios (como cualquier institución estatal) reflejan y reproducen a la sociedad en que están insertos. A diario recibimos noticias sobre la problemática que atraviesa buena parte de los establecimientos penitenciarios locales, en especial aquellos con mayor cantidad de población. Carentes de higiene, con problemas severos en el trato humanitario a los presos o para «regenerar» a los reclusos, escasas de recursos, con detenidos que presentan distintos grados de peligrosidad, edades o hábitos, las cárceles uruguayas viven en permanente cuestionamiento por parte de actores políticos, organizaciones sociales e incluso por los propios reclusos. A ello se agrega el rol cada vez más creciente que juega la opinión pública y la formación de determinadas visiones muy ligadas a los medios de comunicación masivos. Pero en este último caso, por lo general, esa preocupación, ese sentido común punitivo, solo asocia la cárcel con un ideal de castigo, con la necesidad de que el Estado endurezca sus deberes punitivos y con la ecuación que propugna mayor castigo como equivalente a la problemática de la delincuencia.

La base de nuestro ideal penitenciario —que se comenzó a delinear en Europa y Estados Unidos a comienzos del siglo XIX— se asentaba en la idea de que los delincuentes eran reformables, que la sociedad era responsable de la comisión de los delitos y del mantenimiento y reforma de esas vidas descarriadas y que la reforma personal de cada criminal (a veces mediante métodos brutales) era la mejor forma de reinsertarlos en la sociedad como ciudadanos aptos para el trabajo (ese valor que la burguesía comenzó a defender desde la segunda mitad del siglo XIX). En 1878, el pensador catalán radicado en Uruguay Miguel Jaume y Bosch, lo explicó en estos términos:

Instrumentos los presidiarios de un Gobierno activo, son los precursores de nuevos adelantos: tras ellos va la mano poderosa que alumbra a gas los sombríos yermos; tras ellos va la mano que guía en el caño subterráneo las aguas del perfumado río; tras ellos se levanta poderosa la iniciativa individual, abriendo nuevos centros de comercio, plazas, templos y escuelas; en una palabra, por los caminos recién construidos pasa magestuosa la actividad humana, porque es preciso convenir que el camino de hierro es algo más que un medio de transporte, es la hada de la civilización.

El tiempo pasado en un establecimiento penitenciario no era solo una forma de purgar un error, sino también una manera de inculcar determinados valores que las elites de la segunda mitad del siglo XIX comenzaron a propugnar y defender.

Sin embargo, en Uruguay, como en distintas partes del mundo, se ha naturalizado la idea según la cual la única forma de «hacer justicia», «castigar al ofensor» (entendido este por quien comete un delito) es la reclusión penitenciaria. Solemos escuchar expresiones del estilo «que se pudra en la cárcel», «que le den reclusión perpetua», entre otros comentarios desafortunados. No obstante, no existe una problematización sobre el tema carcelario, las consecuencias de su existencia o un cuestionamiento a si se trata del medio más idóneo para que alguien pague por un delito cometido. Este libro, sin tomar posición por ninguna postura, propone problematizar, a través de diferentes enfoques, la problemática carcelaria en el Uruguay, al tiempo que aspira a nutrir al debate local con aportes de investigadores y académicos de la región y rescatar la experiencia de países que han experimentado distintas experiencias con relación al castigo y el encarcelamiento.

El libro demuestra la continuidad que la academia uruguaya ha conferido a las temáticas relativas a la ley penal, las instituciones judiciales o penitenciarias, así como a su abordaje a través de distintos enfoques. Hace una década, salvo la prisión política, el tema de la violación a los derechos humanos en los establecimientos de reclusión penitenciaria, las condiciones materiales de los presos o la vinculación entre pena-castigo y justicia, estaban prácticamente ausentes en la discusión de temáticas presentes o pasadas. Sin embargo, en los últimos años —y como consecuencia de una discusión más general de toda la sociedad sobre la inseguridad pública— fue posible insertar un debate más profundo sobre la existencia de establecimientos de reclusión penitenciaria que, al mismo tiempo, golpea la visión según la cual solo la cárcel es el único castigo posible y el encierro de un criminal, una forma de «hacer justicia». La cárcel comenzó a ser investigada no solo en relación con el presente, sino también con su pasado, para ver las dificultades (muchas aún persistentes) o momentos que atravesó la política penitenciaria en el país.

La ampliación del tramo cronológico es otra conquista de este campo de discusión, ya que un grupo de historiadores (la mayoría de los cuales escribe en este libro) intentó rastrear las raíces del sistema penitenciario local y cuestionó la visión punitiva moderna según la cual el castigo

era parte de una disciplina social que cumplía con un fin didascálico. La posibilidad de reunir en el libro varios trabajos que analicen en perspectiva histórica el sistema penitenciario permitiría llenar un vacío ya que la historiografía uruguaya prácticamente no abordó a la cárcel como objeto de investigación. Podemos encontrar aportes puntuales elaborados en ámbitos extraacadémicos (como los de José María Fernández Saldaña en la década de 1930), visiones de parte (la de los policías Juan Carlos Gómez Folle, Martha Sosa y José Victoria Rodríguez), así como abordajes sobre la prisión política durante la última dictadura elaborados en ámbitos historiográficos académicos (Magdalena Broquetas, Álvaro Rico, Marisa Ruiz, Graciela Sapriza, entre otros).

Los artículos compilados en la parte histórica apuntan a cuestionar cuáles fueron los discursos que durante distintos periodos se articularon en torno a la problemática de la reclusión penitenciaria. Desde las propuestas iniciales de Bernardo Berro en la década de los sesenta del siglo XIX hasta nuestros días, el sistema político ha discutido innumerables procesos de reforma penitenciaria, que, hasta ahora, prácticamente no han sido abordados. Los enfoques reunidos buscarán tomar esas propuestas de reforma no solo para estudiar posibles cambios administrativos, sino también para analizar qué pensaban los responsables de las cárceles acerca de la reinserción de los presos, si era la reclusión el castigo más efectivo, etcétera. Para ello trabajaremos momentos significativos en la historia del sistema penitenciario de nuestro país, que pretendemos contribuir a reflexionar sobre la crisis actual del modelo punitivo.

Asimismo los artículos indagarán en las distintas corrientes ideológicas y científicas que definieron teóricamente (y procuraron materializar) instrumentos de disciplinamiento y control social, que pasaron a ser centrales en el proceso de modernización punitiva que vivió el país desde fines del siglo XIX y a partir del siglo XX. La intención no es mantener el análisis solo en la dimensión de la práctica penitenciaria, sino que partimos de la idea según la cual el fenómeno social punitivo, la ecuación entre transgresión y reclusión-sufrimiento, está siempre vinculada a las comunidades (o a grupos sociales mayoritarios dentro de esas comunidades) que sustentan la existencia de establecimientos de reclusión. En ese sentido, los artículos analizarán el ideario punitivo (generalizado en la sociedad a través de la prensa por ejemplo) sobre el que se basó la idea de la cárcel como el lugar donde se castigaba (y se castiga) al infractor. Con esto sostenemos (siguiendo a la historiadora argentina Lila Caimari) que la sociedad ha participado (y sigue participando) de la operación punitiva, define los rasgos del otro amenazante, se pronuncia sobre los castigos considerados legítimos, así como los límites del sufrimiento tolerable. En otras palabras, no proponemos estudiar a la cárcel para demostrar que allí los administradores controlaron a los presos que purgaban una pena. Por el contrario, buscaremos estudiar cómo el modelo penitenciario se vinculó con la sociedad

y cómo esta imaginó durante distintos períodos históricos el padecimiento del castigado. Ese ideario punitivo no es privativo del pasado, sino que vincula la problemática de la cárcel con el presente. Por tanto, el libro propuesto contará con abordajes jurídicos y criminológicos.

El vínculo entre el Derecho Penal y la reclusión penitenciaria también abre interesantes perspectivas. Una intuición que hemos desarrollado en buena parte de las sociedades occidentales es que cuando un miembro de la sociedad comete un delito, y en particular si este es grave, o si lo hace en forma reiterada, una respuesta razonable y eficaz es privarlo de su libertad durante un período de tiempo. La privación de libertad como solución eficaz suele ser asociada a cuatro razones. En primer lugar, mientras la persona esté encerrada, está incapacitada para volver a cometer delitos. En segundo lugar, el castigo es suficientemente costoso como para que cuando salga liberado lo piense dos veces antes de volver a hacerlo. En tercer lugar, la prisión es un lugar donde podemos educar y convencer a esta persona de su error para que al salir no vuelva a cometerlo. En cuarto lugar, cuando privamos de libertad a una persona le estamos dando una señal a otras personas que no han cometido delitos y que se lo pensarán dos veces antes de intentarlo. No obstante, si algo nos ha enseñado la investigación criminológica en estos últimos cincuenta años es que la cárcel tiende a ser una muy mala solución para intentar disminuir el delito y la reincidencia. No solo las personas que cometen delitos parecen demostrar que no toman suficientemente en cuenta los costos penales involucrados. Tampoco se han observado resultados muy significativos en la reducción del delito por el mero hecho de incapacitar a los individuos que delinquen.

En cuanto a la función de rehabilitación o reeducación, si bien existen ejemplos de prácticas y programas exitosos, en muchos casos se ha observado que tienden a ser más eficaces cuando minimizan la privación de libertad y potencian desde el principio de la pena el rol de los vínculos familiares y comunitarios del ofensor. Y es que otro de los hallazgos más interesantes de la investigación es que no solo la privación de libertad es un mecanismo dudoso para lograr resultados positivos, sino que en muchos casos constituye una forma cara de dejar peor a las personas.

Esta posición a su vez se enfrenta con una visión arraigada que presenta a los delincuentes (sin importar su peligrosidad o la gravedad del delito) como individuos que merecen el maltrato.

Las cárceles NO SON HOTELES DE LUJO, si no les gusta, no vayan! El Estado no debe gastar de sus ingresos del contribuyente para mantener a toda esta lacra inmundada, el ideal es que se invierta en cianuro en pastillas para darle a toda esta gente y que los recursos de las cárceles vayan a la educación y a la Salud,

sostiene un lector del diario *El País* al comentar la noticia sobre la muerte de doce reclusos en la cárcel departamental de Rocha en el año

2010. Por tanto, de la idea decimonónica de la cárcel como un espacio de reinserción e integración posterior a la sociedad, hemos pasado a visiones según la cual el castigo no debe ser visto como una oportunidad para buscar el arrepentimiento y la reforma de los delincuentes parte del despliegue de políticas de corte humanitario. Por el contrario, el castigo, se entiende, es un deber de toda la sociedad, es la manera que se tiene para limpiar una ofensa.

Separar a las personas de la sociedad durante la pena implica, en muchos casos, bloquear y debilitar los vínculos del ofensor con la educación, el trabajo, la familia y la comunidad, disminuyendo sus opciones de reinserción y abandono del delito. Pero, al mismo tiempo, la estadía en prisión genera un fuerte estigma y etiquetamiento y amplían y refuerzan los vínculos con el mundo delictivo, disminuyendo aún más las posibilidades de reinserción. Todos estos aspectos negativos se agravan en el contexto de instituciones penitenciarias caracterizadas por falta de recursos, inadecuadas condiciones infraestructurales, niveles de hacinamiento, uso excesivo de la fuerza y violación de los derechos humanos.

Por todo ello, en las últimas décadas se ha buscado desarrollar políticas penales que o bien directamente constituyan alternativas a la privación de libertad, o bien minimicen notoriamente su rol mediante el desarrollo de penas más cortas, sanciones intermedias, o políticas de reingreso comunitario en el final de las penas.

Este enfoque se vinculará con el abordaje jurídico donde se incluirán reflexiones sobre el análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva y las penas alternativas; las responsabilidades de vigilancia y control jurisdiccional de la ejecución de la pena y su relación con la violación de los derechos humanos. Se reconstruirán los estándares internacionales sobre los derechos humanos y privación de libertad (especialmente recurriendo a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, el libro incluirá un enfoque filosófico, vinculado a todos los puntos anteriores que buscará exponer algunas de las consideraciones más importantes sobre la «teoría del castigo» y de la «justicia». Como sociedad, estamos acostumbrados a pensar que hacer justicia en materia criminal supone necesariamente el empleo de la cárcel como instrumento de castigo. Cuando una ofensa es cometida, se espera que el ofensor rinda cuentas a la sociedad por su ofensa. La imposición de un castigo suele ser considerada una parte importante de esa rendición de cuentas. Y la cárcel, el instrumento privilegiado para imponer ese castigo. Desde esta lógica, es razonable considerar que una pena más larga (un encierro mayor) representa un reproche más enfático ante la ofensa cometida. Ofensas relativamente menores podrán ser castigadas con escaso o nulo encierro, pero las ofensas graves deberán ser castigadas con períodos prolongados de encierro, tanto más prolongados cuanto más grave haya sido la ofensa que se pretende castigar.

Cuando una ofensa es cometida y el ofensor es encerrado, decimos entonces que «se ha hecho justicia». Este es el sentido común punitivo del hombre de la calle. Las ofensas criminales, se cree, producen una especie de desbalance de placeres y dolores. Una ofensa crea o produce un daño o un dolor allí donde antes no lo había. Hacer justicia, entonces, es algo así como restablecer un equilibrio imaginario de placeres y dolores y que esa ofensa vino a desestabilizar. Una vez que una ofensa ha tenido lugar, una cierta cantidad de dolor ha sido infligido a una o varias personas —las víctimas de la ofensa—. Restablecer el equilibrio imaginario de placeres y dolores supone devolver a los ofensores tanto dolor como hayan ocasionado a sus víctimas. Esta idea muy natural (o mejor: naturalizada después de muchas décadas de ser practicada) parece ser la única concepción del castigo, la única forma de «hacer justicia» (desde un punto de vista moral) que se concibe en Uruguay. Y la cárcel es, desde luego, el medio idóneo para realizarla.

Ahora bien, es posible pensar que del modo descrito los individuos (y las sociedades) canalizan alguna necesidad (quizás psicológica) de venganza, pero que ello no necesariamente quiere decir que de ese modo se hace justicia (entendida esta, siempre, en un sentido moral). A través del encierro el daño no resulta reparado, nadie es redimido o reeducado, nadie se reinserta en la comunidad de la cual se apartó al ofender, nadie pide perdón, nadie es perdonado. La consumación del castigo solo realiza un ideal de justicia dudoso, vengativo y cruel.

A todo lo anterior hay que sumarle el hecho, bien conocido por todos, de que al condenar a alguien al encierro en alguna de las cárceles realmente existentes (y no en aquellas puramente ideales de que habla nuestra Constitución) lo sometemos a una situación de tortura cotidiana, real y tangible. Existen muchas formas de reprochar y repudiar los crímenes distintas de la prisión; decenas de alternativas menos vejatorias que la tortura carcelaria y que, en modo alguno, significan una consagración de la impunidad o una renuncia a la idea de justicia. Existen, en suma, formas diferentes de pensar el castigo.

Los artículos incluidos en este libro abordan esas perspectivas y buscan hacerlas comprensibles para un público general, no necesariamente familiarizado con las discusiones técnicas de la filosofía moral y del derecho o de la teoría normativa del castigo. Los compiladores consideran que un cambio de paradigma, o al menos una sostenida discusión pública sobre la temática (y la responsabilidad de todos los actores involucrados, no solo agentes penitenciarios sino también prensa, operadores políticos) permitirá aunque sea problematizar esa visión de la cárcel como un lugar donde son enviados los «deshechos sociales», que solo alcanza con encerrar, que el delito y su castigo son un problema acotado sin ningún tipo de relación con la sociedad.

Parte I

La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo

Eugenio Raúl Zaffaroni

Los principales momentos discursivos

La expresión «filosofía» puede entenderse en su sentido puro o tradicional —griego, por así llamarle— o bien en el más limitado, de predominante difusión en el mundo de habla inglesa, con que suele denominarse a las ideas directrices o más generales referidas a un determinado ámbito de la realidad. Obviamente, la empleamos aquí en esta segunda acepción, en concreta referencia al sistema penitenciario.

Desde hace aproximadamente dos siglos, en que se generalizó el carácter de pena de la prisión, fueron diversas las filosofías que se ensayaron al respecto. De cualquier manera, casi todas se encaminaron por la senda de la idea rectora de un «tratamiento» que provocaría cierta mejoría.

La primera ideología o filosofía del tratamiento era de raíz especulativa o «moral». El delito y la locura eran el producto de una existencia desordenada y, por ende, se hacía necesario someter a la persona a pautas ordenadas para que se operase su mejoría moral o psíquica. Este orden correctivo demandaba una estricta vigilancia, cuyo modelo más acabado fue el panóptico, aparato arquitectónico ideado para que con el mínimo esfuerzo se pudiese obtener el máximo de control en este «tratamiento disciplinante» que, por supuesto, debía abarcar las pautas del trabajo industrial. La corriente filosófica en sentido propio que nutrió esta filosofía en sentido limitado fue en gran medida el pragmatismo en la versión de Bentham, aunque tomaba considerables elementos de principios caros a los puritanos y se trata del principal antecedente del positivismo.

Esta fue la versión anglosajona de la primitiva filosofía «moral» del sistema penal, pero también hubo una versión germana, nutrida de

pensamiento idealista —fundamentalmente de Krause— que fue sostenida por Röder y conocida como «teoría del mejoramiento» (*Besserungstheorie*), que concebía a la pena misma y no ya a su mera ejecución, como mejoramiento moral. Al importarse a España el krausismo, principalmente por la Primera República Española, esta versión caló en el penitenciarismo de nuestra lengua, especialmente por obra de Concepción Arenal.

A este primitivo discurso moralizante especulativo le siguió un segundo momento que fue el del positivismo peligrosista, para el cual el penado era una persona peligrosa a la que había que someter a un tratamiento reductor de la peligrosidad. A la especulación moralista sucedió, de esta manera, un discurso con pretendido carácter científico a cuyo amparo se desarrolló toda una ciencia que servía de base al tratamiento que fue la criminología clínica, como capítulo o aspecto fundamental de la llamada criminología positivista o del «paradigma etiológico».

Un tercer momento discursivo o tercera gran versión de la ideología o filosofía del tratamiento tuvo lugar al producirse el ocaso del positivismo biólogo o peligrosista. Este movimiento se generalizó a partir de la Segunda Guerra Mundial, en que se adoptaron conceptos de teorías sociológicas menos claramente organicistas (aunque no por ello menos organicistas), principalmente del funcionalismo sistémico. Era la hora del «Estado benefactor», en que a Keynes en lo económico correspondía Talcott Parsons en lo sociológico. De la mano de Parsons se introdujo orgánicamente la idea del tratamiento como «resocialización». Para Parsons existe una socialización que, si fracasa, da lugar a conductas desviadas que el sistema debe corregir mediante su control social resocializador. En su concepto la «socialización» no era control social, sino que este sería únicamente el que interviene recién frente a la conducta desviada.

En épocas más o menos contemporáneas irrumpieron conceptos mucho más difusos, como «readaptación social», «reinserción social», «reeducación», «repersonalización» e incluso un uso impreciso de la propia «resocialización», todos caracterizados por el prefijo «re», con lo cual daban idea de algo que había fallado y que justificaba una segunda intervención, lo cual, incluso fuera de contexto ideológico, remite a la idea orgánica del funcionalismo sistémico expuesta por su más claro formulador.

Todo este movimiento de las tendencias «re», propias del tercer momento ideológico del tratamiento, mantuvo la importancia central de la criminología clínica y de la general criminología etiológica, dando entrada en ambas a las teorías psicológicas y psiquiátricas más dispares.

Las filosofías «re», con mayor o menor conciencia de su naturaleza funcionalista sistémica, generalizadas como filosofías del tratamiento en la posguerra, se mantienen con pocas variantes hasta la década de

los años sesenta. Con ellas se mantuvo también la criminología etiológica que las sostenía y su versión clínica. A partir de los años sesenta comienza el proceso de decadencia de la criminología etiológica y van arreciando las críticas a la prisión desde el punto de vista sociológico progresista y desde el ángulo político criminal reaccionario: unos ponen de relieve el efecto deteriorante de la prisión; otros responsabilizan al «tratamiento» por el alto número de reincidencias. Atrapado por la tenaza que forman las críticas provenientes del progresismo y de la reacción, el discurso de la criminología clínica se fue derrumbando, la criminología etiológica se desprestigió y, de esta manera, el tratamiento sufre, en cuanto a su ideología o filosofía, un cuarto momento, que bien puede ser calificado como «momento anómico».

La criminología de la reacción social puso de manifiesto la arbitrariedad epistemológica que implica la pretensión de explicar los comportamientos de los criminalizados prescindiendo de los comportamientos de otras personas y, especialmente, de los operadores de las agencias del sistema penal. Quedó manifiestamente expuesta la imposibilidad de explicar el comportamiento de los prisioneros sin tener en cuenta los condicionamientos y la artificialidad de la prisión y de la acción condicionante previa de las otras agencias del sistema penal y del control social en general.

La criminología, como consecuencia de su cambio de paradigma, desplazó su atención del comportamiento del criminalizado al comportamiento de las agencias del sistema penal y a la interacción entre estos comportamientos agenciales y el del criminalizado. El cambio de polo de atención comenzó precisamente con la crítica de las instituciones totales, que luego Foucault llamaría «instituciones de secuestro».

Uno de los primeros efectos del cambio de paradigma criminológico fue la deslegitimación de la criminología clínica, justamente sospechada como «ideológica». A pocos años de este fenómeno, hoy nos parece que no es necesario apelar a muchas especulaciones para comprobar que las afirmaciones de la criminología clínica no resisten la prueba de una verificación seria, a causa de la arbitrariedad en que incurre al dejar fuera de su universo la acción del propio sistema penal sobre el criminalizado y el prisonizado. Es poco lo que puede explicarse acerca de su comportamiento, por no decir nada, si se omiten los efectos que para este tienen los comportamientos de los policías, los jueces, los guardiacárceles, los compañeros de presidio, los medios masivos, los abogados, la opinión pública, los familiares, los vecinos, los compañeros de trabajo, etcétera. Las clínicas criminológicas y toda la criminología, sea de corte positivista (o del tratamiento de la peligrosidad) o funcionalista (o del tratamiento resocializador), se habían nutrido de un modelo médico, pero ignorando invariablemente lo que hoy constituye un aspecto importantísimo del saber médico: el efecto diatrogénico de la propia intervención médica.

El discurso del tratamiento y la realidad penitenciaria

Hemos visto que las filosofías acerca del tratamiento se sucedieron a lo largo de doscientos años, reconociendo cuatro momentos como fundamentales (el moralizante, el peligrosista, el funcionalista y el anómico). En tanto que estas variables discursivas iban desarrollándose, es decir, que se producía la sucesión de filosofías, la prisión provocaba siempre efectos deteriorantes de los prisioneros y reproducía violencia, del mismo modo en que lo sigue haciendo en la actualidad.

Los panópticos nunca funcionaron como Bentham lo había imaginado. Los edificios que los reemplazaron también se deterioraron. Las políticas decididas por agencias que nada tenían que ver con la penitenciaría provocaron toda clase de problemas en las prisiones: superpoblación, mayor violencia, carencias elementales, inseguridad, etcétera. El deterioro de las cárceles y su efecto reproductor más acentuado fueron instrumentados por los reaccionarios más increíbles que aprovecharon para propugnar la necesidad de volver a la prisión de mera seguridad o contención, militarizada en forma de «fortaleza».

Mientras se sucedían las filosofías penitenciarias, los operadores penitenciarios, atendiendo a las necesidades que la realidad les imponía para su propia conservación, hicieron lo único que podían hacer, o sea, establecer un *statu quo* con los presos, en forma que un «orden» mínimo hiciese controlable la institución. De esta manera se establecieron equilibrios de poder interno que permitían resolver los conflictos en forma menos negativa para ambas partes. Por supuesto que este orden no tiene nada que ver con el orden moralizante del primitivo discurso penitenciario, sino que es resultado del *statu quo* concreto y genera valores eminentemente burocráticos. La terminología del discurso resocializador se adaptó a la práctica conforme a valores burocráticos y, en razón de ello, las faltas más graves e indicadoras de desadaptación son las que alteran el *statu quo*, se califica de «psicópata» a todo preso molesto, etcétera.

Como es obvio, el citado *statu quo* no es estático, puesto que frecuentemente lo alteran las variables impuestas por las políticas de las otras agencias del sistema penal: se reduce la población, se la aumenta, se modifica su calidad en razón de la edad, la procedencia social, se reducen o aumentan los medios materiales y humanos, se construyen o cierran edificios, etcétera. Uno de los factores más sensibles de alteración del *statu quo* es la introducción del población penal política.

El deterioro como efecto de la estructura de la prisión

Con ligeras variantes, la literatura contemporánea sobre instituciones totales nos advierte acerca del efecto deteriorante que estas producen en las personas institucionalizadas. Desde el libro ya clásico

de Goffman hasta hoy se fue acumulando una enorme bibliografía al respecto, coincidente en este punto. Como meros ejemplos mencionaremos en los años setenta los dos libros de Cohen y Taylor (1972 y 1978) y en los ochenta el de John Irwin (1985) y las investigaciones de patología carcelaria de Mariano Castex (h).

Irwin, en su libro *The Jail*, señala cuatro momentos en el proceso de deterioro institucional: desintegración, desorientación, degradación y preparación.

Pese a la generalización del efecto deteriorante, creemos que este no es producto intencional de una acción dolosa. No hay operador de prisión que trate de deteriorar a sus presos ni que invente formas de hacerlo como fin en sí, sino que su principal preocupación es el sostenimiento del «orden», para lo cual debe reequilibrar permanentemente el *statu quo* de poder interno, naturalmente inestable. El deterioro carcelario o prisonización es solo el efecto inevitable de las medidas que deben tomarse para establecer y sostener el *statu quo*.

Como se puede comprobar empíricamente, el inevitable deterioro carcelario provoca la reproducción del comportamiento o actitudes criminalizables, especialmente en el área de los delitos contra la propiedad, pese a no ser producto de un proceso intencional. Estos efectos no pueden imputarse a características coyunturales y de tal o cual prisión en particular, sino que son el resultado de la estructura misma de la prisión y no desaparecerán hasta que no desaparezca la prisión. Ni siquiera los experimentos de cárceles sofisticadas y caras demuestran lo contrario: algunas pueden mostrar resultados no reproductores que luego explicaremos, pero otras no dan tales resultados y, finalmente, otras pretenden operar con modificaciones del comportamiento por medio de técnicas que creemos incompatibles con el respeto debido a la dignidad de la persona humana.

La bibliografía criminológica de las últimas décadas sobre el efecto deteriorante de la prisión, como vimos, es enorme, pero aún no se ha reparado suficientemente acerca del efecto deteriorante que el sistema penal tiene respecto de los operadores de sus propias agencias (policías, jueces, personal penitenciario, etcétera). Aquí nos interesa ahora preferentemente el efecto nocivo que se deriva de la estructura de poder carcelario para el personal operador de las prisiones, porque configura un proceso de deterioro paralelo a la prisonización, que bien puede denominarse «carcelización».

El signo más notorio del comportamiento del personal penitenciario es la tensión provocada por un cruce de temores que frecuentemente alcanzan verdaderos grados de intensidad de miedo. Cabe aclarar que no se trata de miedo patológico, sino de miedo a entes reales y amenazantes. Estos miedos se reparten generalmente del siguiente modo: a) temor a las agencias políticas, que los responsabilizan frente a cual-

quier problema funcional violento que trasciende al público; b) temor a la agencia judicial, que opera en forma análoga a la agencia política; c) temor a los superiores que, respecto de los inferiores, se comportan de la misma manera que los anteriores, lo que es particularmente grave en un régimen generalmente militarizado; d) temor a los prisioneros, que pueden quebrar grupalmente el *statu quo* interno o bien tener comportamientos individuales agresivos e imprevisibles; e) temor a los medios masivos de comunicación social, que pueden desencadenar sanciones políticas o judiciales.

Este cruce de temores no puede menos que generar un estado de estrés casi continuo, que sería el signo más característico del deterioro carcerizante. Frente a esta tensión la filosofía del sistema penitenciario ofrece únicamente un discurso de tratamiento resocializador en el que nadie cree seriamente, aunque en la mayoría de los casos suela sostenerse de buena fe que su quiebre es atribuible solo a los factores coyunturales.

Como es natural, este discurso solo puede provocar una situación de anomia funcional, porque en modo alguno puede prestar utilidad como pautador de alguna práctica que, de hecho, va quedando vacía de contenido conforme a orientación discursiva, limitándose solo a la regularidad y orden que tienden a sostener el *statu quo* de poder interno y a disminuir los temores y el consiguiente nivel de tensión.

Los caracteres coyunturales de las prisiones

El aparato penitenciario forma parte de la compleja red de agencias que configuran el sistema penal. La operatividad general de los sistemas penales presenta algunas características que son estructurales (que no pueden suprimirse en la medida en que no se suprima el ejercicio de poder punitivo). Las principales son su selectividad conforme a estereotipo, su violencia, su corrupción y su efecto reproductor de violencia.

De cualquier manera, es necesario advertir que esas características estructurales presentan niveles de intensidad que son coyunturales, pues su estándar difiere según los sistemas penales concretos. En el polo del estándar más bajo de violencia, selectividad, corrupción y reproducción, pueden señalarse los sistemas penales europeos occidentales, en tanto que en el polo opuesto, los niveles más altos se registran en casi todo el «Tercer Mundo».

Por regla general, un sistema penal cuyos caracteres estructurales negativos se presentan con una intensidad muy alta ofrece un panorama penitenciario con cárceles superpobladas; condiciones higiénicas, sanitarias y alimentarias deficientes; alto grado de violencia carcelaria; personal penitenciario mal remunerado y poco especializado o directamente militar o policial; predominio muy grande de presos sin con-

dena; escasas posibilidades de instrucción y de trabajo institucional; marcadas diferencias en el trato de los presos y corruptelas de diferente gravedad en las prácticas internas (tráfico de privilegios, venta de alcohol y otros tóxicos, intermediación en la satisfacción sexual, comercio con los permisos de visitas, entrada de paquetes, etcétera; manejos presupuestarios poco claros, en particular con la provisión de alimentos; permisos de salida para delinquir, etcétera).

En el resto de las agencias del sistema penal, su alto nivel de violencia, selectividad, corrupción y reproducción, se evidencian con un segmento policial de gran poder y sobre el que se ejerce poco o ningún control; de un segmento judicial endeble y burocratizado o corrupto; de un aparato de medios masivos de comunicación social comprometido en la proyección de una imagen de guerra y de un segmento universitario reproductor de discursos tradicionales, a veces antiquísimos, con escaso nivel de información y abstracción.

El marco socioeconómico de esta clase de sistemas penales es una sociedad muy estratificada, con alta polarización de riqueza, que en lo político corresponde a un sistema que, de alguna manera, obstaculiza el progreso democrático.

Es conveniente precisar que este criterio diagnóstico es meramente indicativo, puesto que en la realidad —y especialmente en los países extensos— hay siempre varios sistemas penales y sus caracteres coyunturales dependen de otras variables particulares: densidad de población, predominio urbano o rural, características geográficas, políticas y culturales locales, problemática regional (fronteras «calientes»), etcétera.

El estándar de selectividad de un sistema penal puede verse agravado por prejuicios étnicos y raciales, así como el de violencia por la práctica más o menos constante de la tortura, además de las ejecuciones sin proceso. En cuanto a la tortura, esta puede no agotarse en lo policial, o sea, en la tortura como producción de dolor físico para la obtención de información, sino que en ocasiones tiene por objetivo la destrucción de la autoconciencia y de la autoestima, lo que es funcionalmente explicable en el caso de los prisioneros políticos. Últimamente, no han faltado autores que han extendido esta explicación funcional al caso de los presos o prisioneros sociales, asignándoles la función de reproducción de violencia mediante la transmisión del terror. En rigor y pese a que objetivamente sea ese el efecto que produce, no creemos que sea correcto asignarle esa intencionalidad, sino que más bien revela una prisión con un *statu quo* de poder muy endeble, que no logra resolver muy satisfactoriamente la conflictividad violenta de ella, posiblemente por condiciones materiales y humanas extremadamente negativas. Dicho más sintéticamente, creemos que la tortura carcelaria está revelando que el personal apela al terror, lo que es clara manifestación de que padece mucho miedo.

Es obvio que cuando un sistema penal presenta sus caracteres negativos más acentuados, las pretensiones de validez del discurso del tratamiento resocializador en el ámbito penitenciario resultan más absurdas. Inversamente, sus caracteres estructurales pueden disimularse más cuando se presentan con menor nivel de intensidad, y por ende, en los sistemas penales menos violentos el discurso puede presentar mayor credibilidad. No obstante, es sabido que está claramente desprestigiado en el ámbito europeo, pero, en nuestra región, que se enmarca entre los sistemas penales con caracteres negativos más intensos, la filosofía del tratamiento resocializador solo puede enunciarse por los pocos que aún lo hacen, como una aspiración que se proyecta de modo progresivamente indefinido, hacia un futuro que continúa desplazándose permanentemente.

La utopía y el absurdo

El constante desplazamiento de la resocialización —o de todas las filosofías «re»— hacia el futuro, según opinión corriente, hace de ellas una «utopía». Las utopías han desempeñado diferentes funciones a lo largo de la historia, y en general, suelen caracterizarse tautológicamente como lo que no se ha realizado en ningún lugar. Pese a que por definición no se hayan realizado, eso no significa que las utopías no puedan realizarse y, por ende, dejen de ser utopía. En definitiva, prácticamente todas las grandes empresas de la humanidad comenzaron siendo utopías. Ante esto, cabe preguntarse si, en efecto, la filosofía del tratamiento resocializador constituye una utopía. Conforme al criterio que hemos señalado, nos inclinamos por la respuesta negativa, puesto que doscientos años de experiencia y las comprobaciones empíricas de la crítica institucional, al igual que los conocimientos sociológicos y psicológicos contemporáneos, nos muestran que no se trata de una empresa aún no realizada, sino de una empresa de imposible realización.

La diferencia entre la utopía y el absurdo estriba en que la primera aún no se ha realizado, en tanto que el segundo, nunca podrá realizarse. Si la institucionalización total genera condicionamientos negativos que deterioran a las personas institucionalizadas y, además, por mucho que mejoremos las instituciones jamás podremos suprimir totalmente estos condicionamientos y sus efectos deteriorantes, la institucionalización jamás podrá tener un efecto resocializador.

Lo dicho anteriormente es de ese modo, siempre que «resocialización» y «deterioro» sean entendidos como términos incompatibles, pues dado el uso difuso o equívoco de las expresiones «re», no descartamos la eventual asignación de otros sentidos que compatibilicen ambos vocablos y hasta que los identifique, pero semejante entendimiento, que convertiría a la resocialización en una suerte de pena de muerte «par-

cial» sería, por su parte, incompatible con los más elementales principios de consideración a la dignidad humana.

Es bueno aclarar que no se hallan muy lejos de esta compatibilización algunas propuestas y tratamientos basados exclusivamente en el objetivo de modificar comportamiento.

En cuanto a las ideologías «re» en general, cabe agregar que ellas, so pretexto de un manejo dual, es decir, por su simultáneo desplazamiento hacia el futuro y su eventual pretensión de realidad, dan lugar a una manipulación que quita a la pena la garantía de su certeza y, además, posibilita intervenciones vejatorias en la vida de la persona. La práctica penitenciaria incurre en vejaciones tanto con pretexto de seguridad, como con pretexto de resocialización.

Sin duda que al afirmar la inviabilidad de la resocialización, surgen varios interrogantes, pero en general se destacan dos órdenes de ellos: a) ¿Cómo se compatibiliza esa imposibilidad con cierto porcentaje de casos en que la prisión parece tener éxito, sea en prisiones caras o incluso en nuestras propias prisiones carenciadas?, b) Siendo inviable la resocialización, ¿qué habrá que hacer en las prisiones? ¿Acaso convenga reemplazar la filosofía del tratamiento resocializador por una filosofía retributiva, propia de la cárcel de mera seguridad? ¿Habrá que volver a la cárcel en manos exclusivas de policías y militares? ¿Los técnicos en disciplinas de la conducta no tienen nada que hacer en las prisiones? ¿Debe eliminarse de raíz la clínica criminológica?

Los «éxitos» del tratamiento resocializador

Cualquier operador de una agencia del sistema penal puede señalar casos de una persona prisonizada que ha egresado de la cárcel y no ha vuelto a ella. También podrá mencionar casos de personas con reiteradas prisonizaciones que, de pronto, otorgan otro rumbo a sus existencias y no caen en nuevas criminalizaciones. No obstante, sería demasiado superficial y apresurado señalar estos casos como supuestos de tratamientos resocializadores coronados por el éxito. No existe ningún argumento convincente que permita mostrar tales casos en esa forma, porque resulta mucho más simple explicarlos como resultado de circunstancias particulares que impiden que la institucionalización total cumpla, en el caso concreto, su condicionamiento deteriorante reproductor.

No podemos olvidar que, dada la compleja y misteriosa condición humana, afortunadamente no existe un mecanismo de matricería humana perfecto. Incluso en los casos en que intencionalmente se aplican técnicas que tienden a quebrar y aniquilar personalidades, no faltan reacciones individuales que, en función de particulares características, no obedecen a las reglas generales. Hay personas que han sobrevivido íntegras a lo campos de concentración o quienes han superado en

forma parecida largas y terribles prisiones políticas y torturas de todo género. Hay personas que no solo han sobrevivido a estos tratamientos, sino que esas experiencias les han potencializado sus fuerzas y su pensamiento. Algo semejante nos muestran las experiencias individuales en casos de enfermedades graves y trances de muerte: hay quienes sucumben, quienes desatan en ellos potencialidades insospechadas y quienes, incluso, gracias a eso los superan.

En el caso concreto de la prisión, cabe suponer que debemos encontrar estos casos más frecuentemente, desde que no hay una intencionalidad deteriorante, sino que se trata de un simple resultado del ejercicio de poder en la prisión.

Cuando leemos las viejas clasificaciones de delincuentes de la clínica criminológica positivista, como las de Di Tullio o Debuyst, superando los prejuicios con que estos autores interpretaban los datos que recogían y los nuevos prejuicios del rechazo frontal de la clínica, no tardamos en percatarnos que nos muestran un cuadro bastante completo de los resultados diatrogénicos de la intervención punitiva y, especialmente, de la prisonización.

En definitiva, todas esas clasificaciones, sumamente complejas y, por ende, muy poco útiles, pueden resumirse, en cuanto a sus efectos pronósticos, en una agrupación triádica que corresponde a la que intuitivamente sugiere en forma primaria la observación superficial de cualquier población penal: toda la población penal sufre un cierto efecto deteriorante inherente a la prisonización, pero unos —que son el grueso— responden deteriorándose en el sentido del papel asignado conforme al estereotipo y, por ende, hacia la reproducción de los comportamientos que fundan la criminalización; otro sector, pequeño pero siempre presente, se deteriora en el aspecto psíquico tendiendo a desplazar su vulnerabilidad de la criminalización hacia la manicomialización; por último, también hay un tercer grupo, que no puede dejar de sufrir algún efecto deteriorante, pero ninguno de ellos le condiciona papeles criminalizables, es decir, su deterioro no sostiene ni aumenta su vulnerabilidad frente al ejercicio del poder punitivo.

Los casos de «cambios de vida milagrosos» también tienen explicaciones mucho más naturales que las que pretende asignarles el discurso resocializador. En principio, cabe suponer que si en una persona existe un resto de salud, en algún momento puede percibir el efecto deteriorante y la pulsión a la autoconservación puede triunfar. En segundo lugar, no puede pasarse por alto que la edad contribuye a que la persona pierda una de las características fundamentales del estereotipo conforme al cual selecciona el sistema penal su clientela. De acuerdo con procesos interactivos bien conocidos, el estereotipo no es solo un modelo conforme al cual nos perciben los demás, sino también y fundamentalmente, dadas las expectativas y reclamos que los demás

nos dirigen a partir de cómo nos ven, deviene el modelo conforme al que nos percibimos nosotros mismos y, en consecuencia, un modelo de comportamiento introyectado.

Es verdad que en casos como los que hemos señalado pueden contribuir con su acción los especialistas en disciplinas de la conducta que con todo derecho pueden mostrar su intervención como positiva y eventualmente hasta como decisiva. No negamos esta circunstancia eventual, limitándonos por ahora a señalar la existencia de estos casos excepcionales, materia sobre la cual volveremos inmediatamente.

Del mismo modo que se presentan los casos anteriores, también pueden señalarse a personas que se han desempeñado largos años en las administraciones penitenciarias sin que presenten signos de un deterioro carcerizante. Al respecto es también válida la afirmación anterior: esto no prueba que la prisión no tenga un efecto deteriorante para los presos como para el personal, sino solo prueba que siempre hay individualidades que generan defensas más fuertes, a veces extraordinarias, y otras que son mucho más vulnerables a las condiciones deteriorantes.

Por lo menos en nuestra región no conocemos estudios serios sobre las enfermedades del personal penitenciario, o sea, morbilidad y mortalidad, como tampoco conflictividad familiar, en relación con la media de la población y sus franjas sociales de pertenencia. Pese a esta carencia de información precisa, todo parece indicarnos que las condiciones laborales de permanente estrés, sumadas a la sensación de culpa por las permanentes concesiones al *statu quo*, no pueden tener un efecto saludable, aunque su negatividad no haya sido medida. Es incuestionable que la carcerización existe, aunque no sepamos cómo opera ni en qué medida deteriora, lo que ignoramos porque nadie ha tenido interés en investigarlo (omisión que también es significativa).

¿Es posible encontrar una nueva filosofía penitenciaria?

La crisis de la filosofía del tratamiento resocializador ha dejado a los operadores penitenciarios con un discurso desacreditado o, directamente, sin discurso. En general, se ven enfrentados a la necesidad de articular el viejo discurso desplazándolo hacia el futuro y, al igual que los operadores de las restantes agencias del sistema penal, deben defenderse imputando el imposible cometido de la labor conforme a discurso, a defectos de las otras agencias.

Sin embargo, la situación está llegando a su límite y la paradoja ya no resiste la prueba irrefutable de los hechos: la resocialización se percibe cada día más como un absurdo; hace doscientos años que las instituciones totales vienen teniendo un efecto deteriorante y reproductor y, por ende, nunca podrán ejercer una verdadera función pre-

ventiva. Va siendo casi inevitable la necesidad de asumir esta realidad si se pretende elaborar un discurso que no recaiga en el absurdo y que haga algo más que profundizar la anomia actual, en la que apenas se balbucean trozos de un discurso en el que nadie parece creer o que, un tanto escatológicamente, ha devenido materia de fe remitida al futuro, pese a su ínsita contradicción.

¿Pero, entonces, la pena no tiene justificación? Esta pregunta, tratándose de la ejecución de la pena, no puede evitarse. Es bastante difícil presentar como racional el ejercicio de poder del sistema penal en la actualidad, dado su señalado carácter violento, selectivo y reproductor, pero, de cualquier modo, no es la administración penitenciaria la encargada de justificar un ejercicio de poder que no está en sus manos, sino que recibe el resultado del mismo, esto es, el producto de una selección arbitraria en la que no interviene.

A la administración penitenciaria se la enfrenta con la necesidad de cuidar un campo de prisioneros cuyo número y calidad no decide, como ni siquiera decide acerca de los recursos materiales y humanos de que dispone para hacerlo y, pretende orientar su limitado poder en la forma más racional posible, debe partir de la asunción del dato de realidad de su escasa capacidad de poder decisorio y aceptar también que el efecto normal de toda institución total es, en alguna medida, deteriorante.

La opción entre el discurso del tratamiento resocializador y el modelo de cárcel retributiva, esto es, de mera seguridad y militarizada al estilo fortaleza, es palmariamente falsa. Esos términos, que los recientes movimientos reaccionarios y represivizantes, generalmente con discursos que en el fondo postulan la violencia y justifican la violación de los más elementales principios de la dignidad humana, pretenden presentar como únicos, en modo alguno agotan los modelos posibles, porque sería absurdo pretender que, ya que la cárcel no resocializa sino que deteriora, el único camino que resta es la profundización del efecto deteriorante y reproductor mediante el fortalecimiento del modelo de mera seguridad. No es posible prescindir de la ingestión de sal, pero parece que la sal produce efectos negativos para la circulación; nadie supone que la solución a esta cuestión, género de falsas alternativas, es muy propio de los autoritarismos: «Roma o Mosca» decía Mussolini.

En cierta forma parece que responde a esta opción el llamado modelo de «privatización de la justicia», esto es, la contratación de una tecnología de seguridad e higiene material.

La observación más simple permite constatar la existencia de sistemas penitenciarios e instituciones totales que, si bien no pueden perder sus caracteres estructurales, lo cierto es que los presentan con diferentes grados de intensidad y, en algunos casos, esta intensidad es bastante baja. Por ende, hay prisiones que son más deteriorantes

que otras: luego, la primera consecuencia que cabe extraer de ello, en cuanto al nivel de decisiones que son propias de la administración penitenciaria, y la más acorde con los principios de los derechos humanos, sería la de procurar disminuir al mínimo posible las características que hacen de la prisión una institución deteriorante, sin pretender por ello que la prisión haga lo que no puede hacer.

Un discurso penitenciario racional solo puede construirse sobre la base de una programación posible en el ámbito de poder que dentro del sistema penal corresponde a la agencia penitenciaria. Enseñarle a alguien a vivir en libertad mediante el encierro, afirma con acierto un autor argentino (Elbert), es como pretender enseñar a jugar fútbol en un ascensor, o sea, es un absurdo; pero tratar de que el encierro en el ascensor lo perjudique lo menos posible es bien racional y factible. Esta última, en definitiva, debe ser la base del nuevo discurso.

El reemplazo del discurso resocializador: el trato humano de la vulnerabilidad

Creemos que es tiempo de archivar el discurso del tratamiento resocializador fundado en la criminología etiológica y, especialmente, en la criminología clínica. Creemos que ha llegado el momento de comenzar la elaboración de una filosofía de trato humano reductor de la vulnerabilidad.

Un programa concebido sobre esta base tendría un objetivo claro y posible: agotar los esfuerzos para que la cárcel sea lo menos deteriorante posible tanto para los prisonizados como para el personal; permitir que en cooperación con iniciativas comunitarias se eleve el nivel de invulnerabilidad de la persona frente al poder del sistema penal.

Esto requeriría un cambio de actitud en los operadores de las agencias penitenciarias, incumbiéndoles la máxima responsabilidad a los profesionales de las áreas de ciencias sociales que operan en los sistemas penitenciarios y que tienen intervención con presos y personal. Creemos que esta nueva actitud solo se impondrá en la medida en que el propio personal vaya tomando conciencia del efecto deteriorante de su comportamiento sobre los presos y sobre sí mismos. Esta conciencia está en alguna medida obstaculizada por la prohibición de sindicalización que rige entre el personal penitenciario, fundada principalmente en la organización jerárquica militarizada. En este aspecto, el creciente deterioro salarial en la región puede contribuir a acelerar la concientización del personal.

La criminología de la reacción social, en cualquiera de sus vertientes, ha puesto de relieve suficientemente la selectividad del ejercicio de poder punitivo. Sabemos sobradamente que la selección criminalizante se opera en función de estereotipos criminales alimentados con toda

clase de prejuicios (clasistas, sexistas, racistas, etcétera). También sabemos que las personas prisionizadas pertenecen a los sectores más carenciados de la población (de donde también suele procederse al reclutamiento de las personas carcerizadas), pero, además, se hacen vulnerables al ejercicio de poder punitivo por la asunción del papel que se asocia con el estereotipo (por percibirse a sí mismas conforme al estereotipo).

Los prisionizados no están presos por haber cometido ilícitos graves, puesto que hay personas que han cometido delitos tan o más graves que los prisionizados. Estos, en definitiva, están presos por llevar «cara» de delincuentes (caracteres estereotípicos) y con ello proclamar su reclamo de criminalización. Son estas características personales las que determinan que se dirija contra ellos la «empresa moral» de la criminalización, sin cuya acción —como lo señala Becker con cita de Malinowski— no se pondría en movimiento el ejercicio del poder punitivo. Esto es válido para la gran masa de la población penal, que es de la que nos ocupamos aquí, o sea, la población «estable», que se integra con infractores contra la propiedad y en los últimos tiempos en forma creciente por pequeños distribuidores o vendedores y consumidores de tóxicos prohibidos.

Todos sabemos que esa gran masa de presos no ha cometido los ilícitos más graves que han tenido lugar en nuestros países, pues todos conocemos los nombres de personas que han cometido ilícitos mucho más graves que ellos, y a veces con más daño material que la suma de todos los delitos convencionales contra la propiedad, pero no podríamos proporcionar sus nombres pues resultaríamos procesados por delito de calumnias. Esta es la más elemental prueba empírica de que no es la gravedad de los ilícitos cometidos lo que determina la prisionización, al menos de la gran masa de clientela habitual de nuestras prisiones, sino sus caracteres estereotípicos externos e internalizados.

No es, pues, la comisión de un delito lo que determina la vulnerabilidad de una persona frente al poder punitivo e incluso ni siquiera es una condición necesaria para ser objeto de la selección criminalizante, sino sus características personales, entre las que invariablemente cuentan la pertenencia a las clases carenciadas, su juventud y su sexo, puesto que los pobladores habituales de las prisiones son pobres, jóvenes y varones. Estas son las características comunes de los estereotipos criminales, a las que se agregan otras, propias del estereotipo de que se trate y de concretas condiciones culturales, políticas, geográficas, etcétera.

Los referidos estereotipos son los instrumentos selectivos que usan los segmentos policiales y judiciales del sistema penal y que determinan la prisionización de que debe hacerse cargo el segmento penitenciario.

Los estereotipos se proyectan en documentos tales como las actas policiales y judiciales, que incluso dan prueba de los prejuicios más vulgares, aunque se tiene cierto cuidado para no hacerlo en las sentencias. Sin embargo, una fuente inagotable de información acerca de los prejuicios que nutren los estereotipos la constituyen los fundamentos judiciales —cuando los hay— de las resoluciones por las que se deniega la libertad bajo caución, como también los argumentos médicos y hasta psicológicos de los informes penitenciarios denegatorios de libertades condicionales o salidas anticipadas.

El personal penitenciario debe tomar a su cargo la contención de la masa de personas institucionalizadas en condiciones y con recursos que siempre son precarios. Esto fuerza a la agencia penitenciaria a establecer el ya referido *statu quo* de poder dentro de la institución, que se logra con los líderes naturales (en forma expresa o tácita) y que permite el funcionamiento de la institución penitenciaria, pero que al mismo tiempo cumple la función de fijar bastante los roles asociados a los estereotipos. De este modo, estas instituciones inevitablemente se erigen en alguna medida en fijadoras de roles y, en este sentido, en proveedoras de un entrenamiento para que los seleccionados sigan produciendo comportamientos que vuelvan a determinar su selección punitiva. De este modo, los prisonizados se convierten en una suerte de personal no pago de los sistemas penales, necesario para que estos sigan funcionando, porque de lo contrario se interrumpiría su proceso de retroalimentación.

Cabe suponer que si el proceso de preparación de la clientela penal se llevase a cabo intencionalmente, sería mucho más difícil operar desde el ámbito institucional tratando de hacer algo para detener o disminuir su entrenamiento, pues cualquier tentativa en este sentido sería visualizada como disfuncional y, por ende, descalificada y aniquilada. No obstante, insistimos en que esta clientelización no puede considerarse un fenómeno conspirativo, sino que, hasta donde lo comprendemos, nos limitamos a verla como un simple resultado de la necesidad y de intereses corporativos meramente sectoriales, en el que sus protagonistas de ambos lados están muy lejos de sospechar su funcionalidad estructural.

De acuerdo con lo señalado, si se quisiese interrumpir o disminuir la prisonización que tiene lugar en razón de la selectividad de los vulnerables, sería necesario aumentar los niveles de invulnerabilidad de esas personas.

La prisonización es el proceso de deterioro que opera de modo contrario, o sea que, normalmente, aumenta la vulnerabilidad. Es muy difícil imaginar que este proceso pueda revertirse en alguna medida, dadas las características estructurales de la prisión. De cualquier manera, no es del todo imposible pensar en una planificación de la activi-

dad de la agencia penitenciaria que se oriente hacia un trato humano que procure no incrementar las vulnerabilidad y, en la medida de lo posible, reducir sus niveles.

En toda sociedad hay personas que se suicidan, las hay que se alcoholizan hasta volverse dependientes del alcohol y que enferman y mueren, las hay que no guardan las reglas de higiene alimentaria incluso cuando de ello depende su vida, y, también las hay que hacen todo lo necesario para que las criminalicen y las prisionen. De lo que se trata es de reducir el número de personas que se autoagreden de esta manera. Estructuralmente esto no se hace porque el poder se ha armado en forma tal que en lugar de procurar este cometido cumple el de entrenarlas para que vuelvan a su comportamiento incluso con más fuerza.

Un trato humano contra la vulnerabilidad implica un replanteo de todo lo percibido por la criminología clínica tradicional, partiendo de que buena parte de las características por ella descritas y otras que hacen a la condición social, no son «causas» del delito, sino «causas» de la criminalización. Si logramos que la persona tome conciencia de que la criminalización obedece a esas características, no solo exteriores sino también de personalidad, como también del papel que pretende hacerse desempeñar en el futuro, es muy probable que se obtenga su cooperación en la tarea de reducir estas «causas» de la criminalización.

La relación entre el operador y el prisionero, partiendo de estas premisas, podría colocarse sobre bases mucho más reales y sinceras, ya que no se tratará de un operador meramente dotado de autoridad que llega con un falso discurso de prevención de otro ilícito contra la propiedad, recubierto con argumentos moralizantes que resultan paradójales en medio de las condiciones de subsistencia impuestas por el statu quo. El discurso de un trato humano reductor de vulnerabilidad sería bastante realista en la intención de convencer acerca de la conveniencia de que el preso egrese con menos «cara de ladrón» y con una disposición interna menos dispuesta a ofrecerle esa «cara» a la selectividad del ejercicio de poder punitivo.

No nos cabe duda de que un trato humano reductor de vulnerabilidad no podría agotarse en la institución total ni tampoco por obra exclusiva del personal penitenciario. El personal carcelario siempre tendrá ciertos límites institucionales propios de la burocracia y de las condiciones que le impone la necesidad de sostener el statu quo de «orden» y «disciplina», es decir, de privilegiar lo que no causa problemas y de descartar todo lo que pueda causarlos, dado que de lo contrario pone en peligro su propia posición, o sea que, de otro modo se vuelve vulnerable frente a las otras agencias.

De allí que presumimos que este trato requiere del apoyo de grupos externos, tales como expresos, familiares de presos y profesionales voluntarios, constituidos en grupos de iniciativa civil que operen

en alguna medida como contrapoder o poder alternativo. De cualquier manera, esta aclaración necesaria no implica que el trato humano no sea una actividad en la que corresponda una buena parte al personal penitenciario, que deba iniciarse en la prisión y que incumba a ella, por lo menos, la tarea de reducir al mínimo las consecuencias deteriorantes que por razones estructurales y coyunturales, aumentan la vulnerabilidad de los presos.

No suscribimos una vuelta al «modelo médico» de la vieja clínica criminológica, pero en modo alguno rechazamos de plano toda clínica, porque no podemos ignorar que existen personas cuyo grado de deterioro alcanza niveles muy altos y su vulnerabilidad es tan marcada que hace necesaria una verdadera intervención terapéutica, pero esta no puede ser impuesta, ni tampoco pretender que constituye una actividad autónoma y fundamental de la institución carcelaria. Simplemente, se trata de una cuestión que, en forma de hipótesis de trabajo, deben plantearse los especialistas en la materia, esto es, cómo prestar la asistencia que requieran las personas prisonizadas o que han estado prisonizadas para disminuir sus niveles de vulnerabilidad, para revertir los signos y síntomas del deterioro que les haya producido la institucionalización y, en general, para recuperar los mejores niveles de salud posibles cuando la misma se ha visto afectada. En este limitado sentido y con estas aclaraciones, creemos que es necesario el estudio de esta hipótesis de trabajo y, por ende, podría hablarse en este aspecto de una clínica de la vulnerabilidad.

Nos parece evidente que este trato humano tendrá muchas más perspectivas de reducir la vulnerabilidad de los criminalizados en la medida en que la prisonización misma pueda evitarse o reducirse, en función de la incorporación de penas no privativas de libertad o del acortamiento de las que se impongan en función de alternativas parciales.

Algunas consideraciones acerca de un posible trato humano reductor de la vulnerabilidad y de una eventual clínica de ella

Este trato humano de la vulnerabilidad requeriría nuevos criterios de análisis de los comportamientos criminalizados, que poco o nada tendrían que ver con los anteriores. La base sería un estudio de su vulnerabilidad, que abarcaría el grado de ella (probabilidad de una nueva criminalización o de consecuencias más graves, como ser víctima de una ejecución sin proceso) y de sus principales condicionamientos, según predominen circunstancias externas (aspectos, vecindario, amigos, extranjería, indocumentación, carencia de trabajo «decente», etcétera) o internas (grado de introyección del estereotipo, carga culpógena, deterioro de la personalidad, trastornos de ella, etcétera). A este

análisis no puede escapar la forma en que la intervención penal en curso está incidiendo sobre la vulnerabilidad de la persona y cómo lo hicieron las anteriores si las hubiese. Sin duda que no puede tratarse de un análisis «transversal», sino que sería menester realizar un análisis biográfico de la génesis de esa vulnerabilidad, tomando en cuenta la intervención de todas las instancias de control social en la vida de la persona (grupos de crianza, escuela, etcétera).

En cierta forma se trata de establecer una etiología de los comportamientos que resultan peligrosos para la persona prisionizada, porque son los que determinan su prisionización. Es incuestionable que si el sistema penal no criminaliza sino a una ínfima minoría de las personas que cometen delitos y en su mayor parte ni siquiera a los que cometen delitos muy graves, procediendo para ello a seleccionar a los hombres jóvenes y pobres que presentan mejores condiciones personales para asumir y desempeñar el papel de los «únicos enemigos de la sociedad» que les asigna, ese ejercicio de poder selectivo representa para ellos un peligro, siendo necesario en cada caso tratar de averiguar cuáles son las condiciones personales que condicionan su exposición a semejante riesgo.

Se trata de algo así como de la inversión total de los términos de la vieja criminología clínica y etiológica. Al proceder de este modo, resulta curioso que si tomamos en consideración sus observaciones —cuando son tales y no meros prejuicios ridículos expuestos especulativamente desde un escritorio— y los iluminamos con la perspectiva de los condicionamientos de la vulnerabilidad, veremos que muchas de esas observaciones pueden «desideologizarse» con considerable provecho para las personas que sufren la prisionización. No en vano Lombroso nos legó la mejor y más cuidadosa descripción de los estereotipos que regían la criminalización y la prisionización en su tiempo: los caracteres de sus criminales eran los que la policía y los jueces buscaban para ejercer su selección. Pocas dudas pueden haber después de observar las caras del «Atlas», de que nadie que llevase alguno de esos rostros podría caminar mucho tiempo libre en la noche de cualquier ciudad europea de su época.

Nos parece muy obvia la dificultad —por no decir la imposibilidad— de que una tarea de esta naturaleza pueda agotarse institucionalmente en el ámbito penitenciario. Como ya lo señalamos, creemos que se impone una nueva división de las tareas, capaz de condicionar otro statu quo institucional. Sería necesario crear, fomentar y extender instituciones civiles solidarias y un voluntariado profesional independiente que en cierta manera aparezca como un contrapoder de las tendencias prisionizantes y deteriorantes, cuyos integrantes debieran asumir un papel análogo al del defensor en el proceso. En cierto sentido el máximo de esta tarea debiera recaer en estas instituciones alternativas, de características más o menos cercanas a las que hace años describía

Mathiesen y cuyos integrantes afronten el riesgo de violar la «prohibición de coalición».

No obstante, no es necesario que se trate de un contrapoder brutalmente enfrentado a la administración penitenciaria. A poco que reflexionemos veremos que el personal penitenciario tiene en general análoga procedencia social que los prisionados y se encuentra sometido al proceso de deterioro de la carcerización, que a nadie le importa y por lo cual tampoco nada sabemos acerca de él, pero que no es más que la otra cara deteriorante del mismo ejercicio de poder institucional. La concientización de cualquiera de ambos sectores —personal y presos— acerca de la estructura de poder que provoca sus respectivos deterioros, tendría como efecto necesario impulsar la concientización del otro, con beneficio para la dignidad humana de ambos.

Pese a que la estructura de poder prisional está destinada a provocar un antagonismo entre personal y prisioneros, creemos que un adecuado proceso de concientización cambiaría las reglas del juego, puesto que orientaría los reclamos de los presos hacia otras agencias que nunca aparecen como responsables de lo que sucede en la prisión (legislativas, judiciales, políticas). La más extrema y violenta asunción de los roles deteriorantes de la prisión la constituye el motín sangriento, en que se brinda la oportunidad de proyectar públicamente a los prisioneros como sádicos insaciables y al personal penitenciario como verdugo. Es obvio que la concientización de los prisioneros les llevaría a evitar los motines y a adoptar medidas más sutiles e inteligentes, especialmente cuando se sienten apoyados por iniciativas civiles solidarias y oídos por sectores de la comunidad libre. La trampa violenta de la prisión falla cuando una de sus partes o ambas no «cierran» conforme al rol que tradicionalmente se les asigna para que se proyecten públicamente. No podemos olvidar que hace mucho se ha observado la desestructuración que produce el no cumplimiento del rol asignado por parte del «otro», que acarrea indignación y da lugar a la «alquimia moral» señalada por Merton.

Este trato humano de la vulnerabilidad debiera cuidar de no caer en el error de la vieja criminología clínica y, por ende, no pasar por alto la posibilidad de que su propia intervención tenga efecto negativo diatrogénico.

En este sentido deben cuidarse varios aspectos. Limitándonos aquí solo a algunos, debemos señalar, en principio, que al recomponer vínculos que permiten el desarrollo y fortalecimiento de una identidad diferente de la que se pretende que la persona asuma, debe recordarse que esto sucede con personas que viven en condiciones particularmente negativas y que al percatarse del efecto deteriorante de la prisionización pueden muy bien desarrollar una cierta hipertrofia de la personalidad, incluso potencializada colectiva o grupalmente, favorecida también por la pérdida del criterio de realidad que acerca de ciertos datos

provoca la desconexión con el mundo exterior, y que suele traducirse en actitudes omnipotentes, reclamos absurdos, conductas paradójales pretendidamente heroicas, etcétera.

Por otra parte, el inevitable reconocimiento de los roles dentro del grupo, como también la aparición de los líderes naturales, no pueden llevarse al extremo en que esos mismos roles provoquen la formación de una nueva identidad vulnerable. En sus casos más graves, esta identidad se confrontaría con la falta de rol fuera de la institución y, por ende, con la pérdida de un proyecto de vida extramuros.

Otro riesgo no pequeño de una intervención concientizante es la posibilidad de que la súbita percepción del rol asignado y de la medida en que lo había asumido, provoque en la persona un estado depresivo más o menos severo. Por último, en esta breve enunciación de algunos riesgos diatrogénicos debe tenerse presente la necesidad de que la persona que egresa de la prisión en algún momento deba «desengancharse» de la institución y, por ende, la militancia activa en los organismos comunitarios es recomendable y necesaria y revela un sentido solidario importante y saludable, pero debe cuidarse de que no signifique la continuación del «enganche», en forma que la persona siga «trabajando» de expreso y defina su identidad a través de esa condición.

Por último, no solo hay riesgos diatrogénicos para los prisonizados, sino también para los operadores. El primero de ellos es el riesgo de minimizar el efecto deteriorante de la prisonización y de otros condicionamientos anteriores y caer en una concepción romántica del preso. La depresión que provoca la caída en este error es algo a tener en cuenta: el preso es un marginado al que se ha privado de casi todo y que, naturalmente, tiene una reacción primaria, que es la de aprovechar de la mejor manera posible toda ventaja que se le ofrezca. Esto es parte del deterioro, o sea, de la asunción del rol.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que estas actividades atraen a personas preocupadas por el destino de los otros, con sensibilidad social, con claridad de pensamiento, altruistas, pero también atrae a personas con problemas de salud a veces graves y cuyo comportamiento puede acarrear serios inconvenientes y también verse su salud perjudicada por las experiencias a que las puede someter su actividad con prisonizados.

Puede cuestionarse la filosofía del trato humano de la vulnerabilidad que en grandes líneas ensayamos, como de difícil realización y utópica. No obstante, creemos que nada tiene de utópica. Más aún, creemos que su realización no es cuestión de futuro, sino de presente. Lo que proponemos es su extensión y ampliación, su incorporación consciente y programada, pero no proponemos su realización misma, porque esta ya se halla en curso.

Nos permitimos retomar aquí algo que dejamos pendiente: los casos que muchos operadores muestran como supuestos ejemplos de reso-

cialización, y en los que con justicia muchos de ellos pueden reclamar el mérito que corresponde a su intervención profesional o simplemente humana. No nos cabe duda de que son casos en que no se ha hecho otra cosa que conseguir que la persona suba su nivel de invulnerabilidad frente al ejercicio de poder del sistema penal, es decir que si se reflexiona sobre lo que se ha logrado, en la medida en que haya habido una intervención efectiva, esta ha consistido en «hacer prosa sin saberlo». No proponemos una nueva ideología penitenciaria como resultado de una meditación especulativa, sino como resultado de estas experiencias de la observación de ellas, de intervenciones propias y de instituciones que han servido como marco de vinculación con la comunidad y, también, en la observación de los datos de realidad acerca del funcionamiento real de los sistemas penales. En definitiva, se trata de resultados disfuncionales para el ejercicio de poder del sistema penal, pero como ese ejercicio de poder no está regido por una intencionalidad común, creemos que existe espacio para ampliar estas paradojas disfuncionales (disfuncionales porque restan clientela al sistema, aunque su escaso número no permita hablar de momento de una verdadera disfuncionalidad).

Síntesis

En resumen:

- a. La filosofía del tratamiento pasó por varias etapas, sin que ninguna de ellas permitiera cambiar las características estructuralmente deteriorantes de la prisión.
- b. «Resocialización» es una expresión que, fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías «re» (re-adaptación, re-inscripción, re-educación, re-personalización, etcétera) que, en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo.
- c. Teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado, resulta claro que las ideologías «re» no son utopías, sino absurdos.
- d. El efecto deteriorante de la prisonización en concreto tiende a la reproducción del delito por introyección de los roles vinculados a los estereotipos que rigen la selección criminalizante.
- e. Sabiendo que las personas no son criminalizadas por la magnitud de los ilícitos que cometen, sino por sus características personales que las hacen vulnerables al ejercicio de poder de los sistemas penales, que siempre es estructuralmente selectivo, existe la posibilidad de formular una nueva filosofía de trato humano al prisonizado, que tienda a reducir su vulnerabilidad y que, eventualmente, vaya apoyada por una clínica de la vulnerabilidad.

- f. El personal penitenciario solo podría llevar a cabo una parte de esta empresa, consistente en hacer que las condiciones siempre estructuralmente deteriorantes de la prisión, lo sean en la menor medida posible, y en favorecer y facilitar la acción de instituciones comunitarias.
- g. El resto de la empresa debería ser asumido por la comunidad, particularmente por iniciativas civiles de expresos, familiares y profesionales voluntarios y por otras instituciones y movimientos análogos que deben ser creados, apoyados, fomentados y extendidos.
- h. Quienes intervengan con prisonizados deben tener presente que su propia intervención puede generar algunos efectos negativos sobre los presos y sobre ellos mismos, que deben tratar de evitar.

Creemos que esta tentativa de ampliar y generalizar el trato humano reductor de la vulnerabilidad de los criminalizados y prisonizados, incluso mediante el eventual apoyo de una clínica de la vulnerabilidad, integrada con organizaciones alternativas, fundada en la experiencia de lo que de positivo se ha hecho hasta el presente, es lo único que puede pedírsele al personal penitenciario y a la comunidad, puesto que cuenta con fundamento empírico y, además, tiene mucha más solidez que un discurso que se repite como artículo de fe, que racionalmente es de imposible realización, que encubre abusos de todo género y que no hace más que generar y profundizar la anomia que es parte de las condiciones negativas de trabajo del personal penitenciario en este momento. Descartar los discursos «re» no significa en modo alguno optar por la ilimitada inflicción de deterioro a los presos, como pretenden las tendencias autoritarias, sino dejar de lado lo que se ha convertido en un mero pretexto, para optar por lo único que es posible: tratar la vulnerabilidad, que es la causa de la criminalización.

Parte II

Génesis del sistema penitenciario uruguayo (1862-1888)

Verónica Roldós | Rafael Rey

When prisons disappear human beings in order to convey the illusion of solving social problems, penal infrastructures must be created to accommodate a rapidly swelling population of caged people.

Ángela Davis

El gobierno que, protegiendo á los ciudadanos del asesinato, del robo, del asalto, ó de otra agresión, nos muestra que su función esencial es la de asegurar á cada cual ese libre ejercicio de sus facultades dentro de los límites señalados, ese gobierno está llamado, en el debido cumplimiento de sus funciones, á mantener esa libertad de cambio, y no puede derogarla, sin invertir su función y hacerse agresor en vez de ser protector.

Herbert Spencer

La manera en que se castigaban los delitos comenzó a cambiar en Europa y los Estados Unidos a mediados del siglo XVIII. El cadalso fue progresivamente dejando paso a la prisión, al encierro como núcleo del aparato punitivo.

Paralelamente tuvo lugar un proceso de reforma de las cárceles que consolidó el rol del Estado como el único cuerpo legitimado para la represión del delito.

Esta reforma significó una reconfiguración de las prisiones que acabaría por ser determinante, en cuanto daba lugar a una nueva lógica del castigo y el trato hacia el delincuente, que es el que prevalece en la actualidad: el encierro como pena; la resocialización del preso a partir del trabajo, como objetivo (Morris y Rothman, 1998).

Si bien este proceso se originó en Inglaterra, tuvo su primer momento de esplendor en los Estados Unidos, más precisamente en las cárceles de Auburn y Filadelfia, en las primeras décadas del siglo XIX. El sistema de Filadelfia establecía el aislamiento total de los presos. Estos pasaban todo el día encerrados en sus celdas, incluso para tra-

bajar y comer. El sistema de Auburn, en tanto, permitía que los presos comieran y trabajaran en grupos, aunque la comunicación entre ellos estaba prohibida.

Con algunas diferencias, estos centros de privación de libertad desarrollaron un sistema basado en la reclusión y el trabajo, que marcaría el camino en los siguientes cincuenta años. Este mismo derrotero fue transitado por los países latinoamericanos cuando la oleada reformista arribó a nuestro continente.

La inauguración de la Casa De Correção de Río de Janeiro (1850), y de la Prisión de Santiago de Chile (1856), a las que podría sumarse la de Lima (1862), suponen los primeros mojones de un cambio en la manera de concebir las prisiones. Enmarcado en el surgimiento de una conciencia «moderna», y de una sensibilidad *civilizada* que abarcó en su totalidad a Estados que lentamente comenzaban su consolidación institucional, Uruguay empezó a discutir con más fuerza la reforma de sus cárceles, contemporáneamente a la formulación y la construcción de las primeras prisiones de la región.

En la década de los sesenta del siglo XIX una nueva sensibilidad que renegó del castigo del cuerpo y que el historiador José Pedro Barrán denominó *civilizada*, comenzó a manifestarse firmemente en el discurso de la clase dominante uruguaya (Barrán, 2011).

Las llamadas «penas corporales aflictivas», que iban desde los trabajos en obras públicas, las mutilaciones, los azotes y hasta la muerte por fusilamiento (Barrán, 2011: 51), características de una mentalidad «bárbara» que se pretendía dejar atrás, fueron dando paso a la «represión del alma», siendo la privación de libertad la principal forma de condenar el delito (Barrán, 2011: 51).

Si bien el castigo físico de los presos continuó siendo la norma en la aplicación de justicia, comenzaron a observarse los primeros indicios oficiales tendientes a redireccionar ya no únicamente los métodos de castigo, sino también los objetivos de las cárceles.

Se trataba de un cambio en las mentalidades y sensibilidades que puede entenderse —siguiendo la definición de la historiadora Silvia Rodríguez Villamil— como una consecuencia del «ingreso a las formas avanzadas de la civilización industrial que instaló al país en la senda del progreso europeo» (Oddone, 1966: 16).

Las clases dirigentes empezaron a concebir un país en franco progreso institucional y material que se comparaba orgulloso con la civilización europea y que miraba al futuro con el convencimiento de que un nuevo Uruguay estaba naciendo. No había pasado una década de finalizada la Guerra Grande, pero el país de los conflictos y la anarquía institucional parecía apagarse en el oscuro agujero del tiempo.

Los primeros reglamentos

A principios del siglo XIX la cárcel en nuestro país era simplemente un lugar de detención, donde se aseguraba que aquella persona acusada de un delito no escapara mientras esperaba una sentencia, o para alojar a quienes habían cometido infracciones leves, como encender fogatas, o arrojar basura o animales muertos a la calle. Salvo la excepción de la embriaguez, que libraba de la pena de muerte a los acusados de asesinato, quienes debían pasar cinco años en prisión —medida que rigió hasta 1837—, los presos no permanecían mucho tiempo en la cárcel.

Para tener una idea de lo que se entendía entonces por «cárcel», hay que remontarse al Reglamento para los Comisarios de Campaña, de diciembre de 1826. Este establecía que la casa del comisario debía contar al menos con «tres divisiones». Una sería utilizada como despacho; otra para los policías que estaban a sus órdenes, «y otra, en el caso que no haya Cárcel, será destinada para apresar los delincuentes mientras no se remitan a disposición del Gobierno» (Gómez Folle, 1942: 37-38). En Montevideo, el piso inferior del Cabildo hacía las veces de cárcel.

Ya en la primera mitad del siglo XIX pueden encontrarse indicios de una nueva forma de concebir este recinto. Durante la Guerra Grande, una iniciativa del jefe político del Gobierno de la Defensa, Andrés Lamas, proponía la separación y clasificación de los presos entre detenidos y penados (Acevedo, 1933, tomo II: 248). Es decir, entre quienes todavía no habían recibido una sentencia y aquellos que ya la estaban cumpliendo.

La preocupación por clasificar a los presos según su infracción o delito es un hecho que se repitió durante esos años cada vez más frecuentemente, dejando al descubierto las primeras señales de los cambios que habrían de desarrollarse décadas más tarde, cuando la separación entre detenidos y penados comenzó a ser promovida como uno de los puntales del buen funcionamiento de la prisión y la rehabilitación del delincuente.

En el transcurso del breve gobierno de Juan Francisco Giró, entre 1852 y 1853, se dispuso la división del patio del Cabildo, «donde se amontonaban los presos» (Acevedo, 1933, tomo II: 248), para separar a «los contraventores de reglamentos y a los condenados a trabajos públicos», de los «autores de delitos comunes» (Acevedo, 1933, tomo II: 248).

Un reglamento del año 1854, donde se establecían las funciones de los alcaides de cárceles, distingue naturalmente a los penados de los detenidos, lo que demuestra que esa clasificación ya estaba instaurada en los lugares destinados a la privación de libertad.¹

1 *Alcaides de cárceles. Reglamentos de sus funciones*, Montevideo, 23 de noviembre de 1854, en Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, recopilación cronológica Matías Alonso Criado, tomo II, 1877: 53.

A su vez, la situación de los presos no era la mejor en un país que tras la Guerra Grande estaba en reconstrucción, y el estado de las cárceles no hacía más que agudizar el problema, sobre el que la prensa y los legisladores exigían una solución.

En enero de 1857, una carta firmada por el entonces vicepresidente de la Junta Económico Administrativa de Montevideo, Juan Ramón Gómez, dirigida al ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, Joaquín Requena, exigía: «un pronto remedio al mal social que nos amenaza», en referencia a ese «oprobio para el país» en que se había convertido «nuestra cárcel» (Gómez Folle, 1942: 52).

En concordancia con los reclamos que se realizaban desde la prensa, Gómez sugirió la construcción de una nueva cárcel:

Pero no basta mudar de local o de situación, es preciso mudar de sistema; establecer talleres, la reclusión, el silencio, la educación moral y religiosa. Es preciso que el preso se corrija para que vuelva puro a su familia, y útil a ella y a su patria (Gómez Folle, 1942: 53).

Las palabras de Gómez reflejaban una nueva manera de entender los fines y objetivos de las cárceles, que poco a poco comenzaba a permear en las clases dominantes.

La culminación de la Guerra Grande supuso una suerte de año cero a partir del cual comenzaba a conformarse, si no un nuevo país, al menos una nueva sociedad. En ese contexto, las palabras *civilización* y *progreso* empezaron a repetirse de manera sistemática para hacer mención a las aspiraciones institucionales que se pretendían para el país. En este punto, y en el marco de esa nueva sensibilidad que afloraba y que reprendía el castigo del cuerpo, el trato que se les daba a los presos pasó a ser un termómetro para medir el grado de *civilización* de la nación.

Mientras tanto, sin embargo, esta prédica que revelaba un cambio en la concepción del delito, en el que la posibilidad de redención del delincuente comenzó a ser creíble y donde se imponía a la población comportarse de manera *civilizada* y aplacar su deseo de venganza, convivía todavía con las ejecuciones públicas.

En 1854 se registró la muerte de un hombre preso por asesinato, «que se ejecutaría en la Plaza Cagancha, debiendo el cadáver quedar suspendido durante seis horas a la expectación pública» (Acevedo, 1933, tomo II: 587). Ese mismo año, el ya mencionado Reglamento de Cárceles al que debían atenerse los alcaides, establecía a estos la prohibición, «bajo severas penas» *de vejar* y atormentar a los presos.

El reglamento hacía mención al artículo 138 de la Constitución de 1830, que establecía que «en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí solo para asegurar a los acusados».

Esta concepción primó en el ánimo de legisladores y gobernantes, con la misma certeza con la que es posible afirmar que tal mandato constitucional nunca pudo cumplirse en su cabalidad.

El impulso reformista

El gobierno de Bernardo Prudencio Berro (1860-1864), transformó la realidad de las cárceles en nuestro país. A poco más de un año de comenzar su mandato, y tras afirmar ante los propios legisladores que «el estado de las cárceles y prisiones es de lo peor que puede darse»,² autorizó la creación de un fondo destinado a la construcción de «una moderna penitenciaría».³

Meses después, el diputado Marcos Vaeza presentó ante el Parlamento un proyecto de ley que avaló al Poder Ejecutivo para construir una cárcel, «adoptando el sistema que juzgue más conveniente a nuestro estado civil y político».⁴ El proyecto, con algunas modificaciones a cargo de los legisladores, se transformó en ley el 24 de mayo de 1862.

Durante la discusión del proyecto, algunos legisladores pusieron en consideración cuestiones relativas a los delitos y sus castigos, dejando en evidencia la novedad que significaba para nuestro país este asunto, que aún no estaba organizado en un corpus normativo específico. «Desgraciadamente no tenemos Código Penal, y para que pueda saberse quiénes son los que deben destinarse á la Penitenciaría, es indispensable que se establezcan claramente los delitos y las penas»,⁵ reflexionaba el diputado Adolfo Pedralbes.

Un año después de aprobada la ley, una comisión de la Inspección General de Obras Públicas, encargada por el Poder Ejecutivo de redactar un proyecto de penitenciaría, presentó ante el Parlamento su trabajo, el «primer documento de sello oficial relacionado con el problema carcelario» (Gómez Folle, 1942: 61).

En el texto se analizan los dos sistemas penitenciarios modelo de la época —Auburn y Filadelfia—, «que han sido objeto de examen y estudios de los gobiernos y de los pueblos más adelantados en civilización» (Gómez Folle, 1942: 61), y su aplicación, tanto en países europeos como Francia, o en la penitenciaría inaugurada menos de una década antes en Chile.

La concepción del trabajo como un agente que acostumbrará a «cierta clase» carente de «hábitos sociales» a la «subordinación y a la disciplina», son una clara muestra de la mentalidad *civilizada* en su máxima expresión. En efecto, en el informe se considera al silencio y al trabajo, como «los dos principales elementos del sistema penitenciario» (Gómez Folle, 1942: 64).

2 Memoria que el Ministro de Estado en el Departamento de Gobierno presenta a la Honorable Asamblea Jeneral Lejislativa en 1861, Montevideo, Imprenta de la viuda de Jaime Hernández, 1861: 57.

3 Ibidem.

4 Ibidem: 58.

5 *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Representantes*. Segundo Período de la 9.ª Legislatura, tomo 4, Montevideo, Tip. Oriental, 1886: 354.

Sobre este punto la Comisión se cuestiona acerca de quién debe encargarse de reglamentar el trabajo tras las rejas, si el Estado o una empresa privada. Inclinandose por la primera opción, a la vez que el informe se detiene en la frágil cuestión de qué ocurriría si la labor de los presos perjudicara a trabajos similares hechos por personas libres. ¿Qué hacer? ¿Suprimir el trabajo tras las rejas? Si se tomara esta decisión, las penitenciarías:

quedarían reducidas a establecimientos de mera reclusión contrariamente a su objeto declarado que consiste en ofrecer la reforma moral del preso, no por medio de una vida contemplativa y ascética, sino por medio del ejercicio de una profesión o de un oficio honesto (Gómez Folle, 1942: 64-65).

Conocida la intención de recaudar fondos para la penitenciaría, no faltaron espectáculos «a beneficio» para tal fin. Uno de ellos, quizás el más significativo, fue la obra teatral *La cárcel y la penitenciaría*, de Francisco X. de Acha, puesta en escena en el teatro Solís, cuyo anuncio en la prensa alentaba al público a colaborar en la construcción de «una obra que honrará al país».⁶

Es interesante destacar la diferenciación entre cárcel y penitenciaría presente en el mismo título de la obra, así como en algunos de sus parlamentos, claro ejemplo de esta nueva manera de entender la privación de libertad:

Sé que se trata de honrar/la cárcel, de transformar/ese infierno que aquí veis [...] La cárcel penitenciaría/que levantar se proyecta/más que prisión es asilo/que al mísero preso alberga//Des que en ella el delincuente/á purgar su culpa entra/ un trato humano recibe/ que le honra y le aprovecha (De Acha, 1862: 18-20).

También la prensa se hizo eco del anuncio y a la vez que celebró la iniciativa, expresó sus puntos de vista sobre el asunto.⁷ El periódico *La Discusión* se ocupó extensamente de los asuntos vinculados con la instalación de la penitenciaría, revelando no solo un gran conocimiento del tema sino también observaciones características de la mentalidad *civilizada* que se generalizará años más adelante, pero que podemos presumir arraigada ya para esa fecha.

La concepción de una sociedad que es también responsable de los delitos que cometen sus ciudadanos es una muestra de ello. «No se puede discutir sobre la importante materia de la reforma del sistema de las cárceles sin entrar en algunos detalles sobre la corrupción de la

6 Diario *La Discusión*, Montevideo, 24 de enero de 1862.

7 «Como ya se han reunido una parte de los fondos, y como, por consiguiente, ya poco falta al comienzo de la obra, creemos llegada la hora en que la prensa debe abrir la discusión sobre tan importante ramo de administración que servirá para iluminar e influir sobre el sistema que se deberá adoptar en su ejecución», decía el primero de cuatro editoriales que bajo el título «La penitenciaría», el diario *La Discusión* dedicó al tema. Diario *La Discusión*, 11 de marzo de 1862.

sociedad»,⁸ afirma el editorialista, quien continúa su artículo con una lúcida visión del progreso, que transita a contramano de lo que era la opinión dominante al respecto.

En la prensa de la época se ve claramente reflejado un sentimiento, como una suerte de conciencia colectiva sobre la situación del país, y cuán necesaria resultaba la construcción de la penitenciaría para volver más tangible o más *real* esta nueva etapa por la que atravesaba la nación, al punto que no parecía concebirse una cuestión sin la otra. «Tiempo es ya de pensar seriamente en darnos instituciones, que completen la vida de pueblo civilizado en el alto grado a que ha alcanzado la República», se exigía desde un medio de prensa. A su vez, se repite la idea de la penitenciaría como una obra «benéfica y humanitaria», que ubicaría al país «a la altura de la civilización y del progreso en los tiempos que vivimos».⁹

El levantamiento comandado por Venancio Flores en 1863 interrumpió la iniciativa. Si bien en los años posteriores se registraron intentos de reflotar el proyecto de ley aprobado en 1862, la situación económica por la que atravesaba el país impidió que estos cristalizaran.

El gobierno de Berro marcó un punto de inflexión entre un Uruguay convulsionado que en su momento pareció quedar definitivamente atrás, y «un país que marcha por la senda del progreso» (Acevedo, 1933, tomo III: 14), tal como se afirmaba en los discursos de la prensa y de parte de la clase política de la época.

Hay que entender la mención al *progreso* y a la prosperidad no como exclusiva referencia a lo material —cuya connotación se incluía—, sino también con relación a la bonanza económica, la incipiente institucionalidad y la desconocida tranquilidad que reinaba en el país.

Son innegables los esfuerzos del entonces primer mandatario en pos de implementar una nueva manera de dirigir los destinos de la nación. Teniendo en cuenta que su gestión sufrió las consecuencias del levantamiento armado de Venancio Flores en 1863, coincidimos con la valoración de Barrán y Nahum (1967: 65), quienes consideraron su gestión como «una de las tentativas más serias por modernizar la estructura primitiva del Uruguay».

No obstante, es necesario matizar las afirmaciones sobre el alcance del progreso y más aún del orden constitucional del Uruguay de la década de los sesenta del siglo XIX.

En primer lugar, es evidente que se trataba de una frágil institucionalidad. Si bien existió un incipiente desarrollo, este no alcanzó a soldar las estructuras políticas del país. En segundo término, es necesario circunscribir ese limitado progreso a Montevideo, dado que sería erróneo incluir a la campaña en dicha concepción.

8 Editorial «La penitenciaría», diario *La Discusión*, Montevideo, 19 de marzo de 1862.

9 Diario *La Prensa Oriental*, Montevideo, 21 de junio de 1862.

El Estado uruguayo era decididamente incapaz de ejercer su autoridad a escala nacional, por lo que el interior del país asistió al florecimiento de diversos núcleos de poder regional, virtualmente autónomos de los mandatos del gobierno central.

Los jefes políticos de la campaña cometían abusos y excesos prácticamente de manera sistemática, y era poco lo que podía hacerse desde el Cabildo para remediar la situación.

El acefalismo coercitivo del Estado en la campaña abonaba también la impunidad de los crímenes que se cometían.

El Gobierno ha visto con profunda indignación y desagrado la frecuencia e impunidad con que se repiten en ese departamento actos de homicidio que no pueden menos que afectar la moral pública y el crédito del Estado en el exterior (Acevedo, 1933: 233-234),

decía el ministro de Gobierno, Eduardo Acevedo, al jefe político de Cerro Largo, uno de los departamentos en que este tipo de hechos eran más comunes.

Con el foco nuevamente en las cárceles, la visualización de este país antagónico —ciudad y civilización, por un lado; campaña y barbarie, por otro—, nos permite hacer algunas consideraciones y salvedades al respecto.

Una, quizás la más clara, es que desde el punto de vista de las cárceles, la situación no presentaba mayores diferencias entre los presos encerrados en la capital o en la campaña. El estado de las cárceles era pésimo en todos los puntos del país.

Tanto en la prensa como en las Memorias de Gobierno de los distintos jefes políticos abundan las menciones al hacinamiento de los presos alojados en pequeñas y húmedas habitaciones, escasamente alimentados y sin nada con que proteger sus cuerpos durante el invierno.¹⁰

Desde esas mismas páginas se exigía, en el nombre de «la moral, la humanidad y el crédito mismo de la República», la construcción de la penitenciaría. Era la solución a «la pálida é inconveniente situación de nuestro sistema de cárceles»; lo que necesitaba el país para «mejorar la condición moral y física de los seres que sufren en ellas y de ponernos á la altura de la civilización y del progreso en los tiempos que vivimos».¹¹ Eran, estas palabras, la síntesis mejor expresada del sentir de la época respecto a este problema que ya se visualizaba como endémico.

El otro punto que merece un destaque está ligado al abismo existente entre el discurso *civilizado* que en esos años comienza a establecerse desde las clases dominantes, y la realidad de un país, de una sociedad

10 «Los más —afirmaba un diario de la capital haciendo mención a la Cárcel del Cabildo—, tienen por tarima el duro suelo, y por toda cama una jerga raida, ó un poncho de mala muerte». Diario *La Prensa Oriental*, Montevideo, 27 de junio de 1862.

11 Diario *La Prensa Oriental*, Montevideo, 27 de junio de 1862.

cuya *mentalidad* colectiva estaba demasiado lejos como para que ese discurso tuviera algún tipo de efecto visible en sus comportamientos. Este choque no hace más que agudizar el antagonismo entre esas dos conciencias colectivas, que quizás lo único que tenían en común era el territorio que compartían.

La cárcel de la dictadura

En la década de los setenta del siglo XIX existían cuatro grupos en la estructura de la clase dominante uruguaya. En este sentido se encontraban los denominados principistas, descendientes del viejo patriado que actuaba como clase dirigente desde «los primeros ensayos de vida independiente»; la burguesía mercantil e industrial, propietaria de saladeros y grandes comercios, formada por inmigrantes que se enriquecieron rápidamente; los estancieros-empresarios afincados en el sur y el litoral, entre los que había fundamentalmente anglosajones y franceses; y los estancieros-caudillos del norte y la frontera, muchos brasileños, y criollos antiguos del país la mayoría (Barrán y Nahum, 1967: 201).

Esta división entraña además, una separación del poder rural y urbano. Mientras que los principistas y los estancieros señoriales representaban al viejo Uruguay de los doctores y los caudillos, los comerciantes, saladeristas y estancieros-empresarios, encarnaban un nuevo orden que solo conquistaría el poder con el coronel Lorenzo Latorre, en marzo de 1876 (Barrán y Nahum, 1967).

En el período comprendido entre 1869-1875, Uruguay atravesó su más aguda crisis económico-financiera de su entonces corta historia. A la crisis bancaria y la bancarrota del Estado que la precedió, hay que sumarle el descenso de la producción pecuaria, epidemias de cólera humana, enfermedades ovinas y bovinas y sequías prolongadas, que contribuyeron a ahondar la penosa situación en la que se encontraba el país (Barrán y Nahum, 1967: 247).

Durante estos años, la anarquía en el medio rural fue manifiesta y el abigeo y la justicia por mano propia, fueron algo habitual (Barrán y Nahum, 1967: 244-246).

A partir del alambramiento de los campos, garantizar la paz en el ámbito rural se convirtió en el principal reclamo de los grupos de poder afines a Latorre, llevando a las autoridades a ejercer su autoridad con una brutalidad exenta de todo respeto a las formalidades.

No obstante los cambios que se seguían procesando en cuanto a cómo se entendía la finalidad que debían cumplir las cárceles, la dictadura de Latorre implicó un quiebre en este sentido. El trabajo forzado y un régimen de marcado sesgo militar fueron las características principales del Taller Nacional, conocido popularmente como Taller de Adoquines, «la gran cárcel de la dictadura» (Acevedo, 1933, tomo IV: 17).

En 1878 el recinto albergaba a 378 presos que se distribuían en los talleres de elaboración de adoquines y de ladrillos, obras de tala-bartería, zapatería, herrería y de carpintería. Eduardo Acevedo relata que los jefes políticos realizaban periódicamente remesas de vagos y «malhechores» (Acevedo, 1933, tomo IV: 17).

Además, el historiador alude a que «el Taller de Adoquines llegó a constituir el terror de la campaña y a inspirar al paisanaje un miedo mucho más fuerte que el de la daga policial que hería en el camino» (Acevedo, 1933, tomo IV: 17).

En una memoria de 1877, presentada por José María Montero, jefe político de Canelones, se hace referencia a las tareas asignadas a los presos —como arrancar piedra de una cantera para empedrar las calles de esa villa—, y se ponderan los beneficios del trabajo.¹² Además, se asegura que bajo estrictas medidas de control, lograron «extirpar» a los vagos del departamento, protegiendo de este modo los intereses de los propietarios.¹³

La categorización de los mendigos o vagos como delincuentes y su persecución fue producto de un cambio en las condiciones generales económicas. Mediante la coacción estatal y la alarma pública acerca del daño que podían ocasionar a la sociedad si no eran detectados y limitados, individuos con estas características fueron puestos a disposición del aparato gubernamental. De este modo, no se escatimaron fuerzas en aprovechar la mano de obra disponible, no solo integrándola a la actividad económica sino además fomentando su «resocialización» con el fin de que en el futuro se integraran voluntariamente al mercado del trabajo (Rusche y Kirchheimer, 1984: 102-105).

Así lo revela la opinión del entonces jefe político de Montevideo, Juan Pedro Goyeneche:

Dado nuestro sistema de cárceles, en los que en nada se ocupa á los presos, esos hombres constituyen una verdadera plaga de la sociedad [...] Muchos de ellos lamentan su salida y se manifiestan complacidos cuando, á causa de reincidencias, son nuevamente encarcelados. No sucedería lo mismo si [...] se les destinara por un período largo y después de un juicio breve, á trabajos públicos, que refluirían en provecho del Estado, de la sociedad en general y de ellos mismos [...].¹⁴

En el discurso de los impulsores del Taller Nacional se exaltaban enfáticamente las virtudes del trabajo como herramienta para reformar a los delincuentes. Miguel Jaume y Bosch en su libro *El Taller Nacional y la pena de muerte*, escribe que en el:

sagrado recinto del taller se cumple con una ley divina y una ley social: una ley divina, porque escrito está 'con el sudor de tu rostro comerás el

12 Memoria de la Jefatura Política y de Policía del departamento de Canelones 1877, Establecimiento tipográfico de la Nación, 1878: 10.

13 *Ibidem*: 9.

14 Memoria de la Jefatura Política y de Policía de la capital, correspondiente al año 1876: 10-12, Montevideo, en E. De Salterain y Herrera, *Latorre, La unidad nacional*: 228.

pan', una ley social, porque sin trabajo no hay, ni progreso ni sociedad posible (Jaume y Bosch, 1878: 46).

De la reflexión de Jaume y Bosch se desprende la doble concepción del trabajo como agente de resocialización, pero también como factor indispensable para el progreso. Así, como apunta José Fernández Saldaña, los métodos del Taller Nacional serán los mismos «de modo más o menos embrionario», que los aplicados en «los penales considerados entonces como modelos» (Fernández Saldaña, 1968: 141), y que se utilizaron brevemente —sin la connotación autoritaria del Taller— en la penitenciaría que se inauguraría una década después.

En el año 1882, el Senado y la Cámara de Representantes decretaron una ley reguladora de la vagancia. En esta definieron como vagos a aquellos individuos:

que no poseen bienes ó rentas y siendo aptos para el trabajo no ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio lejítimo y conocido de subsistencia, con ó sin domicilio fijo.¹⁵

Las penas impuestas para este tipo de infracción iban desde el enrolamiento al servicio de las armas, hasta la pena de prisión o de destierro.

Como señalaron los historiadores Georg Rusche y Otto Kirchheimer, los tipos de castigo y la penalización de los delitos se encuentran directamente asociados a las dinámicas derivadas de los procesos de producción.¹⁶ Ambos historiadores señalan que:

aunque las necesidades que se derivan de combatir las prácticas delictivas ocupan un lugar significativo en la transformación de los sistemas penales, las mismas no pueden ser explicadas solamente con relación a ellas. Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas.¹⁷

La penitenciaría

Durante el gobierno del general Máximo Santos (1882-1886) se formó una Comisión¹⁸ para elaborar un informe sobre el sistema que debía aplicarse en la nueva prisión que el gobierno planeaba construir.¹⁹

15 Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, recopilación cronológica por Matías Alonso Criado, tomo VIII, 1882: 134.

16 «Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas». En Rusche y Kirchheimer, o. cit.: 3.

17 Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay, recopilación cronológica por Matías Alonso Criado, tomo VIII, Montevideo, 1882: 134.

18 La Comisión formada en 1882 estaba integrada por los doctores Ildefonso García Lagos, Joaquín Requena, Carlos de Castro y Pedro Visca, ingenieros Juan Alberto Capurro y Rodolfo de Arteaga, general Luis Eduardo Pérez y señores Juan D. Jackson y Pedro Piñeyría. En: Eduardo A., o. cit., tomo IV: 353.

19 Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay ó sea recopilación cronológica por Matías Alonso Criado, tomo VIII, Montevideo, 1882: 287.

Entre los aspectos que debían ser tomados en cuenta, la Comisión señaló:

no solo el estado actual de las instituciones judiciales y de las causas determinantes de los delitos, sino la situación económica del Estado, la índole moral de sus habitantes, las influencias fisiológicas, las propensiones de educación, los hábitos industriales, el clima y otras circunstancias de diverso género cuyo examen debe conducir á la resolución del problema, de manera que pueda darse satisfacción a las exigencias de perfección moral y garantizar eficazmente los intereses materiales de la sociedad.²⁰

En diciembre de 1882, el gobierno de Santos decretó la construcción de una Cárcel Central de prevenidos y «de una penitenciaría modelo».²¹

En contraste con el discurso hegemónico que alentaba fervientemente la reeducación del delincuente y que condenaba la violencia en el seno de las cárceles, la cultura bárbara del castigo continuaba arraigada en las prácticas policíacas.

La brutalidad policíaca en el interior fue una preocupación que se extendió paralela al proceso de construcción de la penitenciaría.

De este modo, los castigos convivieron incómodamente con un discurso que extendía la responsabilidad del delincuente al resto de la comunidad. Un editorial del diario *La Palabra*, de 2 junio de 1888, sentencia:

no es el criminal el único responsable de sus acciones; la sociedad donde desenvuelve sus facultades materiales y sus instintos ha debido prepararlo para el bien; y si no lo hizo, si le dejó desarrollarse vago, montaráz, y vicioso, cuando debió educarle, tenga el coraje de recojer el fruto de su falta y antes de mandarlo al patíbulo, apodérese del delincuente [...] edúquelo, hágalo hábil para el trabajo y prepárelo para la virtud.

En la Memoria de Gobierno correspondiente a los años 1884 y 1885, el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Juan Lindolfo Cuestas, elogió el estado de los establecimientos carcelarios «[...] no hay ningún país civilizado que ofrezca resultados tan favorables como la República Oriental del Uruguay, de su estado social».²² Además, Cuestas brinda una visión de los distintos delitos en los que equilibra, por ejemplo, el valor de la vida con el de la propiedad.²³

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*: 311.

22 Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el primer período de la 15ª Legislatura por el Ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública Juan Lindolfo Cuestas correspondiente al ejercicio 1884-1885. Montevideo, Tipografía a vapor de la Nación: XCIX.

23 «La muerte por robo no es solo un atentado contra la vida, sino que lo es también contra la propiedad: ha antecedido la premeditación, causa agravante, y es una declaración de guerra á la sociedad», en Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el primer período de la 15.ª Legislatura por el Ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública Juan Lindolfo Cuestas correspondiente al ejercicio 1884-1885. Montevideo, Tipografía a vapor de la Nación: C.

Los planos de la penitenciaría fueron aprobados el 11 de enero de 1884. Un año después, el 13 de marzo de 1885, se colocó la piedra fundamental.

Durante el acto de colocación de la piedra fundamental, el presidente Máximo Santos anunció en su discurso:

vamos á desarraigar para siempre ese mal gérmen de las prisiones estrechas é imperfectas, donde se acumulan indistintamente los hombres avezados al delito con los prevenidos que esperan la declaratoria de su inocencia; los criminales manchados de sangre de sus semejantes, con los delinquentes que tienen excusa de la inexperiencia de la edad.²⁴

Como símbolo de la confianza de los reformadores en la regeneración moral de los delinquentes a partir de la puesta en marcha de la penitenciaría, desde el Poder Ejecutivo se solicitó a ambas cámaras la consideración de un decreto en el cual se establecía la liberación de dos presos que por su buena conducta ameritaran la gracia de concluir la pena,²⁵ ya que:

nada puede ofrecer mayor realce al acto inicial de levantarse un establecimiento destinado á la regeneracion moral de delinquentes penados por la justicia, [...] que asociar á él el perdon de sentenciados á prisión con trabajos, que cumplen actualmente su respectiva condena.²⁶

Sin embargo, la ceremonia se vio ensombrecida por un público fervoroso que al momento de la entrega de medallas conmemorativas:

invadió el palco y hubo, puede decirse, una especie de arrebatina de medallas. De las de plata especialmente destinadas, quedaron sin ellas muchas personas y en cuanto a las de cobre no pudo hacerse una distribución regular.²⁷

En una sociedad continuamente expuesta a discursos promotores de reformas en diversos ámbitos, también se acentuaba la voz de los que pedían calma para procesar los cambios:

Costumbres, leyes, moralidad, civilización, raza, herencia, religión y esas numerosas influencias que forman la trama complicada de la sociedad, todo debe ser observado, estudiado prolijamente, discutido. Solo así las reformas que se ofrecen serán estables y duraderas y constituirán un verdadero progreso en la marcha de la humanidad.²⁸

24 Discurso pronunciado por Máximo Santos el 13 de marzo de 1885, en Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el primer período de la 15.^a Legislatura por el Ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública correspondiente al ejercicio 1884-1885. Montevideo, Tipografía a vapor de la Nación: 592.

25 Decreto de la Cámara de Representantes y Senadores del 3 de marzo de 1885 en el diario *La Razón*, 4 de marzo de 1885.

26 Mensaje del presidente Máximo Santos a la Honorable Asamblea General, publicado en Diario *La Razón* del 3 de marzo de 1885.

27 Diario *La Razón*, Montevideo, 14 de marzo de 1885.

28 *De los delitos en general*, Tesis presentada á la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por Romeu Burgues, Luis. Para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Imprenta á vapor La Tribuna Popular, Montevideo, 1887: 17.

El 25 de marzo de 1888 se inauguró la Cárcel Correccional y Preventiva: «el primer gran edificio carcelario de la República» (Gómez Folle, 1942: 92).

La penitenciaría con su reglamentación detallada y específica constituye uno de los ejemplos más lúcidos de una nueva forma de concebir las instituciones, representando en el imaginario el modo en que el delincuente debía ser tratado en una sociedad civilizada.

En ocasión de su discurso inaugural, el ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública, Duvimioso Terra, reflexionó sobre los fines de la penitenciaría:

¿por qué tal regocijo al verla terminada, cuando Cárcel quiere decir supresión de la libertad, supresión del hogar, supresión de la familia; cuando Cárcel quiere decir barrera entre el hombre y los más caros derechos y las más íntimas afecciones de la vida? Pero es que Cárcel también quiere decir garantía eficaz de esos mismos derechos que aparecen por ella suprimidos [...] y por eso puede decirse, aun cuando parezca paradójal, que un buen establecimiento carcelario es una de las condiciones de la libertad misma.²⁹

En la Memoria correspondiente al año 1888, el director de la penitenciaría, José de Quincoces, da cuenta del fracaso en la formación de los talleres de trabajo³⁰ previstos en el reglamento del establecimiento y que tan solo funcionaron cuatro meses con 2 oficiales y 18 aprendices, ya que transcurrido ese período de tiempo, los materiales con que contaban al comienzo, se agotaron y no hubo órdenes de parte del gobierno de comprar más.³¹

Quincoces informó al Ministro de Justicia, que:

los talleres están, pues, vacíos. Los penados no prestan otros servicios que el de la limpieza de la Cárcel, que es perfecta, y los procesados, fuera de igual servicio en lo que á su sección corresponde, viven en radio separado, pero en la más completa inacción.³²

29 Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el 1.^{er} período de la 16.^a Legislatura por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública correspondiente a los ejercicios de 1885-1886, 1886-1887 Y 1887-1888. Montevideo, Imprenta El Siglo Ilustrado, 1888: XXXVIII-XXXIX.

30 Lo que ocurrió en los talleres fue anunciado, en cierto modo, por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Duvimioso Terra, durante su comparecencia ante la Cámara de Diputados en enero de 1888. En esta oportunidad, ante la inminente inauguración de la penitenciaría y la imposibilidad de alojar un preso por celda, situación que fue denunciada por algunos diputados, este propuso: «podrían utilizarse los talleres, ya que no se establecerán todos por ahora» En: Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Representantes. Sesiones ordinarias del 1.^{er} período de la 16.^a Legislatura, tomo XCI, 1888. Montevideo, Imprenta El Siglo Ilustrado, 1892: 356-357.

31 Memoria correspondiente a la Cárcel Preventiva, Correccional y penitenciaría. Año 1888 en: Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el Segundo Período de la 16.^a Legislatura por el Ministerio de Culto, Justicia é Instrucción Pública. Montevideo, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes 1889: 98.

32 *Ibidem*.

Además, se refiere a la falta de aptitud profesional de los guardias, la que estima puede deberse a que perciben un sueldo mínimamente superior que el de un guardia de policía.³³

Por su parte, el médico de la penitenciaría remarca en su informe la inconveniencia del terreno pantanoso donde se construyó el establecimiento:

parece que la sociedad hubiera querido relegar al homicida, al infanticida, al ladrón, que forman su hez, que constituyen su cieno, á aquellos parajes que el vulgo, que con tanto acierto denomina las cosas y los hechos, bautizó con un nombre, que es su misma condenación: 'Barrio de la Humedad'.³⁴

El profesional elogia la higiene del establecimiento, pero denuncia el hacinamiento que existía en la zona correccional:

habita aquí toda aquella clase de individuos que, como los rateros, vagos, ocupan la jurisdicción del Correccional, los que no son pocos; así es que allí se ven hacinados diariamente, durante todo el año, hasta cien individuos de las peores clases.³⁵

El inminente problema locativo que acarrearía la introducción de penados a delitos graves, prevenidos y condenados a penas correccionales a la nueva penitenciaría, no era visualizado solo desde el Gobierno. El diario *La Razón* opinaba que si la penitenciaría constaba de cuatro pabellones, cada uno con sesenta celdas, los 150 condenados por delitos graves y los 50 en primera instancia a enero de 1888, entonces «el nuevo edificio no es lo bastante grande para reunir dentro de sus muros á los presos de tres distintas categorías».³⁶

En 1890 la penitenciaría y correccional ya había sobrepasado largamente su capacidad. Los penados vivían hacinados y no trabajaban. Por un decreto del mismo año el Gobierno destinó el edificio de la calle Yi —donde funcionó el Taller Nacional— a los encausados por delitos leves, con el fin de descongestionar la penitenciaría.

Además, al año siguiente la Asamblea General creó un Consejo Penitenciario, compuesto de cinco miembros elegidos por el Poder Ejecutivo de acuerdo con el Tribunal Superior de Justicia. El Consejo tenía los cometidos de encargarse de la superintendencia directiva de la Cárcel penitenciaría y de la Cárcel Correccional y le correspondía velar por la correcta aplicación del régimen penitenciario, formular reglamentos, proponer el nombramiento de directores y arbitrar medios que propendieran al fomento del trabajo.

33 *Ibidem*: 99.

34 Memoria presentada a la Honorable Asamblea General en el Segundo Período de la 16.ª Legislatura por el Ministerio de Culto, Justicia é Instrucción Pública. Montevideo, Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes 1889: 128.

35 *Ibidem*: 131.

36 Diario *La Razón*, Montevideo, 14 de enero de 1888.

El proyecto y ejecución de la penitenciaría en nuestro país recorrió un camino paralelo al del cambio de mentalidades que se desarrolló en la sociedad uruguaya a instancias de las clases dominantes, y al del nuevo modelo productivo moderno, que con el fin de potenciar su eficacia y alcance, modificó las formas de castigo para aquellos ciudadanos disfuncionales al nuevo sistema. De este modo, la prisión del alma se erigió como el método punitivo y de control por excelencia, atravesando la esfera más íntima de los individuos, capaz de modelar, desde el discurso, las conductas de los nuevos delincuentes.

Bibliografía

- Acevedo, Eduardo (1933) *Anales Históricos del Uruguay*, Montevideo, Casa Barreiro y Ramos.
- Aguirre, Carlos (2009) *Cárcere e sociedade na América Latina; en História das Prisoes no Brasli*, vol. I, Río de Janeiro, Rocco.
- Barrán, José Pedro (2011) *Historia de la Sensibilidad en el Uruguay*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Barrán, José Pedro y Nahum, Benjamín (1967), *Historia Rural del Uruguay Moderno (1851-1855)*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Cisternas Céspedes, Jaime (1997) *Historia de la Cárcel Penitenciaria de Santiago: 1847-1887*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Historia, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- De Acha, Francisco X. (1862) *La cárcel y la penitenciaría*, Montevideo, Imprenta de la República.
- Fernández Saldaña, José M. (1968) *Latorre y su tiempo*, Montevideo, Arca Editorial.
- Fessler, Daniel (2012) *Derecho Penal y castigo en Uruguay (1878-1907)*, Montevideo, Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), Universidad de la República.
- Foucault, Michel (2002) *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- García Basalo, Juan Carlos (1979) *Historia de la penitenciaría de Buenos Aires (1869-1880)*, Buenos Aires, Pie de Imprenta, Penitenciaría Argentina.
- Gómez Folle, Juan Carlos (1942) *Regímenes Penitenciarios Nacionales. Desde la Época Colonia hasta 1876*, tomo I, Montevideo, Dirección General de Institutos Penales.
- Jaume y Bosch, Miguel (1878) *El Taller Nacional y la pena de muerte*, Montevideo.
- Méndez Vives, Enrique (2007) *El Uruguay de la Modernización. 1876-1904*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Morris, Norval y Rothman, David J. (comp.) (1998) *The Oxford History of Prison. The practice of punishment in Western Society*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press.
- Oddone, Juan (1966) *La formación del Uruguay moderno. La inmigración y el desarrollo social*, Buenos Aires, EUDEBA.
- Pedemonte, Juan Carlos (1956) *El año terrible*, Montevideo, Barreiro y Ramos.
- Rodríguez Villamil, Silvia (2008) *Las mentalidades dominantes en Montevideo (1850-1900). La mentalidad criolla tradicional. La mentalidad urbana y europeizada*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto (1984) *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.
- Salvatore, Ricardo y Aguirre, Carlos (1996) «The Birth of the Penitentiary in Latin America: Toward an Interpretive Social History of Prisons», en *The Birth of The Penitentiary in Latin América: Essays on Criminology, Prison Reform, and Social Control, 1830-1940*, Austin, University of Texas Press.

El «hospital de almas».¹

Propuestas de reformas carcelarias en Uruguay (1878-1884)

Daniel Fessler

Un «escuela de corrupción y cinismo»²

A inicios de la década del sesenta del siglo XIX, el gobierno del presidente Berro envió un mensaje al Parlamento señalando la crítica situación en que se encontraba el sistema carcelario. Destacando el problema edilicio y las deficiencias del régimen administrativo autorizaba a la Jefatura Política y de Policía de la capital a crear un fondo con las multas que tenía como destino la construcción de una penitenciaría. Pese a un decreto del 24 de mayo de 1862 que reafirmó su necesidad, esta siguió sin concretarse ante la falta de recursos. Durante el gobierno de Venancio Flores un nuevo gravamen, esta vez sobre el ganado que ingresaba al abasto de Montevideo, tuvo como objetivo hacer efectiva la edificación de un establecimiento penitenciario. Estos años estuvieron marcados por los sucesivos traslados de presos debido a los problemas estructurales y a la superpoblación de los establecimientos generalmente adaptados a la función como el Cabildo, el Cuartel de Dragones, la Isla Libertad o la Fortaleza del Cerro.

En los primeros años de la década del setenta parece intensificarse las críticas al sistema carcelario demandando una transformación radical. Las prisiones, señalaba el diario *La Democracia*, se caracterizaban por su falta de seguridad y la facilidad que presentaban para la evasión de sus presos. Ello posibilitaba la reincidencia que era denunciada como una causa fundamental del aumento de la *criminalidad*. A esto se agregaba la «defectuosa disciplina interior» que hacía impensable toda expectativa de «regeneración» debido a un régimen que conservaba a sus internos en la ociosidad y permitía el mantenimiento

1 Miguel Jaume y Bosch (1878) *El Taller Nacional y la pena de muerte*, Montevideo, s/e.: 77 y 78.

2 «Las obras de lujo y las obras de necesidad», *El Siglo*, Montevideo, 2 de abril de 1873.

de los contactos entre los reclusos. Las cárceles, resumía la nota, se han transformado en «verdaderas escuelas del vicio y del crimen» en donde «el criminal completa y perfecciona su educación para convertirse en el más formidable enemigo del orden social».³ Bajo el título «La reforma de las cárceles», el diario montevideano se preguntaba si los cambios podían limitarse al «ensanchamiento y mejora» de los edificios existentes o debían «aspirar á algo mejor» a través de la «adopción del mas acreditado sistema penitenciario que exista».⁴

Estos años estuvieron pautados por la existencia de varios estudios y propuestas que tuvieron como objeto a las prisiones.

En 1865 se publicó el trabajo de Juan Ramón Gómez, *Estudio sobre el sistema penitenciario correccional*. Motivado por su visita a la penitenciaría de Río de Janeiro, Gómez escribió un breve ensayo sobre las cárceles. Partiendo de la descripción del edificio, procedimiento que caracterizó a los estudios sobre prisiones, efectuó un análisis del régimen de funcionamiento que concluye con la condena al modelo de aislamiento celular permanente. Del texto resultan identificables los principales objetivos que caracterizaron a las propuestas reformistas. Así, a través del combate al ocio, sería posible la conversión del criminal transformándolo en un «hombre moral, laborioso, económico y pacífico». Para ello las claves eran el trabajo, la «sumisión» y el «arrepentimiento» (Gómez, 1865: 18).

Sin embargo, como ha señalado el historiador mexicano Jorge Trujillo Bretón, la cultura carcelaria fue generando una realidad que en los hechos terminaba por aceptar una inserción dicotómica de sus internos: la educación para ser un buen detenido y la educación para ser criminal (Trujillo Bretón, 2010: 429). Esquema contradictorio que nos habla de un régimen que propone e impulsa un sistema administrativo estricto y el que asumía en los hechos su impotencia para el control del orden interior de las prisiones. «Desorden completo en la administración y régimen» de la prisión denunciaba el fiscal del Crimen Vásquez Acevedo en una causa correspondiente al año 1878.⁵

Los reformadores denunciaron las condiciones de los viejos establecimientos proponiéndose un sistema penitenciario que renunciando a la violencia física se observaran los planteos que declaraban como objetivo principal que el recluso «salga de la prisión regenerado y convertido en un miembro útil para la sociedad».⁶

Durante el corto período de 1878 a 1884 se sucedieron los trabajos que de forma directa o indirecta discutieron los modelos penitenciaros. Estos provinieron en términos generales del ámbito universitario

3 «La reforma de las cárceles», *La Democracia*, Montevideo, 18 de agosto de 1882.

4 *Ibidem*.

5 Museo Histórico Nacional, Archivo del Dr. Vásquez Acevedo, Vistas Fiscales, Libro 5, «Juan Ferrari por muerte», 18 de marzo de 1878.

6 Archivo General de la Nación, Juzgado en lo Criminal de 1.º Turno, «Causa criminal seguida a Román Silva por la muerte de Loreto Bazan», 8 de abril de 1878.

tomando como referencia las grandes corrientes internacionales que debatieron sobre los sistemas penitenciarios.

De esta serie de estudios solo la obra *El Taller Nacional y la pena de muerte* de Miguel Jaume y Bosch, editada en 1878, parece distinguirse tanto por un origen ajeno al espacio académico como por el abordaje del problema.

«La saludable, benéfica y redentora corrección del Taller Nacional»⁷

El «folleto» de Jaume y Bosch, artista mallorquín radicado en Montevideo, fue presentado como un esfuerzo destinado a «mejorar las condiciones del más humilde entre los hijos de los hombres: ¡el pobre presidiario!» (Jaume y Bosch, 1878: X). Para ello puso a consideración del Gobierno un plan que a partir del análisis de las prisiones proponía modelos alternativos. Su estudio se detuvo especialmente en el Taller Nacional, también conocido como Taller de «Adoquines», al que presentó como un establecimiento «modelo» que superaba a las antiguas cárceles caracterizadas por la «oscuridad» de sus celdas y el mantenimiento de los internos en «la inacción». Lejos de la imagen de aquellos edificios donde los presos «envejecían», el Taller Nacional había sido «levantado para á los violentos presidiarios reprimir, á los ignorantes ilustrar, y á los enfermos curar» (Jaume y Bosch, 1878: V).

Su puesta en funcionamiento habría representado una inflexión con el pasado también en su eficacia como freno al aumento de la *criminalidad*. De acuerdo al autor entre sus efectos positivos se encontraban el haber conseguido la reducción de los delitos en un «cuarenta por ciento» como lo demostraba la «estadística criminal con su severa é inapelable lógica» (Jaume y Bosch, 1878: 47-48).

En lo que constituye una diferencia medular con varios textos posteriores, Jaume y Bosch evitó pronunciarse por alguno de los grandes sistemas penitenciarios modernos. En su obra aconsejaba la adopción de un régimen que se adaptase al interno de acuerdo a su «índole del criminal» separando el «grano de la negra cizaña». Tomando como base una adecuada clasificación en función de una serie de «condiciones» se debía aplicar el sistema «según el cuerpo del delito y la esperanza fundada de la enmienda» (Jaume y Bosch, 1878: 75 y 88). Respetando la base de los sistemas celulares, apuntaba a evitar un contacto que no hacía más que «corromper» a los delincuentes menos avanzados con el «hábito pestífero» de aquellos más endurecidos (Jaume y Bosch, 1878: 93). Como ocurrirá con los futuros reglamentos de las prisiones montevidéanas, aceptaba en su esquema penal la «biografía» de los reclusos como un elemento esencial para un moderno trato peniten-

7 Miguel Jaume y Bosch, o. cit.: 47.

ciario. Adoptaba entonces aspectos claves en la criminología positivista que por medio de la identificación precisa de los internos conseguiría mejorar la capacidad regenerativa de la cárcel. Para ello estableció una «clasificación científica» que permitiría separar a los presos en grupos de acuerdo a sus características («perversos inteligentes», «viciosos estúpidos» e «insensatos ineptos») y la fase en que se encontraba («joven presidiario», «criminales de carácter definido» y «viejo presidiario y el vago») (Jaume y Bosch, 1878: 75-76).

Como lo hicieron frecuentemente los reformadores, Jaume y Bosch, empleó la analogía médica para fundamentar la necesidad de diversificar el tratamiento de los presos. Aplicar un mismo tratamiento a enfermedades de distinto tipo y gravedad para «curar el espíritu», resultaría tan inadecuado como pretender sanar todas las enfermedades con una única medicina. De esta manera, defendió la imposición de la sanción de acuerdo a elementos como la personalidad y las características de los internos debiendo el «remedio» ser «siempre correlativo á la cantidad y cualidad del mal» (Jaume y Bosch, 1878: 77-78).

Desde un posicionamiento abolicionista acompañó la idea de la necesidad de la instalación de una penitenciaría modelo que hiciese posible la supresión de la pena capital. Su obra cuestionó la permanencia de una ley «caduca» que demandaba «la vida del que quisiéramos ver redimido». En consonancia, la aplicación de la pena muerte, se enfrentaría con una propuesta oficial que apuntaba a la «regeneración» de los reclusos en el Taller Nacional:

¿Qué se propuso el Superior Gobierno al abrir con pródiga mano á los presidiarios las puertas á tantos talleres como son las ramas de la humana industria? ¿que al día siguiente el laborioso artista abandonara para siempre el banco honroso del taller para sentarse en el vil banco del acusado? (Jaume y Bosch, 1878: 43-44).⁸

De esta manera una de las tareas fundamentales del Gobierno sería la supresión de la pena de muerte a través de la acción correctiva emprendida en el Taller Nacional. Respetar así el «dogma de la vida» instituyendo un establecimiento que suprimiese los castigos físicos arrebatado «al carcelero el hierro candente del castigo corporal» (Jaume y Bosch, 1878: 40-41). Para ello educaría a sus internos en el «campo de la enseñanza y de la religión» y desarrollaría una modalidad de trabajo que «honra» y no que degrada como sucedía por ejemplo con los trabajos públicos. Instruir y «regenerar», destacaba Jaume y Bosch, «es más glorioso para las naciones que matar» (Jaume y Bosch, 1878: 144).⁹

8 Resulta significativo que la obra de Jaume y Bosch fue dedicada al ministro de Gobierno José María Montero.

9 Defendiendo la supresión de la pena de muerte Jaume y Bosch reafirmará algunos de los argumentos clásicos del abolicionismo: el derecho a la vida, la ineficiencia del castigo ejemplarizante como elemento moralizador y de contención del delito o la idea de venganza ejercida por un juez a nombre de la sociedad.

Así, mientras que la reforma carcelaria simbolizaba los avances de los países que han «establecido penitenciarias modelos», la pena capital representaba la conservación de un castigo atrasado propio de «las sociedades que viven en la sombra» (Jaume y Bosch, 1878: 25, 40-41). Su obra acompañó la idea que progresivamente se fue consolidando en los países centrales de que el mantenimiento de esta forma de castigo equivalía a sostener mecanismos que superaban los límites aceptables para el mundo civilizado (Pratt, 2006: 49).

Dos trabajos posteriores ratificaron la continuidad en este vínculo entre pena de muerte y reforma penitenciaria observable durante los debates entre abolicionistas y antiabolicionistas. Se trata de las tesis de Carlos Muñoz Anaya (1879) y Domingo Pittamiglio (1883) presentadas para la obtención del título de doctor en jurisprudencia. Apadrinadas por los doctores Carlos de Castro y Francisco Berra tomaron como objeto de estudio la pena capital defendiendo la necesidad de su supresión. Entre sus argumentos sostuvieron la posibilidad brindada por las modernas prisiones que permitirían a sus internos «rehabilitarse y regenerarse» (Muñoz Anaya, 1879: 10-11). Acompañaron así la idea de la instalación de las nuevas penitenciarías como una suerte de precondición para que sea factible la abolición cerrando de esta manera «el paso á toda argumentación, favorable á la pena de muerte» (Muñoz Anaya, 1879: 18).

Si bien el trabajo de Domingo Pittamiglio compartió este fundamento no renunció al clásico objetivo segregador de la pena privativa de libertad. Sin descartar la idea de la «regeneración» destacó la importancia de garantizar el encierro. Con una mirada crítica a los establecimientos carcelarios señalaba la complejidad de plantear a «nuestras pésimas prisiones» como una alternativa a la pena de muerte al no reunir estas las condiciones para evitar las «frecuentes y peligrosas evasiones» (Pittamiglio, 1883: 39).

En sentido contrario a lo que ocurrió con el trabajo de Miguel Jaume y Bosch dos estudios posteriores se pronunciaron a favor de alguno de los grandes modelos carcelarios. En 1881 se publicó el trabajo de Jorge Ballesteros *Sistemas penitenciarios* y en 1884 la obra de Segundo Posada *El problema penitenciario*. Estas tesis originadas en la Facultad de Derecho tomando como punto de partida el estudio de las prisiones de Estados Unidos y algunos países europeos (especialmente Gran Bretaña e Irlanda) defendieron la implementación de diferentes modelos de régimen celular.¹⁰ Ambos autores estuvieron además ligados a la enseñanza: Ballesteros como Inspector Nacional de Instrucción

10 Vale mencionar el estudio realizado por Enrique Azarola. Su tesis de 1879 se distingue por un abordaje del problema que no toma como centro ni la pena de muerte ni los sistemas penitenciarios concentrándose su trabajo en los fundamentos teóricos de la punición. De alguna manera, introduce una discusión diferente al preguntarse la legitimidad del castigo.

Primaria y Posada como vocal de la Dirección General de Instrucción Pública y posteriormente como miembro de la Sociedad Universitaria (Delio, 2003: 29-62).

Los «sistemas rivales por excelencia»¹¹

Desde finales del siglo XVIII comenzaron a extenderse las críticas a la situación de las viejas prisiones. Especialmente en los países más industrializados de Europa y en Estados Unidos se hizo común la aparición de obras que incluyeron descripciones pormenorizadas de los edificios y su administración y analizaron las condiciones de reclusión. Los trabajos también parecen acompañar los procesos de transformación de una prisión que fue incorporando nuevos objetivos y en función de ellos definiendo pautas de funcionamiento que fueron extendiéndose en el sistema penitenciario. En 1790 fue inaugurada en Filadelfia la prisión de Walnut Street que dio nombre a un modelo que tuvo como base el aislamiento absoluto y el silencio. Su expansión se vio favorecida por el apoyo en el Primer Congreso Internacional de Prisiones realizado en Fráncfort en 1846 que se manifestó favorablemente respecto a su empleo.

En el sistema Filadelfia los presos se veían sometidos al régimen celular de forma permanente combatiéndose los contactos señalados como perjudiciales y fomentándose solo aquellos percibidos como una influencia beneficiosa. Las reglamentaciones de las prisiones regidas bajo este modelo coincidieron en considerar a las autoridades de los establecimientos como un ejemplo. Es el caso, como señalaba Juan Ramón Gómez, del director que «puede ser el padre severo, pero justo de sus hijos criminales» (Gómez, 1865: 15). Miguel Jaume y Bosch lo describió como un modelo de «reclusión celular permanente y no interrumpida» en donde no se permiten «más relaciones que las que le proporcional las visitas del director, del limosnero y del alcaide, pudiendo empero, obtener los libros que deseé para ocuparse en la lectura» (Jaume y Bosch, 1878: 74).

Pese a su adopción en varias cárceles latinoamericanas progresivamente se extendieron las críticas a un modelo que fue señalado por la dureza del encierro permanente. En su estudio Juan Ramón Gómez ya denunciaba las secuelas provocadas por el aislamiento permanente destacando que los casos de «locura é idiotismo son raros pero inevitables» (Gómez, 1865: 19).

Jorge Ballesteró coincidió en destacar los graves efectos que aparejaban las severas condiciones de reclusión que habían hecho que el sistema pensilvánico no demorara «en caer en descrédito á causa de

11 Segundo Posada (1884) *El problema penitenciario*, Montevideo, Imprenta y Encuadernación de Rius y Becchi: 41.

los desastrosos resultados» (Ballestero, 1879: 9). Efectos destructivos en el sistema nervioso, pérdida de visión, adelgazamiento progresivo (contraria a la tendencia de aumento de peso de las cárceles comunes) eran algunos de las consecuencias que se señalaba que provocaba los sufrimientos inherentes a este sistema. En sus celdas, sostuvo Ballestero, se sucedían «con aterradora frecuencia» los casos de «enajenación mental» y de suicidio. Así, el aislamiento celular permanente no solo tenía resultados funestos sobre la salud de los internos sino también sobre las posibilidades de su «regeneración»: «Es increíble cuanto deprime el nivel moral del hombre la pena que le priva de todo comercio intelectual con sus semejantes» (Ballestero, 1879: 10).

En sentido contrario, Segundo Posada continuó defendiendo la pertinencia del empleo del sistema pensilvánico como el modelo más adecuado para ser aplicado en Uruguay. Frente a las críticas señaló la ausencia de toda evidencia empírica que demostrara la existencia de secuelas físicas en los reos, el aumento de los casos de «idiotismo» o del número de suicidios. Para Posada la difusión de estas ideas se vinculaba con una prédica que propugnaba que «los ignorantes ó el vulgo se adhieran con facilidad á la escuela adversa, repudiando esta». Descartando los cuestionamientos, sostuvo que el régimen previsto en el sistema Filadelfia mantenía el necesario grado de rigor y de «violencia» que brindaba la reclusión solitaria sin el cual resultaba imposible la *regeneración* de los internos (Posada, 1884: 82-83). En su obra *El problema penitenciario* terminaba por relativizar la dimensión de los problemas generados por el aislamiento celular permanente ya que este se encontraba atenuado por la posibilidad de actividades en la celda como la lectura, el trabajo o las visitas admitidas y fomentadas por los reglamentos (Posada, 1884: 39).¹² Inclusive, el deseo de hacer «más breve el tiempo» de permanencia en la prisión motivaría a los internos a evitar el ocio absoluto. Ello no solo podría ser utilizado para el fomento de la recuperación sino que funcionaba como herramienta de control de los reclusos al ser integrada al sistema de premios y castigos.

Los ordenamientos aprobados para las prisiones montevideanas hicieron uso de esta lógica mediante la incorporación de planteos en que la sanción se apoyaba en mecanismos como la privación de lecturas o del trabajo. Así, por ejemplo, el futuro reglamento de la Cárcel Preventiva, Correccional y Penitenciaria (luego simplemente Cárcel Penitenciaria) dispondría como recompensa a la buena conducta la extensión de los días de comunicación, el mayor acceso a prensa y a libros o la exención de algunos trabajos de baja consideración. El mal comportamiento era sancionado con prohibiciones de estos elementos lo que

12 Posada incluye entre los contactos la visita de la familia dando «satisfacción» a las exigencias de sociabilidad. Se plantea la posibilidad de «consentir también las relaciones sexuales, tanto más necesarias, cuanto que son de estricta naturaleza».

eventualmente podría ir acompañado con reducciones o desmejoras en la alimentación o el encierro en celdas oscuras (Fessler, 2012: 105).

Las críticas al aislamiento permanente derivaron frecuentemente en la adhesión a propuestas alternativas como el sistema Auburn y posteriormente al sistema irlandés también conocido como progresivo debido a la combinación del uso de los dos grandes modelos en etapas sucesivas. El Auburn, que debe su nombre a una prisión neoyorquina, propuso el encierro individual nocturno y un régimen de taller comunitario en silencio. Precisamente, los principales cuestionamientos partieron de que su régimen de trabajo no solo no cumplía con el objetivo de atenuar la dureza del aislamiento sino que lo multiplicaba al ser «contrario a la naturaleza humana, en cuanto que lejos de satisfacer el instinto de sociabilidad, lo mortifica» (Posada, 1884: 19). De esta manera el trabajo en «comunidad» no solo no preservaba la salud de sus internos sino que al ser impracticable la incomunicación entre los presos terminaba por resquebrajar el aislamiento que fue la base de los regímenes celulares. Se señalaba además que el sistema Auburn tendía a aumentar el rigor al multiplicar los castigos en su intento de evitar con los contactos el «contagio peligroso de la sociedad deletérea de los codetenidos» (Posada, 1884: 39). Ello, a diferencia del Filadelfia, lo llevaba a depender de una plantilla de personal especializado lo que produciría un aumento de los costos de funcionamiento.

Para sus críticos, además, la imposición del silencio en los talleres resultaba impracticable haciendo posible el contacto entre los reclusos. La falta de clasificación, imputada de forma casi unánime a las prisiones, agravaba el problema al provocar la «influencia perversa» de los «más corrompidos sobre los menos». Así, la cárcel lejos de cumplir con sus nuevos objetivos que la habrían convertido en una «escuela de redención moral» reproducía el largamente cuestionado carácter de «escuela de corrupción criminal». Como ocurría con las viejas prisiones, el sistema Auburn no solo no obtenía la «reforma moral» de sus internos sino que devuelve a un delincuente «si es posible quizás más pervertido» (Posada, 1884: 19 y 25).

Su propia estructura terminaba por multiplicar en el sistema penitenciario una violencia cuestionada desde los fundamentos mismos de una reforma que había negado la aplicación de mecanismos propios de los viejos establecimientos. En el proceso de transformación de las prisiones se había resaltado que su puesta en funcionamiento representaba un momento de superación que rompía con el antiguo régimen penal de los suplicios físicos. Lejos del paradigma modernizador de las penitenciarias, el sistema Auburn hacía «imposible» el control de los internos siendo necesario de forma regular apelar a «suplicios afrentosos» que no solo «perjudicaban en alto grado su regeneración» sino que derivaban en la «completa perversión de los azotados» (Ballester, 1879: 12).

Sin dudas, la instrumentación de un régimen adecuado que cumpliera con el objetivo central de la cárcel como espacio de «regeneración» de sus internos multiplicó las tensiones entre los defensores de los distintos sistemas. Es que la capacidad de rehabilitación de los nuevos establecimientos representaba la base misma del modelo. A diferencia de las viejas cárceles asumidas como un lugar reservado exclusivamente para la segregación, las modernas penitenciarías debían significar un paréntesis en la vida del *delincuente* que podía y debía ser utilizado para someter a «los internos a un programa de reforma mediante un estricto régimen de trabajo, higiene e instrucción» (Caimari, 2004: 43).

En los debates sobre las condiciones carcelarias tuvo particular centralidad el cumplimiento del objetivo rehabilitador que permitía reintegrar a los reclusos como miembros útiles de la sociedad. Convertir, señalaría Segundo Posada, a las prisiones «en un templo donde al bautismo de nuevas ideas y conceptos se lleve la luz de la redención al alma tenebrosa de un criminal, convirtiéndolo a la religión del deber» (Posada, 1884: 19).

En el proceso de «conversión» el trabajo desempeñaría un papel sustancial. Junto con el clásico rechazo al ocio heredado de la tradición hospiciaria las discusiones atendieron factores como su rol económico o su función pedagógica. La fundamentación por razones económicas permite varias lecturas que van desde el uso de los presos en competencia con la fuerza de trabajo libre a la rentabilidad de los productos elaborados por los reclusos. Sin dudas, este último elemento será el más señalado al resaltar la supremacía del sistema Auburn. Jorge Ballesteros destacaba que se señalaba «como ventaja de este sistema la circunstancia de que el trabajo en los talleres se hace con más perfección que en las celdas obteniéndose de este modo mayor remuneración por los productos» (Ballesteros, 1879: 11). En general se concordaba que el sistema Filadelfia, que planteaba el trabajo individual en celdas, se adecuaba mejor a la producción artesanal resultando inaplicable en una organización manufacturera (que debía entre otros elementos introducir máquinas). El sistema de taller en cambio posibilitaba reproducir el ritmo del trabajo industrial. En esta materia, es que se solía insistir en la superioridad del modelo de Auburn ya que permitía la realización de una producción que no solo se relacionaba mejor con la demanda sino que permitía educar en una disciplina que preparaba a los internos para la tarea fabril. La cárcel, por decirlo en palabras de Melossi y Pavarini, se convertía en «una fábrica de proletarios y no de mercancías» al ajustarse su régimen a la moderna disciplina del trabajo (Melossi y Pavarini, 1985: 170 y 190). La realización del trabajo en común, señalaba Ballesteros, «alienta á los penados, y entre ellos se establece una emulación benéfica, semejante á la que la libre concurrencia produce en las diversas industrias» (Ballesteros, 1879: 11).

Pese a la diferenciación de la modalidad de trabajo, ambos sistemas compartieron la preocupación por evitar los contactos entre los diferentes tipos de presos debido al rol corruptor que se le atribuía. Las relaciones generadas en el interior de las cárceles no solo no contribuían a la «regeneración» sino que operaba en el agravamiento de la «criminalidad» convirtiéndose en causa principal de la reincidencia. Violentaba entonces los elementos centrales de las prisiones, independientemente de los enunciados reformistas, que se proponían «intimidar al crimen, castigar al culpable, inhabilitar al delincuente y prevenir reincidencias» (Ballestero, 1879: 8).

Los cuestionamientos a ambos sistemas llevaron a la búsqueda de alternativas que sin renunciar al régimen celular procuraron sumar lo que se consideró como los principales beneficios de los modelos Filadelfia y Auburn. La Comisión del Código Penal presidida por Joaquín Requena e integrada por Ildefonso García Lagos, Carlos de Castro y Enrique Azarola fue creada en 1882 a efectos de dictaminar qué sistema debía adoptarse en la proyectada Cárcel Penitenciaria.¹³

El «luminoso informe» de la Comisión del Código Penal

El trabajo de la Comisión del Código Penal introdujo para su análisis dos cuestiones que sirvieron como base para su pronunciamiento. En primer lugar, efectuaron un estudio de la situación en materia «criminológica» a nivel nacional e internacional. Si bien este procedimiento fue habitual entre los reformistas, la Comisión señaló como imprescindible considerar también las «condiciones especiales de nuestro país». Seguramente la finalidad práctica de su Constitución obligó a tener presente aspectos como la realidad económica del Estado y el funcionamiento de la administración de justicia. El informe incluiría también un relevamiento de la situación demográfica contemplando particularmente las características de la población uruguaya. Elemento central en la explicación de las causas de la *criminalidad* el estudio debía tener en cuenta factores como las influencias fisiológicas, el clima y los rasgos más destacados de sus habitantes (su índole moral y nivel educativo, los «hábitos industriales»):

Meditando sobre los caracteres de la criminalidad en nuestro país, la Comisión se ha convencido de que la gran mayoría de los delitos, especialmente de los perpetrados en la campaña reconoce por causa: la ignorancia del pueblo, vicios de educación, arrebatos de pasión producidos por riñas en que los contendientes se jactan de demostrar cierta noble fiereza, y, muy frecuentemente, por cuestiones que afectan al derecho

13 Sus antecedentes más inmediatos habían llegado a propuestas contradictorias. Mientras que el informe de la Comisión de Juristas, también presidida por Joaquín Requena se pronunció por el sistema Auburn, el trabajo de Jacobo Varela y J. V. Villalba se inclinó por el Filadelfia.

de propiedad insuficientemente garantido hasta ahora á consecuencia de los desórdenes creados por nuestras disensiones políticas (Comisión del Código Penal, 1883: 3).

La descripción de las causas del delito permitía establecer una suerte de perfil del criminal que poblaba las prisiones. Lejos de la denunciada profesionalidad que afectaría en un futuro nuestras cárceles,¹⁴ los reclusos eran caracterizados por la eventualidad de su incursión en el «mundo del delito». De esta manera, los establecimientos uruguayos no se encontraban ocupados por el «delincuente endurecido y avezado» que habitualmente se consideraba incorregible. En consecuencia si la *criminalidad* había aumentado en Uruguay se debió fundamentalmente a la «facilidad» para eludir la «acción de la justicia» y a la «lentitud é imperfección de los medios de represión penal» (Comisión del Código Penal, 1883: 6). Estas posibilitaban la reincidencia que fue presentada de manera reiterada como una de las primeras causas del aumento del delito.

En segundo lugar, la Comisión realizó un repaso histórico sobre las prisiones enmarcándolo en las dificultades propias de una ciencia penitenciaria que «se halla en el presente en vía de formación» (Comisión del Código Penal, 1883: 3). Su análisis procuraba rescatar las ventajas de cada modelo para su aplicación en el nuevo establecimiento montevidéano. De esta forma recogía del Filadelfia la severidad en la represión del delincuente destacando su capacidad para someter a disciplina a las personalidades más rebeldes. Adicionalmente el aislamiento permanente reduciría la frecuencia de los castigos físicos realizados por los guardianes y minimizaría los contactos entre los reclusos. Los vínculos entre los presos construidos en la prisión, señalaba el informe, facilitaban la asociación luego de cumplida la condena lo que terminaba redundando en el aumento del delito.

Por otra parte, el miedo generado por la dureza del encierro tenía un valor «pedagógico» al producir «en la mente del pueblo mayor intimidación» (Comisión del Código Penal, 1883: 4). Si bien cuestionaba la veracidad del excesivo rigor atribuido a este sistema, Segundo Posada efectuaba una valoración positiva de la capacidad de la reclusión permanente en atemorizar a «todos los culpables posibles» (Foucault, 1989: 112):

La intimidación, la acción preventiva que tiene en vista toda ley penal y toda pena, se hacen mucho más efectivas con la adopción del régimen celular de Filadelfia, porque en el espíritu del pueblo, en la opinión común, existe la preocupación de que la soledad en una celda es algo

14 Juan Carlos Gómez Folle, funcionario de una extensa trayectoria en el sistema penitenciario, señalaba en 1934 el cambio radical producido en la población de las prisiones montevidéanas que «difiere fundamentalmente de "nuestro tipo" medio delincuente» que es «casi exclusivamente pasional» (Gómez Folle, 1936: 6).

intolerable al carácter humano; la creencia popular supone temible el encierro solitario en un calabozo (Posada, 1884: 60).

De esta forma, pese a los pronunciamientos a favor del objetivo regenerador, los reformadores no se desprendieron enteramente de la idea de la cárcel como un lugar que debía atemorizar para cumplir con su cometido punitivo. De alguna manera el debate abolicionista retomó esta línea. Los defensores de su empleo señalaron que la supresión de la pena de muerte daría paso en exclusividad a un mecanismo que como las prisiones no tenían la capacidad necesaria de frenar el delito. Igualmente, la Comisión del Código Penal resaltó del sistema Auburn la capacidad de resocialización de los reclusos por medio de la «educación penitenciaria» con la que era posible inculcar «hábitos industriales y morales» (Comisión del Código Penal, 1883: 4). Adicionalmente este permitiría evaluar la recuperación evitando una simulación que posteriormente redundaría en la reincidencia.

Por último, la Comisión estudió el sistema irlandés, progresivo o «moderno». En el diagnóstico señaló la importancia de una «prudente combinación de los dos sistemas» a los que este modelo incorporaba como un elemento fundamental la libertad condicional obtenida «como premio a la conducta ejemplar del condenado» (Comisión del Código Penal, 1883: 3). A partir de una reclusión máxima de 25 años, se proponía dividir la permanencia en la prisión en dos períodos. Una primera etapa desde el ingreso, no mayor a los seis meses, en la que se adoptaría la forma del aislamiento absoluto en la que se prepararía al penado para la vida carcelaria. Recogiendo los mecanismos propios del sistema Filadelfia, al verse separado del «mundo» el recluso se vería obligado mediante la introspección a volverse «dócil á la palabra del director y Capellán de la prisión». La reflexión permitiría asociar la privación de libertad como consecuencia directa de sus acciones. Ello lo empujaría a pedir «trabajo y libros cuya lectura le hagan olvidar su pena y se dispone por último a entrar en el camino de la enmienda» (Comisión del Código Penal, 1883: 5).

De esta manera, tras la fase más rigurosa del régimen en que se lograba la «docilidad» del interno, quedaba preparado para una segunda etapa de trabajo en común. Este debía ser aceptado por el preso como una vía hacia su «salvación» tanto en la cárcel como en el exterior. Mientras que en el interior de la prisión lo acercaba a la liberación a su salida, el trabajo honrado lo alejaba de la reincidencia.

Este período replicaba las condiciones del sistema Auburn aplicando la reclusión absoluta durante las comidas y la noche combinada con la reunión diurna para el trabajo en el taller bajo la regla del silencio ininterrumpido. La extensión de esta etapa (frente a un breve lapso inicial de aislamiento absoluto) llevó a Segundo Posada a cuestionar la aplicación de un modelo «que no tiene nada de nuevo». En las críticas al sistema progresivo insistía que por sus semejan-

zas «es el mismo Auburn disfrazado con un antifaz muy trasparente» (Posada, 1884: 76).

Pero la Comisión no solo procuró responder a los principales cuestionamientos al modelo propuesto sino que intentó aunar en su proyecto la segregación, objetivo clásico de las prisiones, con la rehabilitación que definía a las modernas penitenciarías:

Bástale a la sociedad conseguir que los culpables sean colocados en situación de no causarle daño; que por medio de una disciplina reformadora, puedan corregir sus vicios y crear hábitos de orden y trabajo que les alejen de la reincidencia en el mal, encaminándoles á la práctica del bien.

El arrepentimiento quizá no habrá conmovido el corazón del hombre, pero á lo menos el influjo de la enseñanza recibida, la reminiscencia de la vida penal, le habrán mejorado, le habrán hecho más obediente á las leyes (Comisión del Código Penal, 1883: 11).

En esa «disciplina reformadora» el trabajo tendría que cumplir un papel central. A diferencia de las viejas prisiones en que se integraba al esquema punitivo este no debía ser «duro ó penal sino industrial» y acorde a la «fuerza y aptitudes» de los presos. Simultáneamente se procuraba evitar la aglomeración (habitualmente combatida por ser percibida como fuente de motines al superar el número de funcionarios) estableciendo que los grupos no podían superar los 15 o 20 internos «para el aprendizaje» (Comisión del Código Penal, 1883: 7). Esta restricción de presos en el taller pretendía reducir los riesgos de los contactos posibilitando un control efectivo por parte de los guardias y los propios maestros e instructores. Para ello se hacía imprescindible contar con la dotación necesaria de personal competente e ilustrado. Sin embargo, en la práctica parece sistemático el recelo de la administración hacia los funcionarios más bajos del escalafón. Objeto regular de sanciones, la percepción que se tenía de este sector se reflejará en los futuros reglamentos penitenciarios que solían incorporarlos a los contactos no deseados o al menos no privilegiados. Ello lo diferenciaba, por ejemplo, de los maestros que fueron presentados como referentes obligatorios del presidiario colaborando con su «enmienda moral». Se confiaba en que el anhelo del recluso por romper el silencio permanente facilitaba las posibilidades de los instructores de los talleres de dar conferencias, consejos y cualquier elemento provechoso para la resocialización de los internos.

Como fue resaltado por sus defensores, este modelo se destacaba por la ventaja de la reducción de costos tanto por el desarrollo de una estructura de funcionamiento más económica como por la apropiación institucional de las ganancias producidas por el trabajo de los presos. De acuerdo a su ordenamiento se instituyó que una parte de estos ingresos se reservaba a la formación de un fondo destinado al reo. Una fracción se le entregaría inmediatamente a la salida de la penitenciaría

y la otra cuando estuviera verificada su transformación al incorporarse al mercado de trabajo (Vásquez Acevedo, 1893: 115).¹⁵

Si bien, como fue tradicional en el sistema Auburn, el taller funcionaba como medidor de la buena conducta el modelo progresivo trató de internalizar en el preso la relación entre su actitud ante el trabajo carcelario, su recuperación y su reducción del tiempo de condena. Para ello, la libertad condicional cumpliría un papel central al posibilitar de acuerdo con la conducta del preso la liberación. Esta fue finalmente regulada en el Código Penal que tomó como base el proyecto Mancini. De acuerdo a lo establecido en su artículo 93 serían objeto de esta aquellos presos que habiendo cumplido las tres cuartas partes de su sentencia «hayan dado pruebas ciertas de buena conducta i corrección moral» durante la mitad del tiempo de reclusión. El Código recogerá la esencia de este sistema que premia la «enmienda» con la libertad y con la «seguridad de verse arrebatado el beneficio, si de él se desviasen». Se preveía que la perseverancia en el «verdadero camino» estuviese vigilada por las autoridades de forma eficaz de manera que los liberados tuviesen presente que toda nueva acción delictiva traería como consecuencia una nueva pérdida de la libertad (Vásquez Acevedo, 1893: 112-114).

Tras el estudio de los diferentes modelos la Comisión del Código Penal se pronunció a favor de la adopción del sistema progresivo o irlandés. Pese a este dictamen, las pautas para la construcción del nuevo edificio establecieron que este debía ser del tipo Auburn en consonancia con lo planteado con el Congreso de Londres de 1872. El informe parece confirmar las previsiones de Segundo Posada sobre la coincidencia entre ambos sistemas.

Remitido el 20 de noviembre de 1882 fue aprobado por Máximo Santos el 12 de diciembre de ese año. El decreto también previó la creación de una Cárcel Central y una Cárcel Modelo de acuerdo con lo aconsejado por la Comisión. Se dispuso también encomendar la dirección de las obras al ingeniero Alberto Capurro y la asignación del uso de la testamentaria Lapido ya previsto por decreto del 2 de noviembre de 1877.

15 El artículo 97 del futuro Código Penal dividió finalmente en cuatro partes este fondo. Dos de ellas destinadas al preso disponiendo una mitad a efectos de «aliviar» su situación y la de su familia y la otra a entregar al salir del establecimiento. Una cuarta parte sería adjudicada al Estado y la restante tendría como objeto solventar las indemnizaciones impuestas por la sentencia. En caso de no existir obligaciones esta parte sería incorporada a la anterior.

Conclusiones: «que la ortopedia moral a seguirse no sea un mito»¹⁶

En vigencia desde el año 1889 el Código Penal fijó el régimen de las penas de penitenciaría. De acuerdo con lo establecido en su artículo 91 esta se encontraba dividida en dos períodos sucesivos que se ajustaban a lo sugerido por la Comisión. De esta manera se dispuso un primer momento de reclusión individual y continua durante un lapso no menor a los quince días y no mayor a los seis meses. Una segunda etapa conservaba la reclusión en solitario durante las comidas y la noche pero reuniendo durante el día a los internos en clases destinadas a la educación y el trabajo respetando la regla del silencio. Los condenados, según el artículo 92, serían *sometidos* al trabajo dentro de sus preferencias y en concordancia con los reglamentos de la prisión. Ya el artículo 38 había determinado que los trabajos serían de «oficio ó industria» y se efectuarían en el interior del establecimiento. Artículo que la práctica carcelaria violentó sistemáticamente al emplearse de forma regular a los presos en trabajos externos y particularmente rigurosos como las canteras o la construcción de caminos.

En marzo de 1888 fue puesto en funcionamiento el moderno establecimiento de la calle Miguelete lo que permitiría llevar adelante una adecuada clasificación de los internos cumpliendo así con una de las bases fundamentales de la ciencia penitenciaria. Para ello, procuró especializar a los dos grandes centros montevideanos. El nuevo edificio se mantendría como una «verdadera» penitenciaría mientras que la vieja cárcel de la calle Yi estaría destinada a presos prevenidos y condenados por delitos de pena correccional. Mujeres y niños eran mantenidos en un sector separado en este último edificio a falta de un local especializado que no sería construido en el correr del siglo XIX.

Producido el traslado a la Cárcel Penitenciaria de los reclusos de la Cárcel del Crimen rápidamente se comenzaron a poner de manifiesto las dificultades para ajustarse al ideal reformista. Un informe de la Comisión de Legislación de la Cámara de Representantes presentado el 15 de mayo de 1888 destacó entre los problemas que enfrentaba el sistema penitenciario la imposibilidad de poner en práctica la clasificación (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, tomo XCIII, 32.^a Sesión Ordinaria, 15/5/1888: 245-248). Informes posteriores vinieron a ratificar las graves dificultades para la distribución ordenada de los ingresos respetando la «debida separación» de los reclusos y evitando la convivencia de internos autores de delitos leves y graves. Inclusive el sistema penitenciario reveló severos problemas para instrumentar el régimen celular debido a la superpoblación casi permanente. Los estudios reflejan la situación de hacinamiento de los presos que

16 Julián Álvarez Cortés, Montevideo, 1922: 16-17.

en el caso de la penitenciaría llegó a duplicar la capacidad asignada. Ello obligó a utilizar todos los lugares disponibles lo que incluyó a los galpones construidos para el alojamiento de los presos que hacían trabajos fuera de la prisión. La Cárcel Correccional tampoco logró cumplir con las premisas fundamentales del ideal reformista. Limitado por las características mismas de un antiguo edificio, sometido a varias reformas para su ampliación, en sus instalaciones terminaron conviviendo presos por causas leves con penados por delitos graves y reincidentes.

Tempranamente comenzó a registrarse un progresivo descaecimiento del optimismo reformista ante un sistema penitenciario agobiado por los problemas. Estos terminaron minando la confianza en el papel regenerador de una cárcel que permitía devolver a sus internos convertidos en miembros útiles para la sociedad. Por el contrario, asumiendo la crisis del proyecto se comienza a destacar el negativo rol de unas prisiones convertidas nuevamente en «escuelas del crimen» donde los reclusos se corrompían desde su ingreso. Lejos de su esencia regeneradora las cárceles parecieron mantenerse como lugares donde la segregación era el único objetivo frente a las denuncias de un acelerado crecimiento de la *criminalidad*. Las críticas se multiplicaron cuestionando la capacidad de los establecimientos montevideanos para dar respuesta al problema del delito. A pocos años de inaugurada la Cárcel Penitenciaria comenzaron a sucederse propuestas para la construcción de un nuevo edificio con mayor cantidad de plazas y ajustado a los requisitos de los avances *científicos*. En 1901 se dispuso la construcción de un nuevo establecimiento en la zona de Punta Carretas modificando su destino. Originalmente previsto para Cárcel de Mujeres y Asilo Correccional de Menores será inaugurado en mayo de 1910 como Cárcel Penitenciaria.

Con su concreción parece cerrarse un primer ciclo *modernizador* del sistema penitenciario que aspiró a poner en funcionamiento establecimientos vinculados con los nuevos sistemas discutidos en los congresos internacionales. Pero estas prisiones heredadas del impulso reformistas del siglo XIX ya a inicios del XX comenzaron a ser percibidas «como obstáculos para modelos más progresivos, terapéuticos y de rehabilitación penal que ahora sus expertos querían desarrollar» (Pratt, 2006: 79).

La cárcel de Punta Carretas, «una construcción modelo y el primero en su género en la América del Sur» (*El Tiempo*, 25/11/1903, «La nueva Cárcel Penitenciaria. Magnitud del edificio»), permite pensar en un segundo momento *modernizador* de las prisiones que abarcó buena parte del siglo.

Fuentes

Éditas

- Álvarez Cortés, Julián (1922) *¿Existe un régimen en nuestra Cárcel Penitenciaria? ¿Cuál debe ser el régimen penitenciario a seguirse?*, Montevideo, Peña Hermanos.
- Azarola, Enrique (1879) *Breves consideraciones sobre algunos sistemas ensayados para legitimar el derecho de castigar*, Montevideo, Imprenta a vapor de La Tribuna.
- Ballestero, Jorge (1879) *Sistemas penitenciarios, tesis presentada para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia*, Montevideo, Imprenta a vapor de La Tribuna.
- Comisión del Código Penal (1883) *Informe sobre sistema penitenciario*, Montevideo, Tipográfica de la Escuela de Artes y Oficios.
- Gómez, Juan Ramón (1865) *Estudios sobre el sistema penitenciario correccional*, Montevideo, Imprenta tipográfica a Vapor.
- Jaume y Bosch, Miguel (1878) *El Taller Nacional y la pena de muerte*, Montevideo, s/e.
- Muñoz Anaya, Carlos (1879) *La pena de muerte*, Montevideo, Imprenta a Vapor de La Tribuna.
- Pittamiglio, Domingo J. (1883) *La pena de muerte*, Montevideo, Imprenta Unión La Gallega.
- Posada, Segundo (1884) *El problema penitenciario*, Montevideo, Imprenta y Encuadernación de Rius y Becchi.

Inéditas

- Archivo General de la Nación, Juzgado en lo Criminal de 1.º Turno, 1878-1884.
- Museo Histórico Nacional, Archivo del Dr. Vásquez Acevedo, Vistas Fiscales.

Publicaciones seriadas y Códigos

- Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 1878-1884.
- Vásquez Acevedo, Alfredo (1893) *Concordancias i anotaciones del Código Penal de la República O. del Uruguay*, Montevideo, Sierra i Antuña ed.

Prensa

- El Siglo*, 1878-1884.
- El Tiempo*, 1878-1884.

Bibliografía

- Caimari, Lila (2004) *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI.

- Delio, Luis (2003) «El aporte de la corporación de juristas en la Constitución, gestión y orientación de las Políticas Educativas Nacionales (1830-1930)» en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 22, enero-junio, Montevideo, Universidad de la República-FCU.
- Fessler, Daniel (2012) *Derecho penal y castigo en Uruguay (1878-1907)*, Montevideo, Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), Biblioteca Plural, Universidad de la República.
- Folle, Juan C. (1936) *Problemas penales en el Uruguay. La «Colonia Educativa del Trabajo»*, Montevideo, Talleres Gráficos Institutos Penales.
- Foucault, Michel (1989) *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 17.ª edición.
- Melossi, Dario y Pavarini, Massimo (1985) *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Siglo XXI, 2.ª edición.
- Pratt, John (2006) *Castigo y civilización*, Barcelona, Gedisa.
- Trujillo Bretón, Jorge A. (2010) «En los círculos del infierno: atmósfera carcelaria y voces de los internos en la penitenciaría jalisciense “Antonio Escobedo” (1911-1933)», en Trujillo Bretón, Jorge A. (coord.), *En la encrucijada. Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara.

El debate sobre los «locos criminales» en el Uruguay del Novecientos. Análisis histórico de una problemática actual

Nicolás Duffau

En febrero de 2015 diez pacientes psiquiátricos que se encontraban internados en el Hospital Vilardebó en el pabellón número 11, al que son derivadas las personas procesadas por la Justicia Penal, fugaron del nosocomio. En pocos días la policía recapturó a siete de los diez internos. La evasión de pacientes es, según la declaración de las autoridades, recurrente en el establecimiento.¹ Sin embargo, el hecho ocasionó —además del seguimiento periodístico— un interesante debate sobre qué hacer con los presos que aquejados de alguna psicopatología deben ser trasladados al nosocomio público y acerca de la necesidad de contar con un hospital penitenciario.² Fueron varios los actores sanitarios, políticos, judiciales y policiales que reclamaron un pabellón especial o un hospital penitenciario con un ala para enfermos psiquiátricos, mientras la ministra de Salud Pública, Susana Muñiz, afirmó que los presos «no deberían estar en un hospital» y que el principal problema era «un vacío» legal que llevaba a los jueces a derivar a los reclusos al hospital.³

1 En febrero de 2015 el 54% de los internos del Hospital Vilardebó habían llegado al nosocomio derivados por la Justicia («Entre adentro y afuera», en *La diaria*, 24 de febrero de 2015: 4). A ello se suma que casi nueve mil personas se encuentran actualmente internadas en los establecimientos de asistencia psiquiátrica pública, a lo que deberíamos agregar los casos atendidos en hospitales privados y clínicas, las internaciones domiciliarias más un número indeterminado de personas que no reciben ningún tipo de tratamiento. Cifras brindadas por Ariel Montalbán, director del Programa de Salud Mental del Ministerio de Salud Pública, en *La diaria*, 15 de octubre de 2014: 6.

2 Véase por ejemplo: «Jueces dicen que “es la única alternativa”» (24 de febrero de 2015), en <<http://www.elpais.com.uy/informacion/jueces-dicen-que-unica-alternativa.html>>; «Evalúan atender pacientes en cárceles para evitar fugas en Vilardebó» (6 de marzo de 2015) en <<http://www.elpais.com.uy/informacion/evaluan-atender-pacientes-carceles-evitar-1.html>>.

3 «Entre adentro y afuera», en *La diaria*, 24 de febrero de 2015: 4.

La situación no es nueva, ya que desde sus orígenes en el siglo XIX, el establecimiento de reclusión y asilo de pacientes psiquiátricos ha atravesado problemas y situaciones similares.⁴ A lo largo de la historia del país la reclusión de esta población ha generado un problema complejo y una disyuntiva constante acerca de qué hacer con los presos que estando en la cárcel se veían afectados por alguna psicopatía o que cometían el hecho delictivo durante, por ejemplo, un acceso maniático. Durante este período, tuvieron lugar varias polémicas y discusiones públicas que giraron en torno al destino de los «locos delincuentes». Particularmente médicos y abogados discutieron entre fines del siglo XIX y las primeras dos décadas del siglo XX qué hacer con ese tipo de presos y pacientes. ¿Había que construir un establecimiento especial? ¿Podían los enfermos psiquiátricos ser reclusos con presos que no mostraban patologías mentales? En este breve artículo nos concentramos en algunas de las características del debate en el período 1880-1910, para analizar con perspectiva histórica un debate público que, más de cien años después, el país no logró saldar.

La formación de un campo psiquiátrico y la criminalización de los «anormales»

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los médicos y abogados locales fueron delineando un campo de acción y estudio sobre las enfermedades psiquiátricas. Dentro del incipiente campo sobre los estudios psiquiátricos correspondió a los médicos la función sanitaria, mientras que los abogados se encargaron de establecer, las altas médicas o las libertades en el caso de los criminales con una psicopatología. En otras palabras, la «locura» no dependió solo de la especialización de los profesionales de la medicina, sino que comenzó a ser una cuestión de derechos. La psiquiatría, como un escudo protector de la sociedad, si bien tuvo un origen médico se nutrió de elementos del derecho, considerado en la época como el otro gran pilar en la conservación

4 En junio de 1860 con el primer traslado de enfermos psiquiátricos internados en el Hospital de Caridad hacia la quinta de la sucesión de Miguel Antonio Vilardebó en la zona del Arroyo Seco nació nuestro primer manicomio. El *Asilo de dementes*, tal fue su nombre original, funcionó en la órbita del catolicismo que entabló una relación estrecha entre la existencia de hospicios de alienados y las prácticas de control social, pero al mismo tiempo legitimó el discurso médico al aplicar el principio de aislamiento pregonado por la escuela francesa, en especial por Jean Étienne Esquirol y Philippe Pinel. Esta orientación no se modificó el 25 de mayo de 1880 cuando, con la presencia de la plana mayor del Gobierno, entre ellos el presidente y médico Francisco A. Vidal, el *Asilo* pasó a denominarse *Manicomio Nacional*, nombre que llevó hasta 1911, cuando por un decreto del Poder Ejecutivo cambió su nombre por el de *Hospital Vilardebó*, centro estatal para enfermos mentales pertenecientes a los estratos sociales más bajos. En la tesis de doctorado del autor del artículo esta temática se trata *in extenso*.

de la sociedad. La interdicción civil de los enfermos, el debate sobre la competencia de médicos y abogados al momento de la internación o la discusión sobre la imputabilidad, fueron conformando el saber técnico-político sobre los «locos». Puede que como sostuvo José Pedro Barrán, el hospital se haya convertido en un ámbito exclusivo de los médicos, pero la medicina también dependió de una serie de normativas, rituales y protocolos que reservó un lugar para los abogados. Es en ese sentido que hablamos de una vinculación asistencial represiva. Si la «locura» se originaba por la constitución biológica de los actores o el ambiente social en el que estaban insertos, su combate dependía de políticas sociales capaces de modificar aquellos factores determinantes. Médicos y abogados fueron juntos parte del caudal de esa corriente de reforma.

Desde inicios del siglo XIX se comenzó a discutir sobre la imputabilidad de los enfermos psiquiátricos. Una corriente sostuvo que al no ser responsables de sus actos, los locos que cometían un delito debían ser eximidos del castigo. De todos modos, eso no evitaba que el enfermo-criminal fuera recluido en un asilo o manicomio. Por el contrario otra vertiente, característica de las primeras cuatro décadas del siglo XIX, insistió en que merecían el mismo tratamiento que cualquier criminal. Esto llevó a que el delincuente cuerdo y el loco furioso compartieran un mismo final: el presidio o algún tipo de encierro, ya que las leyes equiparaban los hechos criminales perpetrados por uno y otro. Esta posición imperó en la Banda Oriental hasta la década de los cincuenta del siglo XIX. Si bien los ejemplos con que contamos son limitados, algunas situaciones nos permiten afirmar esta posición.⁵ En 1836 la flamante Junta de Higiene Pública confirió potestades a los médicos que la integraban para actuar en los casos que el criminal mostraba alguna psicopatía (Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay, 1876: 351). Pero aún en la década de los sesenta del siglo XIX médicos y abogados seguían actuando en campos profesionales separados y los peritajes médico-legales no avanzaban sobre una visión integral del detenido. E incluso, si seguimos al historiador argentino Máximo Sozzo, al menos hasta la década de los setenta del siglo XIX las soluciones jurídicas con relación a la exención de pena fueron múltiples (Sozzo, 2009: 101-136).

La primera normativa local en materia penal para los casos de enfermos psiquiátricos que sustituyó a las disposiciones indianas en todo el sistema jurídico, fue el *Código Penal* aprobado en 1889. El artículo 17 consideraba «exento de responsabilidad penal» al «loco o demente, a no ser que haya obrado en intervalo lúcido». Cuando el delito

5 Véase por ejemplo «Sumario del agresor José Melgar por haber dado muerte a su padre Dn. Tomás y a su Hermano Dn. Francisco Melgar», en *Archivo Artigas*, Montevideo, Comisión Nacional Archivo Artigas, vol. XXII: 156.

cometido ameritara «pena de muerte o penitenciaria» el «Juez decretará su reclusión en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo». Si se trataba de un delito menor «el loco o demente», tal como pasaba en algunos casos, «será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, y mientras no se preste dicha fianza» permanecería detenido (Regules, 1915: 35).

El artículo 87 de la norma intentó brindar ciertas garantías a los enfermos psiquiátricos que estaban siendo juzgados. Si el detenido caía en «estado de locura o demencia» durante el juicio, el magistrado debía suspender «los procedimientos». Si la psicopatía se despertaba mientras cumplía la condena se suspendían sus efectos y el juez podía disponer «la traslación del reo a los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, a menos que se trate de un delito leve, en cuyo caso podrá ser entregado a su familia, bajo caución de custodia y de tenerlo a disposición de la justicia» (Regules, 1915: 35). La nueva arquitectura legal amplió el campo de la responsabilidad/irresponsabilidad que por el *Código Civil* quedaba restringida al derecho civil o comercial.

El *Código* de 1889 resultó fundamental en el ascenso del poder psiquiátrico. Como señalamos, durante buena parte del siglo XIX los tribunales de Justicia actuaron y dictaron sentencias al margen de la opinión de los médicos. Sin embargo, luego de la sanción de la norma penal la pericia médico-legal pasó a ser un dispositivo fundamental de las causas criminales, y en particular de aquellas que habían tenido participación de enfermos psiquiátricos. Asimismo puso en discusión cuál era el mejor destino para los pacientes con alguna psicopatología, ya que la mayor parte de los médicos, e incluso algunos abogados, señalaron que las cárceles eran lugares inconvenientes ya que no servían para la recuperación sanitaria, pero tampoco cumplían con la finalidad de castigar a alguien que no era plenamente responsable de sus actos.

La enfermedad mental pasó a ser una patología compleja, polimorfa, imprevisible y con distintos estadios de desarrollo. La nueva situación permitió, a decir de Foucault, el abandono de la noción de *monomanía homicida* o de *locura parcial* que se desencadenaba en determinados momentos y resultó «sustituída por la idea de una enfermedad mental» que «no es necesariamente una patología del pensamiento o de la conciencia, sino que puede afectar también a la afectividad, los instintos, los comportamientos automáticos, dejando casi intactas las formas de pensamiento» (Foucault, 2008: 169). El enfermo psiquiátrico que cometía un crimen podía realizar ese acto en un *intervalo lúcido* o podía estar aquejado por una *locura parcial* que generaba un acceso de la psicopatía en que la persona no era plenamente consciente de lo que hacía.

El «loco criminal» aunó la necesidad de alcanzar un tratamiento para su patología, pero también el deber de castigar al que infringía la ley penal. En ese sentido, podríamos pensar que el peritaje médico

legal sobre los enfermos psiquiátricos contribuyó, junto a la nueva arquitectura punitiva montada desde la década del setenta del siglo XIX —si tomamos la periodización establecida por Daniel Fessler (2012)— en el pasaje de una justicia penal inquisitorial, que simplemente buscaba castigar al criminal, a un tipo de justicia que más allá del castigo intentó examinar los rasgos de los imputados. De forma gradual se modificaron algunas ideas sobre la responsabilidad.

Los peritajes criminales y el debate sobre el destino de los locos criminales

A inicios de la década de los ochenta del siglo XIX la gravedad del delito, aunque el imputado fuese un enfermo psiquiátrico, determinaba la comparecencia para que el juez de la causa dictara sentencia luego de interrogar al sospechoso. Luego de la sanción del *Código Penal* examinar y reconocer una patología psiquiátrica entre los delincuentes cobró cada vez más relevancia en los procesos judiciales y en la intervención médica en las causas penales. Pero juristas y psiquiatras mantuvieron una compleja relación epistemológica. Muchas veces se debatieron entre la aplicación de las leyes penales según cada caso y una visión defendida por los peritos psiquiatras quienes intentaron llevar adelante una visión global sobre la situación del paciente y la enfermedad. Los psiquiatras insistieron en que cualquier individuo que presentara una patología y cometiera un delito debía ser considerado penalmente irresponsable y esa declaración correspondía a su actuación. Sin embargo no siempre mostraron acuerdo sobre cuál debía ser el destino de los enfermos que hacia fines del siglo XIX seguían siendo enviados a la prisión o eran conducidos al manicomio, con el consiguiente rechazo de las autoridades de este último establecimiento, las cuales sostenían que carecían por completo de medidas de seguridad que permitieran evitar la fuga o el atentado contra la vida de otros pacientes o guardias.

El psiquiatra Enrique Castro planteó en 1898 que la legislación local seguía los postulados de las normas presentes en «todos los países civilizados» que «consagra el principio de la irresponsabilidad legal de los alienados».⁶ A comienzos del XVIII,

y esto era ya un inmenso progreso, la exoneración de responsabilidad solo alcanzaba a aquellos insanos desprovistos de toda razón, a los que pudieran llamarse ciegos intelectuales, como los dementes completos y los idiotas profundos.

6 Museo Histórico Nacional, Manuscritos del doctor Enrique Castro, Enrique Castro, *Legislación sobre alienados. Manuscrito de la tesis de Enrique Castro para optar al título de doctor en Medicina y Cirugía (1898)*, MHN, Manuscritos del Dr. Enrique Castro, tomo 1436, f. 268 [en adelante citaremos como Enrique Castro, en referencia al texto manuscrito utilizado].

Pero a partir del siglo XIX, «debido a los trabajos de los sabios franceses, iniciándolos Pinel y continuándolos Esquirol y sus discípulos», fue posible extender:

el campo, y amparar no solo las monomanías, como la locura moral o de los actos, la locura sin delirio, los trastornos y otras muchas de las variedades del rico y variado cuadro de la degeneración hereditaria tal como la conciben los alienistas contemporáneos (Enrique Castro, 1898, fs. 270-271).

En el momento en que Castro escribió convivían «tres doctrinas principales» parcialmente contrapuestas, que compartían «el campo médico-legal de la irresponsabilidad: la irresponsabilidad completa, la responsabilidad parcial y la responsabilidad alternada» (Enrique Castro, 1898, fs. 283). Pero en Uruguay solo se admitía la irresponsabilidad absoluta, sin embargo el psiquiatra pedía la aplicación en algunos casos de irresponsabilidad parcial. La idea se asentó en los casos en que el alienado «discierne perfectamente el bien y el mal», «sabe perfectamente si un acto particular cimentado por él es bueno o malo y que mismo lo sabría en el momento de ejecutarlo». Lo que no tenía era «criterio moral», es decir podía «distinguir el bien del mal» pero carecía de «la fuerza o resistencia necesaria para oponerse a la ejecución de ciertos actos, a los cuales se siente fatalmente impulsado» (Enrique Castro, 1898, fs. 284-286). Esta posición seguiría vigente aunque algunos abogados y médicos optaron por defender la idea de irresponsabilidad absoluta. Ese fue el caso del abogado Lorenzo Vicens Thievenet, quien planteó la irresponsabilidad de los epilépticos, ya que «durante el acceso convulsivo» la persona podía cometer «cualquier crimen, sin que obedezca a ninguna razón, sin que el enfermo sepa lo que hace y olvide completamente sus actos, una vez pasado el acceso». Por eso pidió que el epiléptico fuera «asimilado a un loco, a una fiera, que no tiene conciencia alguna del acto que ejecuta» (Vicen Thievenet, 1913: 40). En 1908 el psiquiatra Camilo Payseeé también planteó la irresponsabilidad de los histéricos quienes muchas veces en casos de fuga podían cometer actos delictivos sin recordar los hechos. Tal fue el caso de un adolescente, el cual «estando en la cocina de su casa, con varias personas de su familia tuvo de repente una alucinación» al ver a «un hombre [...] que esgrimía en su diestra un fornido garrote, y con toda la actitud de querer darle un palo». El joven, hijo de un alcoholista, comenzó a correr y no paró hasta ser detenido por la policía. En el intervalo que medió entre su casa y el apresamiento, se abalanzó sobre «un vendedor ambulante de vasijas de hojalata», se tomó a golpes de puño con los trabajadores de la empresa de aguas corrientes que estaban realizando obras y finalmente ingresó a una casa «donde una buena vieja hacía su tarea» (Paysée, 1910: 415). Al despertar de ese estado histérico el joven no recordaba nada y por ende el médico entendió que no era responsable de sus actos.

A comienzos del siglo XX pareció saldada la discusión sobre los distintos grados de responsabilidad que correspondían a los enfermos psiquiátricos o sobre la inconveniencia acerca de la aplicación de las leyes penales. Sin embargo, esa posibilidad abrió un nuevo debate, muy relacionado con el primero, sobre la sanción que correspondía a los enfermos psiquiátricos-criminales. ¿Cuál debía ser su destino? ¿Se los enviaba al manicomio?, ¿se recluían en el ámbito familiar?, ¿estaba bien que fueran enviados a la prisión?

Bernardo Etchepare, considerado el «padre» de la psiquiatría uruguaya, mostró una posición medida. Entendía el psiquiatra que por más que se declarara la irresponsabilidad era importante cumplir con la idea de justicia, aunque el condenado no consumara la pena en un presidio común (Etchepare, 1911: 60). Según esta visión en algunos estados psicopáticos el criminal sabía lo que hacía, pero su estado mental le impedía dimensionar las consecuencias de sus actos. En esos casos el juez debía recoger la sugerencia médica de «responsabilidad atenuada» que contemplaba la disminución de «las facultades intelectuales» consecuencia de «la anomalía o la enfermedad» (Etchepare, 1911: 66). Este tipo de responsabilidad parcial se podía aplicar en algunos casos. Por ejemplo, a los «idiotas perfectibles» que podían «poco a poco adquirir alguna noción del bien» o «de la propiedad». Por lo cual era importante pensar castigos adecuados, ya que de lo contrario

el mundo podría llenarse de imbéciles peligrosos con tanta mayor razón que muchos de ellos se dan cuenta bastante bien de su inferioridad mental, y que por esta circunstancia flaquearían en su lucha de motivos si no tuviera el temor de lo que hoy todavía se considera y llama represión (Etchepare, 1911: 68).

En este caso «no existiendo la represión, solo se alentaría la reincidencia» pero «una responsabilidad absoluta envuelve la misma injusticia» (Etchepare, 1911: 77). Por eso correspondía al criterio médico «iluminar al magistrado para que esa represión pueda basar su cantidad y su calidad sobre el diagnóstico de la responsabilidad» y establecer una sanción medida. Para Etchepare cualquier sanción judicial debía estar acompañada con la construcción de «asilos especiales para alienados criminales», que permitieran la terapéutica y el régimen de «retención del criminal». Pero también era importante que los médicos pensarán «medios de profilaxis de la criminalidad» y «la reforma de las cárceles» para que se convirtieran «en sitios de enmienda y de reforma de la personalidad» (Etchepare, 1911: 71; Rossi, 1915).

Los planteos de Etchepare se inscribieron en un momento en el cual distintos actores políticos y profesionales comenzaron a discutir la viabilidad del sistema penitenciario tal como se conocía (ante lo que algunos consideraban el fracaso de la cárcel de Miguelete como establecimiento de reclusión). En ese marco los enfermos psiquiátricos que aún permanecían en prisión fueron un pretexto utilizado por los médicos para defender la necesidad de construir un asilo especial. Por

supuesto que no imperó una única posición e incluso varios médicos y abogados defendieron la presencia de los enfermos psiquiátricos en las cárceles.

En 1905 el médico de la Cárcel Correccional y Penitenciaria, Alfredo Giribaldi, sostuvo que no era posible «admitir el calificativo de criminal para un alienado, sea cual fuere la forma de su vesanía» (Giribaldi, 1905: 326). Si existían, según esta interpretación, *alienados peligrosos* a los cuales era necesario aislar, incluso antes de la comisión de un crimen. Pero Giribaldi acercó su posición al médico italiano Césare Lombroso, al sostener que algunos trastornos psiquiátricos eran manifestaciones latentes de la delincuencia.⁷ Al respecto sostuvo:

Yo no me explico, por consiguiente, el que pueda existir injusticia en mezclar los alienados llamados criminales con alienados comunes, porque no encuentro entre unos y otros más diferencia que la falta de oportunidad para delinquir en los últimos; así es que no he comprendido nunca en qué se pueda ofender el sentido moral del loco, de la familia o de la sociedad, con dicha mezcla, y hasta me permito afirmar que si se segregasen de nuestro manicomio, como medida profiláctica, todos aquellos locos capaces de cometer un delito, muy pronto quedaría desierta aquella casa (Giribaldi, 1905: 326).

Como prueba de esa relación entre locura y criminalidad Giribaldi presentó las cifras sobre «síntomas de enajenación mental» que se había presentado en el «51% de los criminales locos asilados hasta la fecha en nuestro manicomio» (Giribaldi, 1905: 327). Esa cifra crecía «si nosotros prolongásemos hasta los cuatro años el período de dicha gestación» ya que la «estadística alcanzaría entonces a determinar que aquellos criminales en los que el delito ha debido necesariamente conexiarse con la vesanía suman hasta llegar al 74%» (Giribaldi, 1905: 326). El hecho «de que un individuo sea trasladado» desde la cárcel al manicomio «a los 6, 8 o 10 años de cometido su delito» no quería decir «en realidad científica» que:

enloqueció dentro de los 10, 8 o 6 años de su reclusión, sino que la explosión anómala de su psiquis, la exteriorización aguda en actos incompatibles con la disciplina interna, se han revelado en esa época (Giribaldi, 1905: 326).

7 En su obra de 1876 *El hombre delincuente*, Lombroso planteó que el delito estaba determinado por causas biológicas de naturaleza hereditaria y que los distintos tipos criminales eran regresiones no evolucionadas del hombre. Así distinguió dos clases de criminales: el criminal de ocasión al cual había que combatir con leyes penales que contuvieran su accionar, y el criminal nato, ser incorregible para el que solicitaba la detención perpetua en asilos especiales. Esta posición se combinó con el evolucionismo racista que consideró a las penas como un mecanismo del propio organismo social para defenderse de los ataques de aquellos que alteraban el orden social. Desde Beccaria a Lombroso la delincuencia se definía por el quebranto de la ley. Sin embargo, el médico italiano sostuvo que existían hombres no evolucionados que eran criminales por su mera existencia y que al Estado competía la necesidad de prevenir sus acciones.

Para Giribaldi era fundamental las pericias previas a toda la población que permitieran saber quiénes eran potenciales delincuentes y quiénes no. Según el médico penitenciario había un grupo de personas que por su degeneración física, intelectual y moral, mostraban todas las características del «criminal nato» (Giribaldi, 1905: 328).

De acuerdo a esta visión todos los reclusos penitenciarios mostraban alguna psicopatología, por ende no tenía sentido la construcción de establecimientos especiales. Los locos debían ser enviados a las cárceles e incluso los manicomios debían cumplir con una función de vigilancia y castigo antes que con un objetivo sanitario. A la posición de Giribaldi respondió el abogado José Irureta Goyena, catedrático de Derecho Penal y uno de los hombres más importantes en la historia jurídica del país.

Irureta Goyena se desempeñaba como director del Consejo Penitenciario y fue durante la época uno de los más enfáticos defensores de la pena de muerte y los castigos físicos.⁸ Sin embargo, con relación a los enfermos psiquiátricos consideró absurda y exagerada la doctrina propuesta por Giribaldi al sostener que «no es verdad que todos los criminales sean degenerados, ni que todos los degenerados sean criminales», aunque no descartó que la «misericordia fisiológica del vicio y la inmoralidad» tuviera una función protagónica en la consumación del delito (Irureta Goyena, 1909: 243). Para Irureta la teoría lombrosiana era una posibilidad no determinante como sí lo era para Giribaldi. El abogado planteó que:

casi todas las naciones civilizadas tienen actualmente asilos criminales independientes, o secciones anexas a los manicomios o a las cárceles ordinarias, destinados al cuidado de este género de delincuentes psicopatológicos (Irureta Goyena, 1909: 279).

Una posibilidad, de acuerdo al mismo autor, era la creación de colonias agrícolas que permitirían acercar a los penados del medio rural a su hábitat natural, ya que en la ciudad sufrían la reclusión penitenciaria, pero también las consecuencias de pasar de un medio apacible al bullicio ciudadano.⁹

8 Daniel Fessler trabajó sobre el debate que se inició en la década de los setenta del siglo XIX y treinta años más tarde finalizó con la supresión de la pena de muerte. Fessler, o. cit.

9 El 28 de junio de 1906 los diputados nacionalistas Carlos Roxlo y Luis Alberto de Herrera insistieron en esta problemática y reclamaron una reforma del sistema penitenciario, dentro de la cual se contemplaba la creación de un «asilo de alienados criminales», bajo la órbita del Manicomio Nacional. El proyecto de ley trasladaría esa dependencia fuera de Montevideo, al este del país, en uno de los puntos limítrofes con el Brasil, la antigua fortaleza colonial de Santa Teresa. La propuesta promovió que el lugar pasara a ser «una colonia agrícola de penados» que contaría, «bajo la dependencia del Manicomio Nacional», con «un asilo de alienados criminales». En las consideraciones del proyecto los diputados se refirieron a la importancia de contar con un asilo de «alienados criminales» tal como lo promovían «las escuelas de Criminología moderna» que distinguía al «delincuente loco» del «loco común». El primero

Sin asilos especiales y con cárceles carentes de un ala o pabellón específico para enfermos psiquiátricos, los presos con patologías mentales que eran enviados al manicomio, luego de un examen médico, eran separados de los pacientes «comunes» «por dos portones cerrados a llave» y vivían en celdas (Rossi, 1914: 60). Al analizar la documentación de la Comisión de Caridad y la papelería de la Cárcel Correccional podemos apreciar que era frecuente el pasaje de presos al manicomio, incluso después de cumplir la condena. Se dieron casos de presos que finalizaban el cumplimiento de su pena dentro del hospicio, pese a la indicación expresa del Código Penal según la cual la permanencia en un establecimiento asilar no descontaba años a la condena sino que la interrumpía. Esa fue la situación, por ejemplo, de R.B.M., uruguayo de 35 años, presa en la Cárcel de Mujeres y enviada al manicomio el 7 de diciembre de 1904. El informe médico decía que la «mujer ha cumplido su condena y una vez sea dada de alta en este establecimiento, debe ser puesta directamente en libertad» (Hospital Vilardebó, 1904-1907: f. 39).

El problema, y otra contienda entre jueces y médicos, pasó por saber qué hacer con el preso-paciente «una vez reintegrados en el uso de sus facultades» e incluso a quién correspondía dar el alta médica pero también la libertad civil. En ese sentido, más de una vez, como la de Irureta o la de Santín Carlos Rossi, se pronunciaron a favor de la creación de asilos especiales para los penados, que les permitieran iniciar un proceso de reinserción social. Pero mientras eso no ocurriera (y no se produjo en todo el siglo XX) los presos con una patología psiquiátrica siguieron oscilando entre la cárcel y el manicomio, sin que las autoridades de uno u otro establecimiento mostraran conformidad con su presencia. Esto provocó numerosos enfrentamientos entre médicos, jueces y policías.

En ocasiones las autoridades policiales pidieron que el interno no fuera enviado nuevamente al establecimiento penitenciario y los jueces avalaron el petitorio. En mayo de 1895 las autoridades de la penitenciaría se negaron a recibir al asesino Agustín Cordoves quien, según el informe médico, se encontraba reestablecido de sus facultades mentales. El fiscal del Crimen avaló la postura de la dirección carcelaria y señaló que la Comisión de Caridad desconocía las decisiones judiciales que indicaban que Cordoves debía permanecer en el manicomio. A ese argumento la Comisión contestó de forma contundente con una nota, la cual expresa la tensión entre jueces y policías por un lado y la Comisión y los médicos por otro. En la misiva, los directores de caridad

«necesita una clínica y una terapéutica especial», un aislamiento más estricto y una separación de «los locos de carácter general» a los que podía alterar. *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Representantes*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1907: 163-165, [sesión del 28 de junio de 1906].

se defendieron de la acusación que sostenía que «la Comisión Nacional bajo pretextos [sic] inadmisibles viene resistiendo los mandatos judiciales» y consignaron con algunos ejemplos que «ha prestado acatamiento a las resoluciones que se encuadran dentro de las prescripciones legales que las rigen y si ha observado otras es porque las ha considerado improcedentes» (Archivo General de la Nación, Comisión Nacional de Caridad y Beneficencia Pública, 26 de marzo de 1895 a 5 de agosto de 1896: fs. 17-18). Asimismo, sobre Cordoves señaló que el hombre ya no mostraba ningún síntoma o indicio de psicopatología, por ende no podía permanecer en el manicomio.

Todavía en 1909 el director del Consejo Penitenciario, José Irureta Goyena, consideraba «ilegal» la «resistencia» que «la Dirección del manicomio opone al ingreso al establecimiento, de los dementes que se le envían de las cárceles» (Irureta Goyena, 1909: 245). La presencia en el manicomio de penados generaba numerosos inconvenientes y por tanto temor entre médicos, guardias y el resto de los asilados. A eso se sumaban los graves problemas administrativos que padecía el Manicomio Nacional y que impedían a los guardias vigilar a todos los internos y en particular a los considerados peligrosos. Son varios los ejemplos presentes en la documentación y en las referencias de Irureta Goyena sobre asilados-presos que atentaron contra los guardias, otros pacientes o se autoeliminaron. Además, con recurrencia los guardias respondían a esa violencia con más violencia (aunque era una práctica habitual para todos los pacientes). Irureta mantuvo su posición, al sostener que «hay criminales, que por lo vago de su anomalía mental, no están ubicados ni en el manicomio, ni en la cárcel» pero a su vez existía «verdadero peligro en otorgarles la libertad» (Irureta Goyena, 1909: 245). Para ese tipo de presos era imprescindible la creación de un asilo especial de contención, tratamiento y reclusión. Asimismo «no es posible congregarse en un mismo establecimiento al demente inofensivo y al criminal que se ha trastornado con posterioridad a su delito» porque «el primero es un enfermo» y el segundo «es siempre un criminal» (Irureta Goyena, 1909: 245).

Los alienados criminales y los comunes no pueden tratarse en un mismo establecimiento porque aquellos demandan generalmente una vigilancia más estrecha que estos otros. Si se atiende a los primeros, el asilo va degenerando poco a poco, en prisión, contrariamente a lo que debe ser, según las modernas conclusiones de la ciencia; si se cuida más de los últimos, aumentan las evasiones, los suicidios y las agresiones en general, contra la vida de los guardianes y de los coasilados (Irureta Goyena, 1909: 245).

En 1909, Irureta Goyena propuso recuperar el proyecto presentado por el psiquiatra Enrique Castro a fines del siglo XIX y al que consideró «un excelente remedio» (Irureta Goyena, 1909: 245).¹⁰ También

10 La propuesta de Castro en tomo 1436, fs. 363-367.

en 1914 Rossi defendió la propuesta de Castro, aunque realizó algunas consideraciones personales sobre la situación de los «alienados llamados criminales» para los cuales reclamó la construcción de «asilos especiales» que se encargarían de la «protección del alienado» y de la «protección de la sociedad». «Ni el criminal por ser alienado, tiene derecho a gozar de una libertad que no merece, ni el alienado, por haber agredido, pierde el derecho a una asistencia que necesita» (Rossi, 1914: 58). El artículo 37 de su proyecto de ley estableció la creación de «un establecimiento especial a cargo del Ministerio de Justicia» (Rossi, 1914: 123). Allí serían enviados «tres categorías de sujetos, que deben ser estudiados aisladamente», los «alienados en libertad, que se hacen criminales», los «criminales en prisión, que se hacen alienados» y los «alienados internados, que se hacen criminales» (Rossi, 1914: 60).

Rossi propuso como solución realizar una división entre «alienados absueltos por la justicia» y «alienados que sufren una condena». Los primeros, luego de cumplir la pena, pasarían a la categoría de «enfermos libres» pero permanecerían internados «por su calidad de antisociales». Su situación no correspondería a los jueces sino que «pertenecen a la Asistencia Pública, la que los recogerá en un asilo» donde «pueden curar, y volver a la vida social, o pasar a la cronicidad y seguir entonces el destino correspondiente a los crónicos, inofensivos o peligrosos». ¹¹ Por el contrario, los segundos:

pertenecen a la administración carcelaria, al igual que los penados que hacen un proceso pulmonar o digestivo: ella debe procurarles asistencia, estudiando el mejor modo de armonizar el interés del enfermo con el de la sociedad (Rossi, 1914: 62-63).

Según esta visión, este tipo de paciente no tenía necesariamente que terminar en el manicomio, sino que era posible destinar un pabellón especial dentro de la penitenciaría.

Rossi también se refirió al punto al señalar las dificultades existentes para «distinguir los alienados curables de los incurables» y asegurar «que un enfermo no presentará reacción peligrosa en determinada circunstancia». El tipo más común era:

el alienado libre, —el débil mental, que puebla las calles—, [y] llega fácilmente al homicidio sin haber presentado nunca estados impulsivos o pasionales, si sobre él obra la sugestión, la imitación o el contagio (Rossi, 1914: 26).

El director de la colonia de Santa Lucía ¹² no comulgaba con «la teoría radical del criminal nato» pero sí sostuvo «que la inmensa mayoría de los condenados por la Justicia Penal presentan estigmas físicos o

11 La Asistencia Pública fue el organismo que a partir de 1910 sustituyó a la Comisión de Caridad y Beneficencia Pública en la dirección de los nosocomios públicos.

12 Establecimiento asilar para enfermos psiquiátricos fundados en 1912, aplicó, bajo la égida de Rossi, el modelo de tratamiento *open-door*. Funcionaban una colonia agrícola y distintos talleres.

psíquicos de “degeneración mental”. Por eso era tan importante que en el medio carcelario se realizara a todos los presos «un examen psiquiátrico» para evitar que «la locura de muchos delincuentes pase desapercibida durante la instrucción del proceso, y en el transcurso de la condena estallen síntomas más claros que impongan el diagnóstico».¹³ Esas pericias, que no alcanzaban a toda la población como pedía Gribaldi, permitirían distinguir a un enfermo psiquiátrico severo de alguien que simulaba su estado clínico para solicitar el traslado desde la prisión al Manicomio Nacional.¹⁴ En la discusión sobre la simulación también estaba comprendido el debate sobre la situación psíquica de los delincuentes.¹⁵ Es decir, si todos los criminales eran enfermos psiquiátricos, y por ende ninguno simulaba, o si, por el contrario, un presidiario podía despertar su psicopatía en el medio carcelario.

Coda

El artículo intentó reflejar algunos de los puntos más interesantes sobre el debate relacionado a la responsabilidad/irresponsabilidad de los enfermos psiquiátricos y sobre la necesidad de contar o no con establecimientos de reclusión especiales. Si bien a la fecha existe acuerdo sobre la necesidad de contar con establecimientos especiales, la reciente situación vivida con la fuga de los diez reclusos del Hospital Vilardebó, demuestra que el país nunca llegó a saldar esa discusión y los alienados criminales o los criminales que en su reclusión despertaban una psicopatía siguieron (y siguen) deambulando entre el Hospital Vilardebó y los establecimientos penitenciarios que fue creando el país.

13 «La alienación mental ha perdido para la clínica el aspecto de melodrama: pero la magistratura y el médico de las cárceles sigue considerando “cuerdo” al que no gesticula ni se pretende emperador» (Rossi, 1914: 59).

14 En 1900 el psiquiatra argentino José Ingenieros presentó su tesis de doctorado *Simulación de la locura por alienados verdaderos*, trabajo que da cuenta de la emergencia y la preocupación por ese tema en la Argentina. Los «simuladores» eran aquellos que simulaban «formas clínico-jurídicas» para quedar eximidos de la responsabilidad de sus actos. La novel *Psiquiatría* asumió así un rol fundamental en el discernimiento de simuladores y personas con una psicopatología que los tornaba realmente inimputables.

15 Debate que la Psiquiatría en todo el mundo mantenía hacia el final de nuestro período. Por ejemplo A. Giraud, «La simulation de la folie», en *Annales Medico-Psychologiques*, París, vol. IX, 1909: 220-238.

Fuentes

Fuentes inéditas

- Archivo General de la Nación, Comisión Nacional de Caridad y Beneficencia Pública, Libro de Actas, 26 de marzo de 1895 a 5 de agosto de 1896.
- Hospital Vilardebó, *Libro de entrada de mujeres 1904-1907*
- Museo Histórico Nacional, Manuscritos del Doctor Enrique Castro, Enrique Castro, *Legislación sobre alienados. Manuscrito de la tesis de Enrique Castro para optar al título de doctor en Medicina y Cirugía (1898)*, MHN, Manuscritos del Dr. Enrique Castro, tomo 1436.

Fuentes editas

- Archivo Artigas*, vol. XXII, Montevideo, Comisión Nacional Archivo Artigas. *Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay* (1876), vol. I, Montevideo, La Idea.
- Diario de Sesiones de la H. Cámara de Representantes* (1907) Montevideo, El Siglo Ilustrado.
- Etchepare, Bernardo (1911) «La responsabilidad en los alienados», en *Revista Médica del Uruguay*, vol. XIV, Montevideo.
- Giraud, A. (1909) «La simulation de la folie», en *Annales Medico-Psychologiques*, vol. IX, París.
- Giribaldi, Alfredo (1905) «Sobre establecimientos para los criminales alienados», en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n.º 21, 15 de julio, año II, Montevideo.
- Ingenieros, José (1952) *La simulación en la lucha por la vida*, Buenos Aires, Roggero-Ronal Editores.
- Irureta Goyena, José (1909) «Exposición crítica de nuestro régimen penitenciario», en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n.º 16, 30 de abril, año XV, Montevideo.
- Paysée, Camilo (1910) «Una fuga histérica», en *Revista Médica del Uruguay*, vol. XIII, Montevideo.
- Regules, Elías (1915) *Disposiciones nacionales con Interés Médico-Legal. Coleccionadas para los estudiantes de Medicina por el profesor de la Asignatura*, Montevideo, Facultad de Medicina-Aula de Medicina Legal.
- Rossi, Santín Carlos (1914) *El alienado y la sociedad*, Montevideo, Administración de Lotería.
- (1915) «Definición médico legal del alienado' por el doctor Santín Carlos Rossi. Director de la Colonia de Alienados. Comunicación a la Sociedad de Medicina de Montevideo-Sesión del 4 de junio de 1915», en *Revista Médica del Uruguay*, vol. XVIII, Montevideo.
- Vicen Thievenet, Lorenzo (1913) *El crimen y la epilepsia*, San José, Talleres La Mañana.

Bibliografía

- Fessler, Daniel (2012) *Derecho penal y castigo en Uruguay (1878-1907)*, Montevideo, Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), Universidad de la República.
- Sozzo, Máximo (2009) «Locura y crimen en el nacimiento de la racionalidad penal moderna en Buenos Aires (1820-1880)», en Máximo Sozzo, (coordinador), *Historia de la cuestión criminal en la Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto.
- Foucault, Michel (2008) «La evolución de la noción de 'individuo peligroso' en la Psiquiatría legal», en *La vida de los hombres infames*, La Plata, Editorial Altamira.

De la Colonia Educativa de Trabajo al Penal de Libertad; o de los proyectos de rehabilitación al castigo sistemático

María de los Ángeles Fein García

Primera aproximación al tema

Hacia la década de los treinta del siglo XX, y en la mayoría de los países occidentales, las teorías sociológicas aplicadas a la problemática carcelaria hacían hincapié en que la finalidad de la prisión no debía ser solo el castigo del crimen, o el apartamiento de la sociedad de quienes habían delinquido, sino la recuperación del recluso mediante la educación y el trabajo.

En Uruguay, el trabajo como factor de reinserción social del individuo encarcelado se ensayaba sin obtener resultados significativos desde la inauguración de la Cárcel Preventiva, Correccional y Penitenciaria (Miguelete), en 1888. La materialización de lo indicado desde la teoría refrendada por la legislación, se tradujo en experiencias a las que no se dedicó el tiempo o los recursos materiales y humanos indispensables para poder verificar su validez en la práctica. Languidecieron así, numerosas iniciativas pensadas desde todos los niveles de la Administración. Los directores de los establecimientos trabajando con sus colaboradores (educadores, médicos), los integrantes del Consejo Penitenciario, hasta los ministros correspondientes propusieron y llevaron adelante proyectos laborales que parecían atender prioritariamente la demanda de mano de obra barata por parte del Estado y dejaban, en un segundo plano, el componente educativo. Los hombres fueron sistemáticamente requeridos como picapedreros y las mujeres como costureras a destajo en los contratos que acordaban las autoridades carcelarias con la Administración Pública. Las autoridades entendían que de esa forma se respetaban los derechos del recluso-trabajador y que, al mismo tiempo, se revertían en la institución los beneficios de su industria. Los sociólogos Dario Melossi y Massimo Pavarini llaman a esta forma de empleo, el modelo del «state-use system» y señalan que:

[...] introducido en la práctica trata de evitar las desventajas de la explotación privada de la mano de obra penitenciaria, y antes que nada los 'inconvenientes' de la competencia entre trabajo libre y trabajo carcelario. Una variante particular del *state-use system* es el *public-works system*. En este sistema los internados son utilizados por la administración carcelaria para hacer obras públicas fuera de la penitenciaría, como construir carreteras, vías de ferrocarril o hasta otras cárceles (Melossi y Pavarini, 1987: 176-177).

Los programas de trabajo que atendían a la capacitación del recluso para su reincorporación social sin descuidar la rentabilidad económica adquirieron nuevo impulso con la intervención del director de Institutos Penales, Juan Carlos Gómez Folle, quien fue designado para el cargo en 1933. Gómez Folle no era un recién llegado al sistema penitenciario; había sido nombrado director de la Cárcel Correccional (Miguelete) en 1916 y confirmado como director de la Penitenciaría (Punta Carretas) en 1922 luego de un interinato de un año en el cargo.¹

Desalentado, según su propio testimonio, por las pésimas condiciones en que se encontraban las instalaciones de estos establecimientos —especialmente Miguelete— por las deficiencias en la organización interna y por la calamitosa situación de los reclusos, se abocó a la tarea de rectificar este estado de cosas. Comprobó que los criterios que determinaban los reglamentos y disposiciones que regían la vida carcelaria eran obsoletos y se imponía su reformulación: «Superpobladas, con deficiente o ninguna clasificación entre los reclusos, bajo la vigilancia no idónea de un personal no especializado, prosiguieron siendo lamentables escuelas de corrupción» (Gómez Folle, 1947: 7).

Al ser designado para su nuevo cargo —director general de Institutos Penales— Gómez Folle presentó un Proyecto de Ley Orgánica para reglamentar el funcionamiento de los recintos penitenciarios. Uno de los objetivos más ambiciosos, entre los muchos que se detallan, era el diseño del establecimiento al que llamó Colonia Educativa de Trabajo. En un predio de 737 hectáreas situadas en el paraje «Libertad» se podrían alojar hasta 500 reclusos seleccionados entre aquellos que hubieran demostrado una conducta ajustada a las normas reglamentarias y una actitud que evidenciara su recuperación para la vida en sociedad. Allí se dedicarían a la práctica de labores agrícolas y de granja.

Gómez Folle dejó memoria documentada de su gestión como director de penales, y es a partir de esos escritos que podemos conocer su proyecto, puesto a consideración de un gobierno que pretendía reordenar la administración del Estado siguiendo las consignas del «orden» en lo social y del dirigismo en lo político.

1 *Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay*, tomo LXVI: 288 y tomo LXIX: 398.

Tiempo de crisis económica y de gobiernos autoritarios

La crisis del 29 que sacudió la economía del mundo no podía menos que afectar a quienes, situados en la periferia del sistema, dependían de la alicaída demanda de mercados deprimidos o virtualmente cerrados.

En Uruguay, los estancieros, el alto comercio y las finanzas estaban en estado de alerta en esos primeros años de la década de los treinta del siglo XX. Quienes pretendían identificar los intereses del país con los suyos propios buscaron —y lograron— organizarse para explicitar sus demandas. Benjamín Nahum, analizando el rol jugado por los centros de poder económico en esa coyuntura, señala:

En setiembre de 1929, los diversos organismos patronales que representaban a las 'fuerzas vivas' del país, como la Federación Rural, la Unión Industrial del Uruguay y diversas entidades que agrupaban al comercio mayorista y minorista, fundaron el Comité de Vigilancia Económica, con el objetivo de enfrentar la 'política socializante' del Poder Ejecutivo (Nahum, 1993: 15).

Desde esta corporación, transformada en comandancia de la oposición conservadora, se llevó adelante una estrategia de sistemático enfrentamiento a las políticas reformistas inspiradas en el batllismo, que seguía siendo un oponente de cuidado a pesar de estar debilitado y dividido.

Desde las campañas de prensa al *lock out* patronal, medidas de toda calidad y alcance fueron ensayadas por la oposición soliviantada. Se cuestionaba la dirección económica de un gobierno que no podía capear los efectos locales de «la peor crisis de la historia». Se criticaba la inoperancia de un sistema de gobierno que al dividir el poder de decisión entre dos instituciones —la Presidencia y el Consejo Nacional de Administración— dificultaba la rápida resolución de los asuntos de gobierno. En especial se lapidaba al Consejo, que tomaba las decisiones en las áreas de economía, educación y salud. Era el organismo que resolvía lo relativo a las políticas sociales, siempre criticadas por los privilegiados, en cuanto eran el mecanismo más directo de redistribución de la riqueza.

La seguridad pública, entre tanto, estaba en la órbita de la Presidencia de la República. El control de esta área era un aspecto no menor por su trascendencia y por su urgencia: lo era para los trabajadores, que veían cómo crecía el número de los desocupados y cómo se precarizaban las condiciones laborales; lo era también para aquellos preocupados por mantener sus privilegios y deseosos de que el costo de la crisis recayera sobre los sectores populares antes que sobre sus fortunas puestas en riesgo.

Había llegado el momento de requerir leyes más duras en contra de quienes reclamaban mejoras laborales o que se respetaran los acuerdos alcanzados con anterioridad. Para ello nada mejor que crear, en

la opinión pública, un clima propicio a la represión de cualquier disidencia; era el momento de agitar temores. En la edición de *El Debate* del 8 de febrero de 1933, debajo de títulos de grandes caracteres que afirma: «Siguen llegando. El litoral del Uruguay es la ancha puerta de penetración. Son ineficaces las medidas para impedir que lleguen al país», se dice:

Personas de Colonia, recién llegadas a Montevideo, nos han hablado, presa de justa alarma, de la invasión de gente sospechosa, procedente de la Argentina que desembarca en aquellas costas, esquivando la vigilancia policial, para desaparecer misteriosamente a los pocos días.

Otro tanto ocurre en Fray Bentos, Paysandú, Salto y demás puertos del litoral, donde la acción fiscalizadora de las autoridades, en razón de la escasez de medios de que se dispone, es nula o poco menos. Estos inmigrantes misteriosos son delincuentes, en su mayoría peligrosos que la campaña represiva de la policía argentina arroja para este lado del río. Rápidamente se mezclan a las actividades de nuestro pueblo permaneciendo en el anonimato durante el tiempo prudencial que necesitan para asimilar las modalidades del ambiente donde van a actuar.

El peligro no puede ser mayor, como se ve. Las autoridades están obligadas a buscarle una solución distinta a lo que hasta ahora han venido dando los diversos medios puestos en práctica para combatir la afluencia de delincuentes al Uruguay. No basta que tengamos leyes buenas, si no contamos con los medios y la organización adecuada para hacerles rendir resultados satisfactorios.

Un ejemplo de las «leyes buenas» a que hace referencia el diario de los herreristas era la aprobada en julio de 1932, que prohibía el ingreso de:

[...] los expulsados de cualquier país en virtud de leyes de seguridad pública y cuando a juicio de la autoridad judicial competente el expulsado ofrezca en la República un carácter especial de peligrosidad (Caetano y Jacob, 1990: 91).

Era un claro ejemplo de ley discriminadora, similar a las «de residencia» (1902) y «de defensa social» (1910) promulgadas en Argentina en tiempos de la «República Conservadora» (1890-1916). Los gobiernos del Plata llevaban medio siglo buscando incorporar a una inmigración selecta que cumpliera con los requisitos sanitarios, ideológicos y morales que exigían entre otros y desde la prensa, los formadores de opinión. La cuestión no era solo impedir la entrada de «inmigrantes indeseables» por sus «ideas» o por sus costumbres foráneas, sino que también se buscaba frenar la llegada de mano de obra extra a un mercado deprimido económicamente. Era una medida destinada a descomprimir la presión que la crisis hacía cada vez más incontrolable y que llevaba a los representantes de la clase política a alertar: «(...) que si no se legislaba, el hambre aconsejaría a la clase obrera, que iría por su propia mano a obtener lo que la clase capitalista le ha arrebatado injustamente» (Caetano y Jacob, 1990: 99).

Las consecuencias de la crisis económica —carestía, desempleo, pauperización— reavivaron la cuestión social nunca resuelta, y con ello la estigmatización del pobre, sospechado de integrar una «clase peligrosa». Un círculo vicioso determinado por el continuo: desocupado-pobre-criminal que los juristas y criminólogos positivistas intentaron redefinir. Según Pavarini, se caracterizaba a:

[...] las 'clases peligrosas' como naturalmente distintas a las trabajadoras, atribuyendo a las primeras la cualidad de degeneradas y a las segundas la cualidad de útiles. Solo estas últimas podían gozar todavía —y mientras aceptasen las reglas de juego que las querían sometidas a la autoridad— de los privilegios del estado de derecho, de las garantías del derecho burgués; las clases criminales —precisamente en cuanto cargadas de los atributos de degeneradas, inmaduras, salvajes— debían ser sometidas a una especie de no derecho, es decir podían ser reprimidas o reeducadas por simple necesidad de higiene social (Pavarini, 2003: 42).

La represión de las manifestaciones de descontento, a la que se apelaba reiteradamente, generaba mayores resistencias entre los perseguidos, críticas en la opinión pública y una creciente inestabilidad al sistema. Reeducar para el trabajo al disidente y al delincuente parecía ser el camino más acertado. Pero la forma que debía adoptar esa «ortopedia» al decir de Michel Foucault, debía vincularse al tipo de trabajo que el individuo previsiblemente desempeñaría en el futuro. El Dr. José Irureta Goyena, el jurista prestigioso, autor del Código Penal que sería refrendado en 1934, opinaba al respecto:

En un medio como el nuestro, constituye un error que a los delincuentes que provienen de la campaña se les enseñe oficios urbanos, que fuera de la cárcel no tendrán oportunidad de ejercer jamás. El trabajo al aire libre, complementado por el aprendizaje de ciertos oficios como el de herrería y carpintería, es el más adecuado para esta clase de delincuentes, sujetos en su mayoría a permanecer largos años apartados de la sociedad (Gómez Folle, 1947: 222).

Sus opiniones con relación a la cuestión penitenciaria tuvieron profunda influencia en el pensamiento del director de institutos penales, quien readaptó a la circunstancia del Uruguay de los treinta, varias de las propuestas que el codificador había intentado llevar adelante en la coyuntura del Novecientos.

Irureta Goyena: el ideólogo riguroso

La importancia de la labor manual en la recuperación del criminal recluido en prisión estuvo presente en el pensamiento de Irureta Goyena desde su primera aproximación a la realidad carcelaria como presidente del Consejo Penitenciario, la institución fundada en 1891. En el texto de la Ley 2140 que define su creación, se establece que con respecto al trabajo del penado, el Consejo: «(...) formulará la naturaleza, el tiempo y demás circunstancias de los trabajos a que sean

destinados los condenados y establecerá los reglamentos especiales de talleres» (Armand Ugon, 1930, tomo 19: 44).

En uso de sus atribuciones, el Dr. Irureta Goyena elevó una comunicación al Ministerio de Gobierno en diciembre de 1904 en la que sostenía que estaba alarmado por el incremento del número de criminales que las cárceles departamentales enviaban a la capital, aumentando así el hacinamiento que ya existía en el establecimiento de la calle Miguelete. Dada las características de la población carcelaria, mayoritariamente rural, proponía la instalación de una colonia agrícola donde los reclusos podrían cumplir su condena en un medio con el que se sintieran identificados:

La mayoría de los reclusos de este establecimiento proceden de la campaña, en la proporción de 75%, con ella conservan los pocos vínculos que todavía los ligan a la sociedad ofendida: el hogar, la familia, los amigos y alguna vez el mismísimo pedazo de tierra, humilde y adecuado escenario de su vida no menos humilde de hombre libre (Irureta Goyena, 1904: s/p.).

El discurso idealizador de Irureta Goyena no tenía en cuenta una realidad que era fácilmente constatable por la estadística que se llevaba en el establecimiento penitenciario: la mayoría de los reclusos que salían en libertad no solicitaban el pasaje de vuelta a su pago. Este recurso era un derecho del que era informado el liberado en el momento de su excarcelación. Cabe señalar que de las pocas solicitudes de las que existe registro, la mayoría son de mujeres, aunque estas eran apenas un 10% de la totalidad de los reclusos; una proporción que se mantiene constante en el período. La tendencia indica que los liberados pretendían permanecer en la ciudad, al menos en la etapa inmediata a su excarcelación; y hasta se podría suponer que pasaban a integrar el contingente migratorio que se instalaba en Montevideo, expulsado del medio rural por las escasas oportunidades laborales que la producción pecuaria ofrecía. No podemos especular acerca de si Irureta Goyena tuvo en cuenta los registros aludidos para elaborar su hipótesis de la voluntad del excarcelado de volver a su lugar de origen, pero de todas maneras creemos que percibía el «peligro» que implicaba para la estabilidad social, la permanencia en la ciudad de individuos doblemente rechazados por su condición de exreclusos y de forasteros.

El Dr. Irureta Goyena aspiraba a una sociedad ordenada según los principios del positivismo, estructurada en torno a las normas dictadas por la ideología que dominó el pensamiento de la mayoría de su generación. Una caracterización más aguda de sus ideas, lleva a Carlos Real de Azúa a señalar que si bien su base eran las ideas de Comte, el suyo era:

un positivismo atemperado por una postulación 'iusnaturalista', (al que) habría que agregar —en concepto de ingredientes no rigurosamente sistematizados— a Nietzsche y a la línea del liberalismo (conservador) antirrevolucionario inglés que tuvo su gran portavoz en Burke, a la que se

aproxima Irureta en sus encomios de la voluntad y el instinto sobre la inteligencia racional, de la tradición continuadora sobre la creación 'ex nihilo', en su vitalismo y su 'realismo' contra todas las ideologías (Real de Azúa, 1964: 85).

Entre sus pares juristas era reconocido como un positivista conservador, tendencia que se manifiesta claramente en el Código Penal de 1934, con aproximaciones al Código Rocco de la Italia fascista. Ejemplo de ello era el artículo 149 que sancionaba, como hacía el italiano, a quien suscitara públicamente el odio de clases; o la defensa acérrima de la propiedad como bien jurídico, al castigar el delito de rapiña con una pena mayor que varios tipos de homicidio. Una nueva lectura de sus escritos tempranos permite descubrir que la preocupación humanitaria por la suerte de los reclusos a la salida de la cárcel encaja en la estructura del ideal de sociedad —cada uno en «su» lugar— que defendería durante toda su trayectoria profesional.

La forma en que su pensamiento conservador articulaba con la coyuntura política de los años treinta explica la aprobación inmediata que su proyecto de Código Penal tuvo por parte del régimen. Cuando el 31 de marzo de 1933, Gabriel Terra desconoció la resolución de la Asamblea General que dejaba sin efecto las medidas de seguridad impuestas desde el Ejecutivo, Irureta Goyena había finalizado apenas la redacción del nuevo código, con el que pretendía adaptar la legislación penal a los requerimientos del nuevo siglo.

El codificador no tenía demasiadas expectativas con respecto a la aprobación de su proyecto:

No me hago ilusiones acerca de la suerte que le está destinada. El Colegio se ocupará de él: lo estudiará, lo perfeccionará; hará en suma todo lo indispensable para que el Parlamento lo transforme en Ley, pero el Parlamento lo dejará envejecer en las carpetas y cuando resuelva prestarle su atención, ya no será digno de ella (Aller, 2010: 5).

Sin embargo fue aprobado «a carpeta cerrada» por la nueva Asamblea deliberante, creada por el mismo decreto del último día de marzo que disolvía las Cámaras. Las potestades punitivas del Estado se fortalecían así, respaldadas por un cuerpo de leyes unificado, sin contradicciones y con fundamentos ideológicos coherentes.

La coherencia provenía de la capacidad del codificador de interpretar sin vacilaciones cuáles eran las necesidades y aspiraciones de los sectores que representaba y darles una forma jurídica tal que pudiera trascender de lo sectorial y lo circunstancial, para que la mayoría de la ciudadanía se identificara con él y aceptara sin inconvenientes lo que allí se indicaba.

El discurso claro, ideologizado, sin lugar a ambigüedades quedó reservado para los espacios conservadores que asesoraba y representaba. Allí exponía su posición acerca de:

la defensa del latifundio y el elogio del estanciero; la protesta frente a la política impositiva y al «fiscalismo asfixiante»; el antiestatismo; la de-

nuncia de la inflación burocrática; la antipatía por la política, los políticos y el «electoralismo»; la exaltación del trabajo y del ahorro privado; la desconfianza hacia el proceso industrializador; la voluntad de atenuar (caso de los rancheríos) los males sociales del campo; la reivindicación de la tolerancia y la diatriba del sectarismo; la adhesión inquebrantable a Gran Bretaña y a su mercado comprador; la hostilidad al Colegiado, del que Irureta afirmaría que era un máximo de gobernantes y un mínimo de gobierno (Real de Azúa, 1964: 86).

Como si las demás definiciones no fueran suficientes, su opinión acerca del Colegiado debe haberle granjeado la simpatía unánime de los integrantes de la Asamblea, que aprobó el nuevo código sin más trámite. Esa era la herramienta jurídica idónea, para reorganizar al país en lo penal y adaptarlo a los objetivos disciplinarios de los gobernantes.

Las contradicciones del terrismo

La caracterización ideológica del Dr. Irureta Goyena, más allá de los matices propios del eclecticismo de la época, parece ser mucho más nítida que la del gobierno que aprobó su propuesta. El terrismo fue un movimiento heterogéneo, en el que coexistían tendencias contradictorias. El mismo Terra, más allá de los procedimientos represivos a los que apeló sin escrúpulos, no cortó del todo el vínculo con su antecedente batllista. Muchas de las leyes propuestas desde el Ejecutivo durante su administración apuntaron a ampliar y profundizar el papel del Estado.

Mientras que en la región, los regímenes «de excepción» se consolidaban por su propia fuerza inaugurando una década de gobiernos autoritarios, en nuestro país, se apeló a las normas del sistema republicano para justificar la permanencia en el poder. Fue la Convención General Constituyente creada a efectos de redactar la nueva Constitución quien confirmó la continuidad en el cargo del dictador (21/3/1934). Así, un gobierno que había desconocido la autoridad del Poder Legislativo, necesitó de la aprobación de parlamentarios para ser legitimado ante la ciudadanía. Más allá de que Terra supiera que estas Cámaras le eran afines, la concesión al ademán simbólico de la confirmación por parte de otro poder del Estado contrasta con las realidades de los países vecinos.

En lo relativo a las libertades públicas, el gobierno de Terra fue netamente represivo. Se pretendió desarticular toda oposición, ya viniera desde la prensa, los referentes políticos o el movimiento sindical. Los medios a los que se apeló para desalentar toda resistencia fueron entre otros: la censura o autocensura de la prensa, la destitución de sus cargos de los opositores, la cárcel acompañada de malos tratos y torturas, y el destierro. El perfil retardatario del régimen se puso de manifiesto

ante los reclamos de los trabajadores. A raíz de la huelga de los gráficos, en agosto de 1934, Terra declaraba:

Ha llegado el momento que el abuso pernicioso de la libertad sea combatido enérgicamente. En primer término deben ponerse las cosas en su justo lugar, utilizando a ese efecto todos los medios a nuestro alcance. Luego prohibiendo la realización de reuniones nocturnas, de modo que sea posible individualizar a los calumniadores a la luz del día, sometién-dolos a continuación al fallo de la Justicia, por último haciendo uso de las facultades extraordinarias que la Constitución acuerda a los Poderes Públicos, alejando de la República o confinando en el interior a los men-tirosos perturbadores del orden público (Pintos, 1960: 265).

La persecución a los trabajadores organizados no fue una novedad de la dictadura terrista; se desataba cada vez que crecía la movilización popular. Así sucedió durante la Presidencia de Williman con la represión de los empleados del ferrocarril durante la huelga de 1908, llevada adelante a machetazos por las fuerzas del Jefe de Policía de Montevideo, Jorge West. Se repitió con la huelga de los frigoríficos, durante la presidencias de Viera en 1918, con el saldo de numerosos heridos y detenidos; o durante la Presidencia de Brum, de la que fue responsable directo Juan Carlos Gómez Folle, que se desempeñaba en ese momento, como Jefe de Policía. En la «Memoria de la Policía de Montevideo durante el ejercicio de su Jefatura correspondiente al período comprendido desde marzo de 1923 a marzo de 1927», hace referencia a los enfrentamientos entre manifestantes y Policía, el 1.º de Mayo de 1923:

La agitación promovida por elementos disolventes [...] así como dos huelgas de consideración, la de vendedores de diarios que se inició el 23 de abril y la de obreros gráficos de la mayor parte de los órganos de prensa, que tuvo comienzo el 24 de abril, hacían temer que la próxima celebración del 1º de Mayo diera lugar a disturbios de alguna consideración. La Policía adoptó sus debidas precauciones, y destacó sus elementos en la calle por donde había de desfilarse la manifestación obrera programada para ese día [...] Una incidencia vulgar, decretada por el espíritu avieso de alguno de los manifestantes, originó trastornos de tal magnitud que epilogaron con la muerte de un meritorio empleado de la repartición y de un transeúnte; se registraron también algunos heridos durante la confusión producida en esos momentos (Gómez Folle, 1927: 23).

Es evidente que las cosas ya no se resolvían a machetazos como en los tiempos de West. El machete, en uso hasta la Jefatura de Gómez Folle, pasaba de la aplicación práctica a la función simbólica.

Emilio Frugoni, el único representante socialista en el Parlamento disuelto, llamó al golpe de 1933 la «revolución del machete», aunque debería haberla llamado la «revolución del Colt», porque durante la superintendencia de Gómez Folle se adquirió armamento de esa marca para ser distribuido entre los funcionarios (Gómez Folle, 1927: 90).

Terra se respaldó en una Policía modernizada en su equipamiento, reestructurada en su organización interna, que mantenía vínculos fluidos con las policías de los países vecinos y fortalecida en su sentido de

cuerpo. El golpe de Terra fue un golpe apoyado por la Policía no solo porque se gestó en la sede de la División Investigaciones —el cuartel de la calle Minas— sino porque varios de sus funcionarios principales tuvieron una actuación destacada en el nuevo régimen. Alfredo Baldomir, Jefe de Policía desde 1931, renunció al cargo para ser nombrado Ministro de Defensa en 1934. Si bien en esta promoción pudo haber incidido la relación familiar con el dictador, no fue el único ascenso. Numerosos altos oficiales ocuparon cargos de responsabilidad en otros organismos del Estado. La conmoción política alcanzó también al sistema penitenciario nacional.

Gómez Folle: el agente competente

La creación de la Dirección General de Institutos Penales fue la resultante de una sucesión de decisiones administrativas adoptadas inmediatamente después de consumado el quiebre institucional del 31 de marzo de 1933.

El 30 de abril se dispuso la intervención de las cárceles que dependían, en ese momento, del Ministerio de Instrucción Pública.

El 5 de agosto por Decreto-Ley n.º 9072, las cárceles pasaron a depender del Ministerio del Interior.

El 5 de setiembre se disolvió el Consejo de Patronato de Delincuentes y Menores. El Patronato se había encargado de la supervisión de los establecimientos carcelarios desde 1891 y había sido ratificado en sus funciones por ley del 8 de abril de 1915.

El 15 de setiembre, el Poder Ejecutivo dictó una resolución por la que se creaba el Consejo Superior de Cárceles, integrado por los directores de las cárceles Penitenciaria (Punta Carretas), Correccional (Miguelete) y de Mujeres, por el director de la Oficina de Estudios Médico-Legales y dos delegados designados por el Poder Ejecutivo, bajo cuyo control estarían todas las dependencias carcelarias.

Gómez Folle fue designado presidente del Consejo Superior de Cárceles y se le encargó la redacción de un Proyecto de Ley Orgánica para el que sería el instituto coordinador de los tres establecimientos carcelarios: la Dirección General de Institutos Penales (Gómez Folle, 1947: 32 a 35).

Según el mismo autor, el proyecto proponía:

reorganizar técnicamente y en todos sus aspectos, los servicios carcelarios, en forma de darles la homogeneidad y la eficacia necesarias para colocarlos en condiciones de cumplir, no solo cometidos de orden repressivo, sino también la alta misión de higiene y terapéutica social, para los que se hallan inequívocamente destinados, conforme a los nuevos conceptos de la ciencia penalógica (Gómez Folle, 1947: 36).

Gómez Folle no fundamentó su propuesta en «nuevos conceptos» como decía, sino en la reinterpretación de teorías penitenciarias clásicas.

sicas, unánimemente aceptadas y que eran traídas a la consideración pública a partir de congresos que se realizaban periódicamente, reuniendo a autoridades penales y académicos dedicados a estudiar la cuestión carcelaria.

El estudio de la problemática penitenciaria motivó la organización de congresos mundiales desde mediados del siglo XIX. El primero fue en Fráncfort del Maine en 1847, luego en Bruselas al año siguiente y otra vez en Fráncfort en 1857. Las reuniones tuvieron carácter oficial recién en 1872, cuando se fundó en Londres la Comisión Internacional Penitenciaria (CIP). A esa convocatoria asistieron veintidós países trayendo consigo propuestas diversas. A su término se redactó una Declaración de Principios que, según señala la criminóloga Rosa del Olmo: «Debe considerarse como la base de la nueva ideología punitiva y el origen de la institucionalización internacional del control social que se imponía de acuerdo con las características del nuevo orden mundial» (Del Olmo, 1999: 51). Traducida al castellano a instancias de los organizadores, la Declaración se transformó en un manual para ser aplicado a las distintas realidades latinoamericanas y siguió considerándose como un aporte valioso, durante décadas.

A partir del Congreso de Londres, las reuniones se llevaron a cabo cada cinco años en distintas ciudades europeas y en Washington, en 1910. Esta última convocatoria tuvo características propias porque en ella se pusieron claramente de manifiesto los problemas que agitaban, con creciente intensidad, al núcleo del sistema capitalista. Entre ellos: la pugna por el dominio del mercado, el control del salario, el aumento de la desocupación. La recuperación de lo invertido en las industrias carcelarias mediante la comercialización de lo producido fue tema principal en el Congreso. Se intentaba buscar la forma en que los productos no se transformaran en competencia desleal para lo elaborado por la mano de obra libre. En apariencia, no se llegó a una conclusión unánime y la resolución del problema se dejó librada a las administraciones penitenciarias de cada país. Aún en 1925, el tema seguía siendo motivo de controversia:

El contrato de labor ha dado lugar a choques con las organizaciones de trabajo y producción. Los productos del contrato de trabajo en las prisiones han sido introducidos en el mercado a precio muy reducidos, haciendo una gran competencia a los productos del trabajo libre; por tanto, la libre producción ha sido colocada en desventaja respecto a la barata producción de los establecimientos penitenciarios. Consecuentemente, las Asociaciones de trabajadores se han opuesto justificable y naturalmente al contrato de labor, habiendo constituido un poderoso factor para la implantación del sistema de 'uso del Estado' (Del Olmo, 1999: 51, nota 35).

Las convocatorias se suspendieron durante la Primera Guerra Mundial. En 1920 se creó la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria

(CIPP) que funcionó como tal hasta 1955.² Los primeros congresos de esta nueva institución se realizaron en Praga (1920) y Berlín (1935). Es probable que las tensiones políticas propias de la época se hayan trasladado al debate penitenciario. El reagrupamiento en torno a una escuela continental y una inglesa articula con el enfrentamiento entre potencias políticas y se ve reflejado en el hecho de que durante unos años coexistieron ambas organizaciones, realizándose el congreso final de la Comisión Penitenciaria Internacional en Londres, en 1925.

No consta en sus escritos que Gómez Folle haya asistido a aquellos congresos internacionales. De todas maneras, las políticas diseñadas desde el Instituto de Penales siguieron los lineamientos que en ellos se establecieron, atendiendo de manera prioritaria a:

- *El estudio del individuo para observar su evolución*, mediante la creación de la sección Censo y Estadística Criminal (10/3/1936) y el proyecto de creación del Instituto de Criminología y Estudios Criminológicos, con el objetivo de:

Obtener la información precisa y exacta que permita estudiar racionalmente la delincuencia uruguaya y establecer su idiosincrasia particular, como medio de determinar sus causas propias, factores y aspectos, influencias de las modalidades locales en las distintas zonas del territorio nacional, de los sucesos sociales, políticos y económicos, a la par que medir la eficacia de la legislación represiva (Gómez Folle, 1947: 165).

- *El cuidado de la salud de los internos*, generando los espacios adecuados para ello. El Hospital Penitenciario se terminó de construir en 1939, siendo habilitado definitivamente recién el 25 de febrero de 1943. Para justificar la tardanza de la puesta en funcionamiento del hospital, Gómez Folle decía:

Como todas las demás iniciativas de cambio radical del sistema penitenciario del país, en que nos hallamos empeñados, la idea de construir un Hospital Penitenciario no dejó de tropezar con inconvenientes [...] no faltaron quienes consideraran que la idea trasuntaba una sensibilidad incompatible con el espíritu de rigidez que en el concepto de muchos es necesario aplicar a quienes delinquen [...] No comparto de manera alguna ese criterio y en el sustento de un concepto diametralmente opuesto finca la base misma de todo el sistema penitenciario con que, merced a esta índole de realizaciones, nos hemos esforzado por sustituir al irracional régimen antiguo (Gómez Folle, 1947: 151-152).

- *La creación de «sociedades de asistencia posinstitucional»*, como se denominaba a las organizaciones de apoyo al excarcelado en la Declaración de Principios de la CIP. El Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados se creó por decreto y con carácter honorario el 7 de marzo de 1934:

2 A partir de esta fecha los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente fueron organizados por las Naciones Unidas y se consideran históricamente, continuación de la serie de la CIPP. Cfr: <<http://www.un.org/es/conf/crimcongress2010/background.shtml>>, acceso: 1/6/2015.

El Patronato, una vez conseguido el consentimiento del preso y luego de liberado, y de prestarle el apoyo moral y material que necesite y corresponda, le procurará ocupación. Para eso obtendrá ayuda del Ministerio de Trabajo y de las comisiones departamentales respectivas. Asimismo, conseguirá que las empresas particulares le reserven un porcentaje de vacantes (Gómez Folle, 1947: 256).

• *La capacitación del personal.* La Escuela de Funcionarios Penales se fundó el 24 de marzo de 1934, con el objetivo de entrenar al Cuerpo de Vigilancia como se denominó a la guardia interna de los establecimientos dependientes y también al personal del Cuerpo de Guardias correspondientes a la guardia externa de aquellos.

Esta Dirección aspira a que en el futuro, las autoridades directivas de los establecimientos carcelarios puedan contar con funcionarios con preparación técnica vasta y de moral pura, factores que sumados a una cultura general amplia, harán de él un elemento que en toda oportunidad actuará con plena conciencia de sus deberes, en el desempeño de la alta función social que debe cumplir (Gómez Folle, 1947: 126).

Gómez Folle sí dejó constancia de su concurrencia al Primer Congreso Latino Americano de Criminología que se realizó en Buenos Aires, en 1938. En este evento, tuvo la misión de representar a las delegaciones invitadas en la entrega de diplomas con que se distinguió a los visitantes como miembros honorarios de la Sociedad Argentina de Criminología. En el discurso que dirigió a los asistentes, luego de dejar en claro su admiración por José Ingenieros, al que llamó «verdadero padre de la criminología argentina», hizo hincapié en el fortalecimiento del nexo que debía existir entre «la doctrina penal y el régimen carcelario».

Se hallan tan vinculados que el uno deriva de la otra [...] El principio que inspira la ley destinada al delincuente, continúa actuando dentro de la prisión y sobre el preso. Así, el criterio de la venganza pública, del odio y de la repulsión del criminal, da origen al calabozo subterráneo, a los instrumentos de tortura y las flagelaciones [...] el principio de la protección social crea la escuela y el taller, destinados a la obra más noble, más humana, de corregir y enmendar fortificando el espíritu y el brazo, para la lucha honesta de la vida libre (Gómez Folle, 1947: 376).

Parece evidente que la cuestión del trabajo de los penados configuró una preocupación constante de las autoridades penitenciarias, sin que se llegara a soluciones efectivas o de provecho para la administración carcelaria y menos aún para el cumplimiento del objetivo siempre reiterado: la recuperación del recluso. Un programa de trabajo que se ajustaba al modelo *state-use system* —el «uso por parte del Estado» mencionado en la Declaración de Principios de la CIP— y que se prolongó durante décadas fue la explotación de las «Canteras de la Unión».

En febrero de 1923, Gómez Folle envió en su calidad de director de la Penitenciaría (Punta Carretas), una nota al presidente del Patronato de Delinquentes y Menores. En ella sostenía que habiendo sido aseso-

rado por el Ministerio de Obras Públicas, podía asegurar que las canteras contenían material suficiente para sostener su explotación, por lo menos, durante treinta años más. Propuso un plan de reorganización industrial que garantizaba la productividad y al mismo tiempo hacía menos penosa la estadía de los presos en la cantera.

La reforma que he propuesto y que crea recursos muy apreciables, hace resaltar aún más la necesidad urgente de cambiar el sistema de vida de los reclusos en las citadas canteras [...] Ningún sistema, ninguna regla de albergue de presos sostiene hoy el imperio de la cuadras en común, plagadas de defectos, de vicios, de desventajas enormes [...] Forzoso es decirlo, es la Cárcel Penitenciaria —proclamada como modelo en tantas oportunidades— la que mantiene una dependencia semejante, en donde se asila la cuarta parte de su población, por donde ha pasado la mayoría de ella. Es la penitenciaría la que miente su misión favoreciendo la promiscuidad de los condenados; la que los aloja en su cuadra infecta; la que les impone un grillete al pie; la que les da un dormitorio común en el que hasta las más íntimas necesidades deben satisfacerse delante de todos —el grillete amarrado no permite llegar a los W.C.— relajando su moral y arrebatándoles hasta el último resto de pudor (Gómez Folle, 1947: 262-263).

La prédica de Gómez Folle contribuyó a la clausura del trabajo en las «Canteras de los Presos» casi tanto como los aprietos financieros del Instituto de Penales, que se vio obligado a vender parte de los terrenos donde se ubicaba la explotación para poder cumplir con lo acordado en el proyecto de reforma del sistema penitenciario.

La ley autorizó la venta de los solares adyacentes como uno de los arbitrios para cubrir el crédito contratado con el Banco de la República por la Dirección General de Institutos Penales, por la suma de doscientos mil pesos con destino a la construcción de la Colonia Educativa de Trabajo (Gómez Folle, 1947: 263).

«Aquí se reforma el hombre por la tierra y la tierra por el hombre»

En esta frase, Gómez Folle resumió las ventajas que atribuía al proyecto de la Colonia Educativa de Trabajo. El establecimiento agrícola-penitenciario sería el espacio en el que se diseñaría a un individuo comprometido con la transformación de «la tierra yerma en un vergel», al mismo tiempo que modificaba su propia esencia reconvirtiéndose en un miembro útil a la sociedad que apostó a su recuperación. El estereotipo de ese trabajador rescatado para el sistema correspondía a una concepción idealizada de la sociedad rural regulada por los principios de laboriosidad, constancia y sacrificio.

En esa exaltación romántica de valores tradicionales, parece no haberse tenido en cuenta algunos tópicos acerca de la mentalidad campesina que podían considerarse defectos. En realidad, sería más acertado

decir que permitían cierta dualidad en la interpretación. Una de estas características es la tendencia al individualismo, rasgo cuestionado desde doctrinas sociales como el krausismo —en la interpretación que de ella hace el batllismo— pero valorado por el liberalismo a ultranza al estilo de Irureta Goyena, de quien Gómez Folle era ferviente admirador como ya se ha señalado. Desde la óptica de los sectores privilegiados, el individualismo se transformaba en virtud al considerarlo la causa de la reticencia del trabajador rural a asociarse con sus pares. Más aún en aquel Uruguay de los treinta, en el que el movimiento sindical crecía y se consolidaba.

Otra condición atribuida tradicionalmente a la mentalidad campesina es la resignación ante la adversidad que daría lugar a individuos dóciles, sin demasiadas aspiraciones de rápido ascenso social. Ligados a la tierra y a sus ciclos productivos, no recorrerían la campaña buscando conchabo en las estancias, siempre al borde del delito. Esa imagen idealizada de una sociedad rural constituida por familias industriosas —tal como las habían llamado los contratistas que las reclutaban en Europa— había sido la ilusión de los gobiernos decimonónicos, desmentida por la realidad de una inmigración sin preparación técnica y sin vocación agraria la mayoría de las veces y, como si eso fuera poco, infiltrada de «ideas disolventes». El conformismo atribuido al campesino era funcional al mantenimiento de un statu quo que la crisis económica y el concurso de las ideologías libertarias y comunistas ponían en entredicho.

Moldear el carácter del delincuente encarcelado mediante la educación técnica y el trabajo fue, como ya se ha señalado, un recurso al que se había recurrido reiteradamente en nuestro país, desde la instalación de Miguelete en 1888. No era una idea novedosa, por cierto. Con la consolidación del capitalismo industrial,

la libertad adquirió valor económico; cuando todas las formas de la riqueza social fueron reconocidas al común denominador del trabajo humano medido en el tiempo, o sea del trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado (Pavarini, 1983: 36).

El tiempo se transformó en una forma de riqueza, y aquel que se «desperdiciaba» sin producir bienes devino en una forma de pérdida, no solo para el individuo involucrado sino para el sistema económico en su totalidad. Pero la invención de la penitenciaría no fue solo un mecanismo de contrarrestar las pérdidas produciendo bienes, sino que formó parte de la estrategia del Estado burgués para el adiestramiento de potenciales trabajadores. Además de castigar a quien delinquiendo se apartaba del pacto social y de advertir a aquellos que potencialmente pudieran imitarle, se buscaba reintegrar a la sociedad —y al sistema productivo— al trabajador rebelde. La prisión se transformó, entonces, en una casa de trabajo.

Desde el siglo XVIII, la *workhouse* inglesa, y las diferentes versiones que se experimentaron en los Países Bajos y en el norte de Alemania llevaron a la práctica los términos ideales de la concepción burguesa del trabajo. Preparaba a los individuos, principalmente a los pobres, para que aceptasen un orden y una disciplina que los hiciera dóciles instrumentos de explotación. Los pobres, las prostitutas, los niños sin hogar, llenaron desde fines del siglo XVIII esas casas de «corrección». Eran los colectivos a ser reeducados, moldeados para una vida laboriosa y de buenas costumbres. No solo tenían que aprender los oficios que los integrarían al sistema productivo, sino que debían comprender y aceptar las normas que lo regían. La casa de trabajo fue un instrumento efectivo para domesticar a las «clases peligrosas», sofrenando sus impulsos y canalizando sus energías.

En nuestras prisiones, el trabajo como factor rehabilitador compitió siempre en desventaja con el concepto de trabajo como generador de bienes, a pesar de que las autoridades proclamaran los beneficios morales que la labor manual proporcionaba al recluso. Según Michel Foucault:

La prisión es una máquina en la que los detenidos-obreros son a la vez engranajes y productos [...] El trabajo de la prisión tiene un efecto económico, es el de producir individuos mecanizados según las normas generales de una sociedad industrial (Foucault, 2008: 280).

En Punta Carretas y en la Cárcel de Mujeres, el rol de «preso-producto» había estado siempre postergado por el de «preso-engranaje». Con la instalación de la Colonia Educativa de Trabajo, el director de Penales intentaba revertir esa tendencia, jerarquizando la formación técnica y la preparación para el reingreso a la sociedad.

Finalmente, en marzo de 1934, la Dirección General de Institutos Penales elevó a consideración del Ministerio del Interior el proyecto de creación de una colonia penal de carácter agrícola e industrial. El argumento de mayor peso para atender a esa solicitud era —por su urgencia— la situación de hacinamiento en que se encontraban los reclusos en los dos establecimientos ya existentes.

Lo primero fue obtener la financiación necesaria para llevar adelante el proyecto. El 5 de mayo de 1934 y habiéndose aprobado previamente la propuesta, se autorizó la contratación del préstamo con el Banco República por doscientos mil pesos que se cubriría con lo obtenido por la venta de los terrenos adyacentes a las Canteras de la Unión, como ya se ha señalado, y los situados al fondo de la penitenciaría, en Punta Carretas. Con esos recursos, el 14 de mayo se compraron 531 hectáreas de tierras aptas para el cultivo situadas en Libertad (San José) a un kilómetro de la ruta 1. A esta primera adquisición se agregaron otros predios linderos alcanzándose finalmente una extensión de más de 737 hectáreas (Gómez Folle, 1947: 233).

El diseño del establecimiento proponía un solo pabellón de cinco

pisos, separado cinco metros del suelo, al que se adosaría un centro de vigilancia de movilidad vertical.

La ejecución de las obras se enfrentó al problema siempre presente de la falta de recursos, por lo que se decidió llevarla a cabo en etapas. En marzo de 1935 se inició el proceso de construcción recurriendo al saldo de los fondos con que contaba el instituto y aprovechando al máximo los recursos humanos.

La fabricación de la totalidad de los ladrillos que demanden las construcciones, estará a cargo de los propios penados, y será también aprovechado el trabajo de estos en tareas de desmonte, albañilería, carpintería, herrería y fabricación de baldosas, en los talleres con que cuentan las cárceles actuales (Gómez Folle, 1947: 227).

La teoría del *public-works system* aplicada sin reticencias: presos que construían otra cárcel como el recurso más a mano para alcanzar en poco tiempo, el fin buscado. Sin embargo, muchos de estos presos-albañiles no serían elegidos para ocupar las nuevas celdas del establecimiento modelo.

El primer filtro para ser admitido en el experimento era la disposición que establecía que a la Colonia solo serían trasladados quienes debían cumplir la pena de penitenciaría con Medidas de Seguridad Eliminativas.³ En segundo término, los penados que estuvieran incluidos por ley en esta categorización debían someterse, al llegar al establecimiento, a una nueva clasificación.

Previamente a la determinación del régimen y a los efectos de ajustar el aprendizaje y los ejercicios de las profesiones a las aptitudes y vocación de cada delincuente, se impondrá la clasificación psicosomática individual, para establecer la normalidad o anormalidad del sujeto, y luego, en caso de tratarse de un normal, su grado de reforma desde el punto de vista moral (Gómez Folle, 1947: 218).

La observación y distribución de los reclusos según sus características personales obedecía a las mismas pautas de la criminalística italiana que habían inspirado los estudios de José Ingenieros en Argentina y del Dr. Alfredo Giribaldi en nuestro país, con su Oficina de Antropología e Identificación Antropométrica, instalada en la cárcel de Miguelete. Su protocolo fue el primer instrumento eficaz, creado en la historia penitenciaria uruguaya, para el estudio psicosocial del individuo encarcelado. La oficina funcionó dentro del propio establecimiento carcelario, pensada y dirigida desde su creación por el propio Dr. Giribaldi; siendo

3 Las medidas de seguridad son de cuatro clases: curativas, educativas, eliminativas y preventivas. Las eliminativas se aplican a los delincuentes habituales (inciso 2.º y 3.º del artículo 48), y a los homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de la ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad. Las medidas eliminativas se cumplirán en las cárceles e implican el régimen que establece el artículo 70 en cuanto fuere aplicable. (Artículos 92 y 99), en: Código Penal, <<http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t6.htm>>, acceso: 31/5/2015.

elogiada y apoyada por las autoridades del Consejo Penitenciario, que sostenían por intermedio de su presidente, Eduardo McEachen, que:

Para todas las escuelas que pretendan dar solución al problema múltiple de la penalidad, la protección social y la regeneración del delincuente, tiene gran importancia el estudio del agente del delito, del hombre criminal.⁴

Apelando a la experiencia de Giribaldi, Gómez Folle propuso que fuera elaborado un protocolo que se aplicaría a los individuos que por ley debían ser trasladados a la Colonia. Este procedimiento permitiría distinguir entre individuos:

normales (reformables e irreformables) y anormales (curables e incurables). De acuerdo con esta clasificación, los anormales serán sometidos exclusivamente a un tratamiento médico-psiquiátrico en el Pabellón del Manicomio Criminal (Gómez Folle, 1947: 218).

El Manicomio Criminal era parte del proyecto y consistía en una instalación emplazada en el mismo predio de la Colonia. Vendría a llenar el espacio que ocupaba —y ocupa— el Hospital Vilardebó en la atención de penados y procesados (hombres y mujeres), que según el texto del proyecto, «estén en estado cierto o sospechado de alienación mental».

La clasificación no sería definitiva sino que el penado debía ser anualmente sometido a nuevas revisiones, para poder determinar si era pasible de una nueva calificación y por lo tanto de un cambio en el tratamiento que recibía. Cumplida esta primera regla del protocolo, se dividía a los internos teniendo en cuenta su edad y la condición de primario o reincidente, en cada caso. Luego de ser sometido a una serie de observaciones, que según Gómez Folle permitirían determinar el «índice de peligrosidad o temibilidad del delincuente», el recluso podía —y debía, porque así lo establecía en artículo 70 del Código Penal— ingresar al programa de capacitación para el trabajo agrario asesorado por un «Ingeniero-Jefe de los Servicios Agronómicos» y asistido por capataces experimentados. Finalizado el aprendizaje, el penado recibiría un diploma de eficiencia en el que no constaba su condición de recluso.

Este último detalle, la concesión de un certificado de capacitación sin registro de antecedentes penales, que libraría al portador del estigma que su condición llevaba implícita, implicaba un verdadero progreso en el tratamiento del excarcelado. Era una medida que si bien ya se había planteado desde el Patronato de Excarcelados y Liberados, no había tenido instrumentación en la práctica hasta ese momento y contribuía a:

la adaptación del individuo al consorcio civil, pero una adaptación cierta, verdadera, íntegra en sus posibilidades [...] llenando un fin de po-

4 AGN, Fondo Consejo Penitenciario (1891-1910), Carpeta nº 265, 15 de mayo de 1896.

sitiva conveniencia social, un elemento de indudable defensa para la colectividad contra la reincidencia delictuosa (Gómez Folle, 1947: 219).

Se cerraba así el círculo de motivaciones y objetivos: era necesario reincorporar a quien se había separado del sistema: al disidente, al delincuente, al marginado. Era necesario recomponer el vínculo que en algún momento se había roto o construir el que nunca había existido. De tal manera, se recuperaba al individuo para el proyecto social común, al mismo tiempo que se protegía a la sociedad de potenciales nuevos ataques.

Epílogo

La falta de recursos obligó a suspender la obra por períodos prolongados. Pero a pesar de las demoras, el entusiasmo de su creador no decayó. En 1942, en comunicación al Ministerio de Instrucción Pública, insistía:

Aunque no se haya logrado mantener el ritmo de la marcha de los trabajos de construcción que la situación carcelaria impone, esto no debe ser mirado con la hesitación que provoca la distancia que falta recorrer, esta deberá salvarse en un plazo más o menos breve, porque tanto el Estado en su deber de tutelar a la sociedad como la misma evolución que se ha operado en nuestro régimen carcelario, reclaman como base para lograr resultados eficaces, la necesidad perentoria de contarse con un establecimiento dotado de las condiciones que ofrece la Colonia Educativa de Trabajo (Gómez Folle, 1947: 235).

Las instalaciones fueron habilitadas finalmente en 1972, como Establecimiento de Reclusión Militar. Las características estructurales del edificio y de las demás construcciones, sumadas a su ubicación, lejos de Montevideo u otros centros poblados de importancia transformaron a la antigua Colonia Educativa de Trabajo en el Penal de Libertad, centro represivo estratégico durante la dictadura. Con respecto a la decisión que llevó a rehabilitar el antiguo proyecto con un fin diametralmente opuesto al original, pueden citarse las palabras de Alejandro Rovira, ministro del Interior del gobierno de Bordaberry, cuando el 12 de agosto de 1972 y ante la Asamblea General, señalaba:

No queremos finalizar este informe, sin destacar que en este instante son 190 sediciosos de ambos sexos detenidos, pero ¿cuántos habrá si el ingreso actual se mantiene? Es necesario prever porque en ello está la seguridad carcelaria [pidiendo a continuación], [...] la rápida apertura de la penitenciaría construida en exclusividad para presos políticos, la famosa prisión cercana a la población denominada Libertad (Véscovi, 2003: 107).

En esta ocasión, la habilitación fue inmediata. Los primeros 25 presos políticos fueron trasladados a los pocos días. Dos mil ochocientos setenta y tres hombres pasaron —en algunos casos, quedaron— por

esas celdas en trece años (Tiscornia, 2014: 13). Con la salida del último de los prisioneros parecía que nunca se volvería a utilizar, pero en 1986, un motín en Punta Carretas sirvió de excusa para reabrir el penal que había demostrado sus condiciones como recinto de «alta seguridad», aunque nunca lo hiciera como el centro de rehabilitación para lo cual había sido diseñado.

Fuentes

- Armand Ugón, E. *et al.* (1930) *Compilación de Leyes y Decretos. 1825-1930*, Montevideo, Impr. Nacional Colorada.
- Gómez Folle, Juan Carlos (1927) *Memoria de la Policía de Montevideo durante el ejercicio de su Jefatura correspondiente al periodo comprendido desde marzo de 1923 a marzo de 1927*, Montevideo, Imprenta y Encuadernación del Instituto.
- (1937) *Problemas penales en el Uruguay. La «Colonia Educativa de Trabajo»*, Montevideo, Talleres Gráficos de Institutos Penales.
- (1947) *Institutos Penales del Uruguay. Antecedentes y notas sobre un proceso de evolución en marcha*, Montevideo, Talleres Gráficos de Institutos Penales.
- «Proyecto del Sr. Presidente del Consejo Penitenciario, Dr. José Irureta Goyena, sobre enseñanza agrícola a los penados», Ministerio de Gobierno, Carpeta n.º 165, diciembre 14 de 1904, en: *Archivo General de la Nación*, Fondo Consejo Penitenciario, 1901-1905.

Bibliografía

- 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (2010), en: <<http://www.un.org/es/conf/crimecongress2010/background.shtml>>, acceso: 1/6/2015.
- «24 Horas en la vida del Uruguay», 31 de marzo de 1933, *Cuadernos de Marcha*, n.º 76, Montevideo, *Marcha*.
- Aller, Germán (2010) *Reseña histórica de la Ley Penal uruguaya*, en: <<http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/aller-catedrapenal.pdf>>, acceso, 26/7/2013.
- Caetano, Gerardo y Jacob, Raúl (1990) *El nacimiento del terrismo*, tomo II, *Camino al golpe (1932)*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Del Olmo, Rosa (1999) *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI.
- Foucault, Michel (2008) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Melossi, Darío y Pavarini, Massimo (1987) *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Editorial Siglo XXI.
- Nahum, Benjamín *et al.* (1993) *Crisis política y recuperación económica. 1930-1958*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Pavarini, Massimo (2003) *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI.
- Pintos, Francisco (1960) *Historia del movimiento obrero del Uruguay*, Montevideo, Corporación Gráfica.
- Porrini, Rodolfo (1994) «Los derechos humanos durante el terrismo: vigencia o trasgresión. 1933- 1938», en Oribe Cures *et al.*, *El Uruguay de los Años Treinta*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.

- Real de Azúa, Carlos (1964) *Antología del Ensayo Uruguayo Contemporáneo*, Montevideo, Departamento de Publicaciones de la Universidad de la República.
- (1964) *El impulso y su freno*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Tiscornia, Jorge (2014) *Nunca en domingo. Penal de Libertad 1972-1985*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Véscovi, Rodrigo (2003) *Ecos revolucionarios. Luchadores sociales. Uruguay, 1968-1973*, Montevideo, Nóos Editorial.

La pantalla presa en Libertad

Cecilia Lacruz

Durante el período 1972-1985, el fenómeno inédito llamado «el gran encierro» distinguió a Uruguay de las dictaduras vecinas y sus correspondientes estrategias en la lucha contra la subversión. Lo señaló con claridad el coronel Dr. Federico Silva Ledesma en 1979 cuando afirmó que Uruguay «tiene en este momento 1600 problemas porque no tiene 1600 muertos» (Servicio Paz y Justicia, 1989: 114). El país quedó a la cabeza de la región en términos de porcentajes de presos políticos con relación a su población. Pero la estrategia no era solo el encarcelamiento del enemigo sino su detención prolongada: comprendió un promedio de 6,6 años para los hombres y 5,7 en el caso de las mujeres. Tras la detención y tortura en cuarteles y centros clandestinos, la mayor parte de los presos y presas fue encerrada en dos grandes cárceles militares. Una de ellas fue el Establecimiento Militar de Reclusión n.º 1 (EMR 1) más conocido como el penal de Libertad, la cárcel de presos políticos más grande en América Latina durante los años setenta.¹ La memoria carcelaria de la experiencia en el EMR 1 comprende una producción bibliográfica de reportajes, autobiografías, investigaciones periodísticas, textos testimoniales así como la creación literaria de los mismos presos (véase Alzugarat, 2004). En el volumen *Vivir en Libertad*, junto a otros exreclusos, Jorge Tiscornia y Walter Phillipps-Treby (2003) reconstruyeron con documentos y testimonios prácticas culturales de resistencia que resultaron tras negociaciones y estrategias de participación. En su trabajo *Trincheras de papel*, Alfredo Alzugarat (2007) recupera la creación de la biblioteca del penal y analiza la escritura carcelaria, sus formas, devenires, autores. En este trabajo, propongo continuar

1 Dos mil ochocientos setenta y tres presos políticos pasaron por este establecimiento desde 1972 a 1985. La otra cárcel militar fue el penal de Punta de Rieles, Establecimiento Militar de Reclusión n.º 2 (EMR 2) que desde 1973 albergó a las mujeres procesadas por delitos políticos. Un 30% restante del total de los detenidos fue alojado en otros lugares de detención (Servicio Paz y Justicia, 1989: 195-238).

la exploración de esa «resistencia y respuesta que abarcaron muchos ámbitos del saber y del quehacer», al decir de Alzugarat, y examinar otra práctica que también comprendió esa «cultura de la salvación» en el EMR 1: las funciones de cine.

Desde abril de 1973 hasta febrero de 1983 se realizaron proyecciones semanales en una pantalla improvisada que reunió cada noche alrededor de 200 reclusos en el piso de la planchada 1. Para Phillipps-Treby y Tiscornia (2003), la memoria del cine en el penal convoca la imagen de «la larga fila de presos, con sus mamelucos grises, sus cabezas peladas, las manos unidas atrás, a la altura de la cintura y la mantita apretada como un diario debajo del brazo» (Phillipps-Treby y Tiscornia, 2003: 119). Al principio, las proyecciones diarias fueron por piso y ordenadas, pero por razones de seguridad devinieron aleatorias: ningún recluso sabía de antemano cuándo le tocaba ver una película. Después de la cena, un guardia golpeaba las puertas de las celdas anunciando «cine, cine, cine». En una carta de julio de 1975 escrita desde el penal, un preso cuenta a un familiar: «Cine hay, y a veces muy bueno, como el *Macbeth* de Orson Welles, o *Viridiana* de Buñuel, o *Chaplin* infatigable». ² Es que no se trató exclusivamente de películas de entretenimiento ni tampoco de una cinematografía institucional-carcelaria con fines «educativos». La programación ofreció obras de directores como Jean Renoir, John Ford y Alfred Hitchcock. Títulos emblemáticos del llamado cine-arte o cine de calidad, como *Hiroshima mon amour* (1959, A. Resnais) o *Los 400 golpes* (1959, F. Truffaut) compartieron la larga lista de una programación que, con el correr de los años, entrelazó cortometrajes del órgano de propaganda de la dictadura —la Dirección Nacional de Relaciones Públicas (Dinarp)—, el cine argentino de Palito Ortega con Jean-Luc Godard y Leopoldo Torre Nilson.

En términos generales, podríamos decir que es más común identificar el vínculo cine y cárcel como narrativas en torno a los presos: documentales y ficciones circulan en nuestra sociedad mostrando la vida en instituciones carcelarias. Los estudios académicos han puesto atención en estas producciones audiovisuales para debatir y cuestionar la reproducción de discursos que perpetúan o desafían ideas dominantes sobre la prisión y los reclusos. Incluso, desde la crítica histórica y los estudios de la memoria, la producción regional ha discutido el modo en que el cine ha llevado a la pantalla la experiencia de la cárcel política así como la de los centros de detención clandestinos. Esto quiere decir que, en su mayor parte, el interés se ha centrado en el análisis textual del cine carcelario para discutir sus políticas de representación. Sin embargo, es menos común encontrar trabajos que reflexionen en torno al cine como una práctica que trae al mundo —o «un mundo»— hacia

2 Carta de Fernando Mayans del 30 de julio de 1975. En: sobre 0183. P.004, M3C6, Archivo del Museo de la Memoria.

adentro de la prisión. Dentro de esta escasa línea, el trabajo de Alison Griffiths (2013), por ejemplo, examina la exhibición cinematográfica a principios de siglo en una cárcel de Estados Unidos y la entrelaza con las políticas carcelarias, estructuras imaginarias y medios de prensa que dieron cuenta de esta práctica. Si bien Griffiths plantea cuestiones con relación a un contexto histórico y político diferente —como lo es el cine dentro de la conocida cárcel de Sing Sing a fines de 1910— considero útil reelaborar una de sus preguntas para disparar la reflexión en torno al caso uruguayo. El puntapié inicial sería el siguiente: ¿qué podemos aprender sobre el cine y el espectador, y más aún, sobre prácticas culturales en la prisión política al analizar la experiencia de las proyecciones en el penal de Libertad? Nutriéndome de los aportes de la literatura en torno a otras experiencias carcelarias, exploraré las particularidades de ese «horizonte del espectador», sus posibles negociaciones en el contexto de la prisión y cómo ayudaron estos procesos a fortalecer una identidad colectiva, es decir, a reafirmar un espacio de resistencia al marco represivo. Fundamentalmente, reflexionaré en torno a los primeros años del cine en Libertad, un período en el que una comisión de presos eligió las películas, rebobinó, proyectó, reparó y preparó los rollos de cada función.

Con esto, me interesa contribuir no solo a la producción local de conocimiento en torno al período y la experiencia de la cárcel política sino a la teoría de los estudios de cine en un marco más amplio. En los últimos años, otros historiadores al igual que Griffiths, han puesto gran interés en investigar el uso de la cinematografía fuera de la sala comercial y han explorado una diversidad de casos en los que se visibiliza una vasta cultura cinematográfica que coexistió —con otras reglas de exhibición, producción y distribución— con el cine «de Hollywood» (Acland y Wasson, 2011). Estos estudios en torno al uso y la utilidad de films en espacios institucionales como museos, escuelas, hospitales, ponen en primer plano funciones y formas diferentes de lo que generalmente llamamos «cine». El paradigma del *useful cinema*, como se le ha llamado, no refiere a un género o a un corpus específico sino a un modo de abordar la tecnología del cine dentro de una institución. Por su extensión prolongada, la participación de los presos, el valor cinematográfico de las películas así como los cambios en su política de programación, las proyecciones en Libertad conforman un caso que pone en primer plano la importancia del universo extrafílmico y que enriquece y complejiza las nociones de la tendencia mencionada de la bibliografía anglosajona. Por último, dos aclaraciones. Cada expreso tiene una memoria y un conocimiento diferente de lo que fue el cine en Libertad; los que fueron solo espectadores no sabían —y muchos aún no conocen— el funcionamiento de esta experiencia. Como afirman Phillipps-Treby y Tiscornia, las cárceles se vivieron a un tiempo «iguales y diferentes», y es por esta razón que este trabajo no pretende

imponer una memoria única sino una posible, basada en testimonios de quienes proyectaron o solo vieron las películas en prisión. A su vez, recuerdo al lector que lo que analizaré a continuación sucedió en un marco de represión que obedeció a una estrategia antisubversiva destinada a destruir a los presos moral y psíquicamente; un escenario que si bien no está escrito al final de cada párrafo, debe estar presente en toda la lectura del texto. En su trabajo sobre la cultura solidaria entre los prisioneros irlandeses de la década de los setenta, Denis O’Hearn (2009: 520) —cuyas reflexiones utilizaré en este artículo— lo dice claramente: examinar la habilidad de motivación y acción en la cárcel no implica que las romanticemos ni que desestimemos la extrema violencia que coexistió con la resistencia colectiva.

I

Empecemos por la dimensión material de la práctica y su articulación con un «afuera» —el motor imprescindible de lo que abordaré a continuación. Mirándolo así, la experiencia del cine en Libertad puede leerse como el resultado directo de la cooperación de los familiares: fueron sus aportes los que financiaron la compra de un proyector y el alquiler de las películas. El cine no fue lo único que esta ayuda hizo posible. Al poco tiempo de inaugurado el EMR 1, los presos pusieron a andar la socialización del «paquete» y la administración de la Cantina de Reclusos con el fin de colectivizar el dinero que depositaban los amigos o miembros de la familia. Se repartió la yerba, el mate, el tabaco y se gestionaron los aportes para sostener una biblioteca, una policlínica, panadería, carpintería, talleres de óptica y mecánica dental, entre otros.³ Algunos de estos «servicios» crecieron durante los años y otros no, pero es importante entender que surgieron en una coyuntura particular de diálogo entre presos y autoridades (véase Phillipps-Treby y Tiscornia, 2003). Cada uno se organizó en comisiones de entre tres y seis presos a quienes se les permitía salir de su celda para trabajar, logrando así contrarrestar las 23 horas en ella interrumpidas únicamente por una hora de recreo. A su vez, cuando los reclusos lograban sacar compañeros de diferentes pisos del establecimiento y reunirlos en una misma comisión por su conocimiento o experiencia en tal o cual área, compensaban el aislamiento entre sectores comunicados.⁴ Como señala Alzugarat (2007: 19), estos proyectos buscaron abrir un camino «desde adentro» que ofrecía a los presos «una porción de poder». El contexto rígido del penal obligó a sus represores a generar «válvulas de

3 Estas actividades formaron un «plan de desarrollo» que echaron a andar los primeros presos en Libertad (Alzugarat, 2007).

4 Véase el ordenamiento de los pisos y la organización en la prisión en Phillipps-Treby y Tiscornia (2003).

escape» como la escritura o las manualidades, para «evitar el riesgo del desborde, de lo incontenible o incontrolable». Sin embargo, es necesario dejar claro que estos espacios ganados ofrecieron nuevas formas y oportunidades de potenciar esa política carcelaria que imprimía en la vida de los reclusos la inestabilidad constante para destruirlos psíquicamente.

Como parte de esa estrategia de desestabilización, la tensión y el alivio se alternaban de modo imprevisto dando lugar a la confusión y la ansiedad: una pequeña victoria nada tenía que ver con el aminoramiento de la intensidad represiva, sino que podía implicar todo lo contrario. En este sentido, el comienzo de las proyecciones de películas implicaron un nuevo modo de sancionar a los reclusos excluyéndolos de las funciones a la hora —anhelada— de bajar a la planchada. Pero volvamos a lo anterior. Como he mencionado, el «servicio de cine» no fue una «isla» en el penal; comparte con el resto de las comisiones no solo ese momento histórico común que las hizo surgir sino el hecho de formar parte de una red de espacios que cultivaron con su práctica una identidad colectiva. Es decir, si bien tiene sus especificidades, hay una dimensión más amplia donde ubicar y articular la comisión de cine con otros grupos de trabajo. Con relación a la cárcel política irlandesa, O'Hearn (2009) retoma el pensamiento Erving Goffman en torno a la «mortificación» de los reclusos para subrayar cómo, frente al vaciamiento de la identidad individual en la prisión —el despojo de objetos personales, el uniforme, el número, la humillación, la violencia, la tortura— se genera un hueco que puede ser reemplazado por aspectos de solidaridad y cooperación. En otras palabras, que tras la represión y la degradación individual —que puede dejar al preso destruido moral y espiritualmente— existe una posibilidad de llenar ese vacío con una identidad colectiva basada, justamente, en logros colectivos. Desde esta perspectiva, los grupos de trabajo del penal, al igual que las actividades del caso histórico irlandés, surgen con el sentido de «crear relaciones sociales paralelas o alternativas entre el grupo que neutralizaran las relaciones de humillación y las reemplazaran con relaciones humanizadoras» (O'Hearn, 2009: 500).

Más aún, las comisiones estuvieron inmersas en un marco que promovió la recomposición de una intersubjetividad atacada por las fuerzas represoras; funcionaron como un tejido que conectó la subjetividad de los presos con el resto de los reclusos.⁵ Acertadas o no, las decisiones y acciones de los miembros de cada comisión se basaron —al igual que en el caso estudiado por O'Hearn— en una percepción que no fue individual sino colectiva. Así, por ejemplo, Miguel Ángel Olivera, a cargo de la «comisión de difusión» —como se le llamó formalmente a

5 Tomo esta idea de O'Hearn (2009: 501-502) quien subraya en estos procesos el rol de la intuición, las emociones y la memoria.

la radio del penal— señala que, antes de colocar un disco «había que ser cuidadoso y pensar en los demás», sobre todo por el aislamiento de algunos reclusos en celdas de a uno.⁶ Siguiendo esta conciencia del rol que desempeñaba su trabajo en el contexto carcelario, Olivera rayó el zurco de un tango para impedir que sonara la historia de un preso que se enteraba de que su mujer tenía otro hombre en su pieza. Esta misma idea está presente en las reflexiones de Phillips-Treby y Tiscornia (2003) cuando describen cómo «el cuidado del otro» dignificaba el trabajo en la prisión y lograba que cada preso se esforzara:

para que las mejores porciones de comida fueran para los compañeros más castigados, para que el tacho de café con leche del segundo piso fuera un poco más dulce, para que los compañeros enfermos recibieran los churrascos más jugosos (Phillips-Treby y Tiscornia, 2003: 53).

En el caso de la comisión de cine sucedió algo similar. Quienes trabajaron en ella intentaron ofrecer un programa que recompusiera el ánimo y que también formara a los presos en una cultura cinematográfica más allá del entretenimiento. En la práctica, la responsabilidad frente al resto de los reclusos se vivía en carne propia. Juan Seade, integrante del servicio y encargado de proyectar, recuerda su nerviosismo al ubicarse con el proyector detrás del último sector de presos sentados «porque vos sentías que no podías fallarles» y la función debía salir lo mejor posible.⁷

Además de proyectar, el grupo de tres o cuatro presos del servicio de cine trabajaba en una celda durante el día donde se reparaban empalmes de la cinta o se envaselinaba la película a dedo si estaba muy reseca. Los títulos se elegían de los catálogos de diferentes distribuidoras cinematográficas. Como el proyector adquirido era 16 mm, la posibilidad de rentar películas estaba limitada por este formato y mucho del cine contemporáneo quedaba fuera. Entre CUFE, VICAR, y otras empresas, se encontraba la Cinemateca Uruguay, que con su colección en 16 mm fue una proveedora de películas capital en los primeros años. El encargado de la comisión, en este caso Héctor Spinelli, seleccionaba cuatro títulos por mes y se agregaban otras tres opciones para cubrir un caso de censura o indisponibilidad para su alquiler.⁸ El censor del penal podía ser un oficial o el jefe carcelario, pero «el hecho de no ver en el cine otra cosa que un entretenimiento» jugó a favor de los presos (Phillips-Treby, Tiscornia, 2003: 124). Spinelli elaboraba una ficha por cada título que ingresaba con la fecha, el número de veces que había sido proyectada, el nombre de la distribuidora, el género cinemato-

6 Entrevista con la autora, marzo de 2015.

7 Entrevista con la autora, abril de 2015.

8 Los presos que propusieron proyectar películas habían tenido funciones de cine en la cárcel de Punta Carretas, por lo que hay aquí un elemento de continuidad a profundizar. De todos modos, de acuerdo con los entrevistados, salvo el caso de Libertad, no se trató de un cine elegido por los mismos reclusos.

gráfico al que pertenecía y de vez en cuando, una línea breve sobre el argumento. A partir de estos registros sistemáticos —que hoy pueden verse en la vitrina del Museo de la Memoria de Montevideo— Phillipps-Treby y Tiscornia reconstruyeron la programación de casi diez años de proyecciones. Este listado cronológico revela una política con relación al cine que cambió con el tiempo y, junto con ella, ese carácter colectivo que la envolvió en sus inicios. Por eso, sería más apropiado hablar de dos «épocas» del cine en Libertad: desde el inicio hasta mitad de 1975 y desde ahí hasta 1982. En la primera etapa predominó un cine que podemos llamar «cine de calidad» o «cine arte», un cine que, con excepciones, se distingue de aquel cuyo fin es exclusivamente de entretenimiento y cuya circulación y distribución es diferente. En términos de estilo, esto implica una fusión de lo clásico y lo moderno; es decir, una articulación de corrientes vanguardistas europeas, nuevas olas internacionales con parte de lo mejor del cine de Hollywood.

Hay más títulos, pero una síntesis del programa durante los primeros años ilustra esta tendencia. En 1973 se proyectó *El camino del tabaco* (1941), *Qué verde era mi valle* (1941) de John Ford, exponentes del nuevo cine argentino independiente como Fernando Ayala —*El candidato* (1959), *El jefe* (1958), *La guita* (1970)— y Leonardo Favio —*El romance del Aniceto y la Francesca* (1967)— estuvieron presentes. En ese año, se mostró el melodrama soviético *La balada del soldado* (1959, J. Projarienk), la comedia antinazi de Ernst Lubitsch *Ser o no ser* (1942), el temprano ejemplo del cine negro dirigido por Fritz Lang, *Solo vivimos una vez* (1937), la primera película de Luchino Visconti que había iniciado el neorrealismo italiano, *Obsesión* (1943), y dos títulos de Elia Kazan: *Viva Zapata* (1952) y el drama *Nido de ratas* (1954). En 1974 se proyectó la película del japonés Masaki Koboyashi *Rebelión* (1967), clásicos como *Rashomon* (1950, Akira Kurosawa), *El ciudadano* (1941, Orson Welles), *El muelle de las brumas* (1938, Marcel Carné), *Lola* (1961, Jacques Demy), *La gran ilusión* (1937) y *La Marsellesa* (1938) de Jean Renoir. Títulos claves de la *nouvelle vague* francesa se proyectaron ese año; *Hiroshima mon amour* (1959, Alain Resnais), *Los 400 golpes* (1959) y *Jules et Jim* (1962) de Francois Truffaut, *Sin aliento* (1960, Jean-Luc Godard), *Cléo de 5 a 7* (1962, Agnès Varda), y un exponente del cine *avant-garde* *Entreacto* (1924, René Clair). El cine experimental de Norman McLaren aparece en dos títulos *Canciones populares n²* y *Pequeña Fantasía* (1946). Desde enero de 1975 hasta el mes de julio, se mostró el documental silente *El hombre de Arán* (1934, Robert Flaherty), *Viridiana* (1961, Luis Buñuel), el *western* estadounidense *Río Bravo* (1959, Howard Hawks), *Mi secreto me condena* (1953, Alfred Hitchcock), *Juegos prohibidos* (1952) y *Gervaise* (1956) de René Clement. También se incluyó *Los bajos fondos* (Jean Renoir), *Drama raro* (1937) y *Los visitantes de la noche* (1942) de Marcel Carné, *Macbeth* (Orson Welles) y *El carterista* (Robert Bresson). A lo largo de

esta primera época el cine de Charles Chaplin fue constante, con clásicos como *El circo* (1928) o *La quimera del oro* (1925).⁹ También se proyectó una serie de cortos cómicos de Max Linder y varios títulos de Buster Keaton, como *La general* (1926), *El navegante* (1924), *El cameraman* (1928), *El argonauta del aire* (1923). Desde 1975 en adelante, todavía pueden verse en el programa títulos de V. De Sica, como *El vigilante*, *Umberto D*, *El ladrón de bicicletas*, y dos títulos emblemáticos del cine experimental de Godard como *Alphaville* (1965) y *Vivir su vida* (1962). Pero serán algunas de las excepciones. El contraste entre ambas tendencias es notorio, y por eso vale mencionar aquí características generales de la programación de la segunda época. Abundan en estos años películas de entretenimiento e información, mucho cine de género, como los *westerns*, títulos de acción y aventuras, como los de Tarzán o Bud Spencer. Hay una gran presencia del cine comercial argentino con películas protagonizadas por Luis Sandrini, tales como *El profesor hippie* (1969), *El profesor tirabombas* (1972), *Los chicos crecen* (1976), mucho de Jorge Porcel —*El gordo catástrofe* (1977), *Los vampiros los prefieren gorditos* (1974), *Custodio de señoras* (1979), entre otras— y varias de Palito Ortega, como *El club del Clan* (1964), *Fiebre de primaveras* (1965) o *La familia hippie* (1971). También se proyectan cortometrajes de tipo informativo-educativo, películas documentales de embajadas y episodios de la serie alemana *El mundo al instante*. En los ochenta se exhibe una gran cantidad de materiales de Cine Arte del SODRE de contenido variado (desde el experimentalismo de McLaren hasta documentales sobre deportes). El cese de la participación de los presos en la selección de películas explican ese giro en la política de la programación. La comisión de reclusos siguió trabajando en las proyecciones diarias hasta que alrededor de 1983, los oficiales comenzaron a pasar películas con dos televisores.¹⁰

II

En general, cuando una institución —un cineclub, un hospital o la sede de un sindicato— organiza funciones de cine, legitima su práctica con un discurso que subraya determinados valores de la cinematografía. O de lo contrario, el historiador que aborda la tecnología y el uso del cine en estos espacios intenta relacionarlos con un conjunto de discursos más amplio que lo conectan y dan cabida a su uso. Así, ya sea por el valor cultural, artístico, pedagógico, científico, tecnológico o cívico del cine, la exhibición de películas se arraiga en un territorio histórico e institucional donde cobra un significado particular. Pero

9 Y los compilados de cortometrajes *El incomparable Carlitos*, Chaplin el cómico genial.

10 Entrevista a Juan Seade con la autora, abril de 2015.

reponer el «sentido» y los «valores» originales del cine en el penal no es sencillo. El programa de la primera época de Libertad resulta ambiguo y se resiste a ser abordado como parte de una política penitenciaria, de una orientación dada por la dirección del penal. Este es el aspecto que la hace una experiencia compleja y a la vez atractiva para la teoría del cine, en especial para los nuevos enfoques del *useful cinema* mencionados en la introducción. Porque podríamos señalar que en todo caso, el «cine de calidad» proyectado en este período no evocó el espíritu institucional de la cárcel sino el de una cultura, también de algún modo institucionalizada, vinculada al tradicional cineclubismo y la cinefilia. Aunque no haya sido la única proveedora, es útil citar aquí criterios respecto al sentido institucional de Cinemateca Uruguaya para entender los valores implícitos en la tendencia que dominó en estos primeros años. Es decir, Cinemateca tenía el cometido de adquirir y preservar, alquilar o prestar películas de una colección basada en la importancia de los títulos para la historia del cine (Silveira, 2012). Por eso es que, sin proponérselo, en el programa de Libertad hay un eco de esa promoción de la cultura cinematográfica «con un objetivo histórico, pedagógico y artístico». La comisión de los presos recupera y transforma en el contexto carcelario parte de esa tradición cinematográfica.

Proyectar cine de calidad en la prisión puede leerse como una práctica resignificadora de ese cine y esa cultura como tal; un modo de despojar a esas películas de un lugar común del que pocas veces había salido para llevarlas a un extraño terreno institucional que insólitamente y no sin tensiones, le encontraba un uso y le daba cabida. Esta cuestión, relevante desde el punto de vista de la historia y la crítica cinematográfica, no da cuenta del sentido más profundo, vívido, de la experiencia de cine en Libertad. Porque este caso es mucho más que eso. Con relación a los presos políticos en la guerra civil en Grecia (1945-1950), Polymeris Voglis, señala que la noción de un «nosotros solidario» se reafirma con la idea consensuada del enemigo (O'Hearn, 2009). En este sentido, la práctica de exhibición en la planchada de Libertad contribuyó a visualizar esa frontera; en una disposición física, sentados, ordenados, el grupo de 200 espectadores exponía la tensión entre un «ellos» y «nosotros». Además, el cine no solo permitió vivenciar la idea de ese «nosotros» como «público» sino que las mismas películas corporizaron el poder colectivo y negociado, y muchas veces, lo fortalecieron. Al ver en la pantalla un largometraje que mostraba la lucha soviética del comunismo contra el fascismo en el melodrama ruso *La balda de un soldado*, los espectadores-reclusos podían leer en esta práctica que se había burlado la censura. De este modo, muchas proyecciones por sí mismas adquirirían el sentido de lo que la literatura académica en torno a la vida carcelaria llama «pequeñas victorias colectivas» que contrarrestaban los actos de humillación cotidiana en prisión. A veces, ni siquiera se trataba de su contenido sino de los

posibles guiños de complicidad que ofrecían los títulos: en ellos se reafirmaba una capacidad compartida; lograban leer ahí un sentido que el enemigo no podía. Tal fue el caso de la proyección en el mes de junio de 1973: se daba el golpe de Estado con *Los gorilas se juegan la vida* y al mes siguiente se vía *La guerra de los botones* (1961).

La censura, de acuerdo con Spinelli, «dejó pasar películas involvibles, como *Los visitantes de la noche*, sin comprender su canto a la resistencia, sin sospechar sus metáforas, sin darse cuenta que aquella historia nos alimentaba el alma» (Phillipps-Treby y Tiscornia, 2003: 120). Frente al despliegue de narrativas abiertas, ambiguas y de experimentación que implicó esta programación, los presos discutieron las películas del mismo modo que debatieron en torno a la literatura. Elbio Ferrario señala que no sería errado imaginar que en este contexto importaba el cine «por sí mismo». ¹¹ Las películas se transformaban en motivo de discusión y en oportunidad para elaborar a partir de lo que se había visto y reflexionar en torno a lo que el cineasta había querido decir: «Me acuerdo de la primera versión de *El cartero llama dos veces* (*Obsesión*), esa película dio para hablar de cómo Visconti estaba anunciando la aparición del fascismo en Italia». ¹² Asimismo, *La gran ilusión*, que narra la historia de oficiales franceses prisioneros durante la Primera Guerra Mundial, destapó una discusión en torno al enfrentamiento del militar aristocrático y otro de clase trabajadora, es decir, una lectura de la película donde las dos clases sociales antagónicas sostenían «la ilusión» de que no iba a haber más guerras. Spinelli recuerda llorar las cinco veces que la proyectaron y su memoria incluye a otros presos con la misma respuesta. Sobre todo, dice Spinelli, en la escena en que los oficiales cantan *La Marseillaise*; «la gente seguía silbando la melodía adentro del penal». ¹³ Aquí es donde es necesario traer el término de «negociación» para hablar del modo en que las películas fueron interpretadas y apropiadas por los espectadores dentro de la cárcel. Es decir, considerar el ajuste de la lectura del texto a las condiciones sociales y específicas del espectador (Mayne, 1993). En las negociaciones no solo intervienen rasgos del contexto —en este caso carcelario— o la identidad del espectador —presos políticos en un marco de represión y dictadura— sino también el conocimiento de cada individuo en torno al tema de la película, del director, etcétera. Olivera, por ejemplo, recuerda que se había devorado los libros de *El cuarteto*

11 Insistí varias veces a mis entrevistados si era idealista señalar que una «gran parte» de los espectadores estaba interesado en este cine por el cine en sí mismo, como una expresión artística y una experiencia de formación cultural. Los entrevistados entienden que si bien hay que pensar que algunos presos no habrían estado en sintonía con las películas elegidas, gran parte de ese público estaba interesado por el valor «cultural» o «artístico» de lo que se proyectaba.

12 Entrevista con la autora, mayo de 2015.

13 Entrevista con la autora, marzo de 2015.

de *Alejandro* y cuando proyectan *Justine* (1969, G. Cukor) la película basada en estas cuatro novelas, lo sancionan: «La dieron en la puerta de mi celda y la tuve que ver de costado, subido a los hombros de mi compañero, por la ventanita de la luz».¹⁴

Esta anécdota da cuenta de la intertextualidad del cine y de cómo la experiencia de ver una película está vinculada a otras formas estéticas y mediáticas. En Libertad, estas conexiones se materializaron y circularon. Seade recuerda que las funciones motivaban «a que vos pidieras en la biblioteca una biografía de Chaplin, o la historia del cine de Homero Alsina Thevenet».¹⁵ Es que de hecho, en el catálogo de la biblioteca del Penal se encontraban esos títulos y muchos más. En torno al cine, los presos podían solicitar la obra de G. Cabrera Infante, *Arca dia todas las noches*, con ensayos sobre Orson Welles, A. Hitchcock o H. Hawks, también *Francois Truffaut: el niño salvaje* (Miguel Rubio), *Manual de cinematografía* (David Chesire) o *Entrevistas con directores de cine* (Andrew Sarris). A su vez, estaban a disposición las obras literarias sobre las que se basaban algunas películas programadas, como *Macbeth* (Shakespeare), *El cartero llama dos veces* (James M. Cain), *La taberna* (Emile Zola) que es punto de partida del film francés *Gervaise*, o el cuento de Rynunosuke Akutagawa en el que se basa *Rashomon*. Este panorama de lecturas posibles amplía el hecho de que —junto a la música, la lectura, la escritura— la cultura cinematográfica también configuró ese campo de formación que se vivió en la cárcel. Pero a su vez, deberíamos hablar de la formación de una subjetividad. Como fuente de imágenes y sonidos, el cine contrarrestó la iconografía prohibida en el penal: pájaros, soles, rosas, estrellas, barcos, parejas, y otros motivos censurados por ser «tendenciosos» correrán a todo trapo por la pantalla. Las funciones también hicieron entrar un nuevo mundo sonoro a la prisión; los reclusos que no bajaban a ver la película esa noche la oían desde la celda; diálogos, música, sonidos, construían otra experiencia que invertía la supremacía convencional de la imagen y hasta revivían las reacciones del público.¹⁶ Aún más, objetos materiales como las tarjetas realizadas por los presos en el taller de serigrafía con la figura de Chaplin, son testimonio de lo que Mayne (1993) señala como el poder del espectador; una idea que implica no solo la apropiación de figuras arrancadas del ámbito cinematográfico, sino de las narrativas, de los sueños, de las experiencias que despliega el cine y

14 Entrevista con la autora, marzo de 2015.

15 Entrevista con la autora, abril 2015. Los títulos a los que se refiere son, de acuerdo al catálogo; *Chaplin es así* (Daniels Tony), *Charles Chaplin, Genio del cine* (Villegas López), *Historia de mi vida* (C. Chaplin) y *Chaplin. Todo sobre un mito* (H. Alsina Thevenet)

16 Recuerda Seade: «Te podías reír, pero reprimían en seguida. Todavía resuena en mis oídos la risa de algunos compañeros. En cada piso había un par de esos “jo-jo-jo”». Entrevista con la autora, abril 2015.

que —contrarrestando la represión y la aridez del régimen del penal— formaron parte de una vida común y una cultura carcelaria.

Como hemos visto, el cine en el EMR 1 constituyó una práctica híbrida que nos empuja a revisar una multiplicidad de dimensiones —históricas, culturales, institucionales, individuales, políticas— que hacen visible un entramado diferente a aquel que integran las salas de cine y sus circuitos de exhibición y distribución. Aquí revisamos un caso en donde la tecnología del cine y las mismas películas participan en una dinámica compleja, porque la experiencia cinematográfica en Libertad no deriva exclusivamente de la institución carcelaria sino de la iniciativa de la comisión de presos articulada con una cultura cinéfila local (Cinemateca Uruguay y otros). Todo esto contribuye a repensar la idea del cine más allá de las narrativas habituales en torno a su uso y circulación en nuestra historia cultural. A su vez, quisiera subrayar la importancia de recuperar este tipo de experiencias para contrarrestar la tradicional atención puesta en la cultura literaria en el contexto de la prisión. Es decir, una práctica de igual relevancia que la lectura y la escritura, y que además, pone nuestra atención en una cultura visual y sonora que formó parte tanto de la subjetividad como de la vida colectiva de los presos.¹⁷ Para concluir, recordemos que la programación después de 1975 inauguró otra trama a explorar que plantea nuevas preguntas en torno a esas otras películas más en sintonía con las tendencias comerciales, televisivas, institucionales. En concordancia con un marco represivo más duro —dentro y fuera de la cárcel— el abordaje de ese otro momento de la disputa por el uso del cine en Libertad, permitiría revisar las posibles negociaciones de los espectadores-reclusos frente a estas cinematografías que no necesariamente anulaban el carácter de resistencia de este espacio.

17 Con esto también cabe señalar la importancia de la experiencia de la radio del penal, otra práctica en la que no me detengo en este trabajo pero que merece gran atención.

Bibliografía

- Acland, Charles R. y Wasson, Haidee (eds.) (2011) *Useful Cinema*, Londres y Durham, Duke University Press.
- Alzugarat, Alfredo (2007) *Trincheras de papel: Dictadura y literatura carcelaria en Uruguay*, Montevideo, Ediciones Trilce.
- (2004) «Los testimonios de la cárcel», en Aldo Marchesi, Vania Markarian, Álvaro Rico y Jaime Yaffé (comp.), *El presente en dictadura: Estudios y reflexiones a 30 años del golpe de Estado*, Montevideo, Ediciones Trilce.
- Griffiths, Alison (2013) «A Portal to the Outside World: Motion Pictures in the Penitentiary», en *Film History: An International Journal*, 25 (4), 1-35.
- Instituto de Estudios para América Latina y África (1984) *Uruguay: Seguridad Nacional y cárceles políticas*, Iepala.
- Mayne, Judith (1993) *Cinema and Spectatorship*, Londres-Nueva York, Routledge.
- O'Hearn, Denis (2009) «Repression and Solidary Cultures of Resistance: Irish Political Prisoners on Protest», *American Journal of Sociology*, 115 (2), 491-526.
- Phillipps-Treby, Walter y Tiscornia, Jorge (2003) *Vivir en Libertad*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Servicio de Paz y Justicia (1989) *Uruguay: nunca más. Informe sobre la violación a los Derechos Humanos (1972-1985)*, Montevideo, Altamaira, 2ª edición.
- Silveira, Germán (2012) «Entre la cinefilia y la resistencia. Breve historia de la Cinemateca Uruguaya y de su público durante la dictadura militar (1973-1984)», *Cuadernos de Historia 9: Historia, cultura y medios de comunicación. Enfoques y perspectivas*, (109-123), Montevideo, Biblioteca Nacional.

Sistema penitenciario de Uruguay (1985-2014): cambios, continuidades y desafíos

Víctor González | Emiliano Rojido | Nicolás Trajtenberg

Introducción

En los últimos años Uruguay ha enfrentado una *situación problemática en materia penitenciaria*. El aumento sostenido de los delitos estuvo acompañado por un importante crecimiento del sistema carcelario. En 2014 la población privada de libertad (PPL) alcanzó a 9797 personas, un 124% más respecto al 2000. Adicionalmente, según datos del Observatorio Nacional de Violencia y Criminalidad del Ministerio del Interior el porcentaje de reincidentes entre la PPL pasó del 49% al 59% entre 2000 y 2014. El país cuenta con la mayor tasa de prisionización de Sudamérica (IPCS, 2015) y sus condiciones de reclusión han sido objeto de denuncias a nivel nacional e internacional. Hacinamiento, inadecuadas condiciones edilicias, énfasis custodial, malos tratos, problemas sanitarios, insuficiente acceso al trabajo y a la educación, incumplimiento de las categorías de clasificación, escasez de programas de rehabilitación y reingreso, son algunos de los aspectos destacados desde las instituciones públicas (Garcé 2006, 2007, 2008 y 2009; MIDES, 2010), la academia (Aboal, Campanella y Lanzilotta, 2013; Vigna 2011; Arias y Morales, 2011; Cardozo, 2011; Podestá, 2011; Garibotto, 2010; Musto, Piazza y Turbán, 2008) la sociedad civil organizada (SERPAJ, 2012) y los organismos internacionales (BID, 2008; ONNUD, 2007; Naciones Unidas, 2010, 2010b; OEA, 2011; OIT y Ministerio del Interior, 2011).

La *opinión pública* concuerda en posicionar la delincuencia y la inseguridad entre los principales problemas del país.¹ No obstante, exhibe

1 Según una encuesta de victimización realizada en 2011 por Equipos Mori y el Ministerio del Interior, 62% de los uruguayos considera la delincuencia y la inseguridad como el principal problema del país.

dos posturas antagónicas con relación al sistema penitenciario: por un lado, hay quienes exigen mayor punitividad penal como respuesta al aumento del delito, sea por vía de la disuasión o de la incapacitación; por otro, hay quienes perciben las cárceles como «escuelas» que producen delinquentes y violan sistemáticamente los derechos humanos de reclusos y familiares. Así, el vínculo entre cárcel y delito se ubica en el centro mismo de la controversia pública.

La *contribución de la academia* al debate de esta temática es bastante limitada en Uruguay. La investigación criminológica en general, y sobre el sistema penitenciario en particular, es aún incipiente. La gran mayoría de los estudios nacionales exhiben insuficiente actualización teórica, ambigüedad conceptual, uso problemático de la evidencia empírica, ausencia de pretensiones explicativas o predictivas, y escasa capacidad para generar propuestas de políticas públicas claras, basadas en evidencia y susceptibles de evaluación empírica (Rojido, Trajtenberg y Vigna, 2014). Esto contribuye a explicar, al menos en parte, la debilidad del vínculo existente entre la academia y las instituciones del sistema de justicia criminal.

Desde una *perspectiva institucional* el sistema penitenciario uruguayo se ha caracterizado por la fragmentación y la gestión policial. Hasta el año 2010 cada una de las 19 jefaturas departamentales de la Policía contaba con una o más cárceles bajo su dominio, en tanto que los grandes establecimientos metropolitanos como COMCAR y Libertad dependían de la Dirección Nacional de Cárceles (DNC) y el Centro Nacional de Rehabilitación (CNR) de la Dirección General de Secretaría. En 2010 Uruguay contaba con 28 establecimientos carcelarios dependientes de 21 organismos diferentes. Adicionalmente, otros actores clave del sistema penitenciario como el Instituto Nacional de Criminología (INACRI) y el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados (PNEL) tenían un rol débil y operaban de forma desarticulada. Si bien la totalidad de los organismos mencionados funcionan bajo la órbita del Ministerio del Interior (MI), la alta segmentación institucional supone un obstáculo para la gobernabilidad del sistema y el desarrollo de políticas penitenciarias de largo plazo.

En términos de *políticas públicas*, los esfuerzos nacionales han sido aislados e inconexos, producto de urgencias coyunturales que requieren una intervención inmediata por parte de los agentes tomadores de decisiones. En las últimas tres décadas no se han desarrollado políticas integrales de largo plazo para enfrentar el problema penitenciario de manera coordinada y sometida a procesos de evaluación. Sin embargo, el año 2010 supone un punto de inflexión. La creación del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) representa una iniciativa ambiciosa, de vocación reformadora, orientada a unificar el sistema penitenciario y profesionalizar su gestión. En este contexto, parece importante hacer una reconstrucción histórica de las políticas penitenciarias para

dimensionar cabalmente los cambios recientes y la forma en que nos posicionan hacia el futuro.

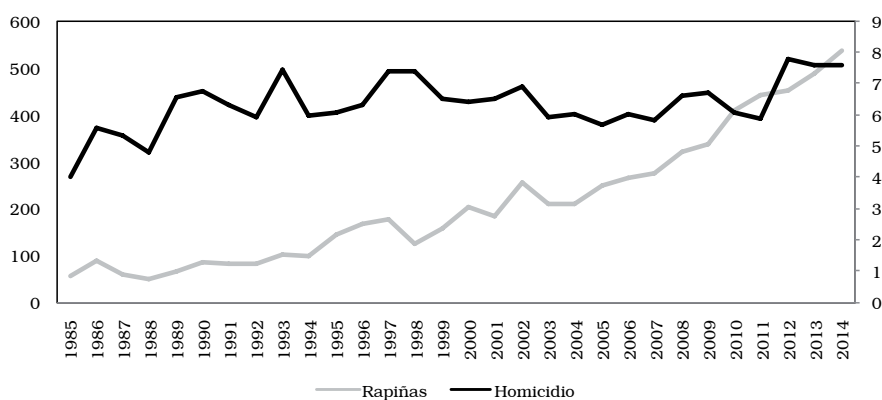
En definitiva, este artículo tiene tres *objetivos*. En primer lugar, reconstruir las políticas penitenciarias de Uruguay entre 1985 y 2014 dando cuenta de: 1) la evolución de indicadores penitenciarios y de contexto, 2) las principales características institucionales y normativas del sistema de justicia criminal, y 3) la implementación de programas y otras iniciativas en la materia. En segundo lugar, analizar si existen elementos suficientes para afirmar que Uruguay experimenta un proceso de reforma penitenciaria desde la creación del INR en 2010, en cuyo caso cabría detallar en qué consiste y cuál es su alcance. Finalmente, identificar los principales desafíos que debe afrontar el sistema penitenciario uruguayo sugiriendo una serie de recomendaciones a tales efectos.

Historia de políticas penitenciarias posdictadura

Indicadores penitenciarios y de contexto

Según datos del Observatorio de Violencia y Criminalidad del MI varias *modalidades criminales* han aumentado en los últimos años. En Uruguay la tasa de homicidios cada 100 mil habitantes pasó de 6,4 a 7,3 entre 2000 y 2014; la de lesiones de 271,4 a 300,7; la de hurtos de 1809,7 a 2927,7 y la tasa de rapiñas creció de 201,6 a 537,3. Por su parte, entre 2005 y 2014 la tasa de violencia doméstica creció de 204,4 a 841 y las violaciones de 7 a 7,6.

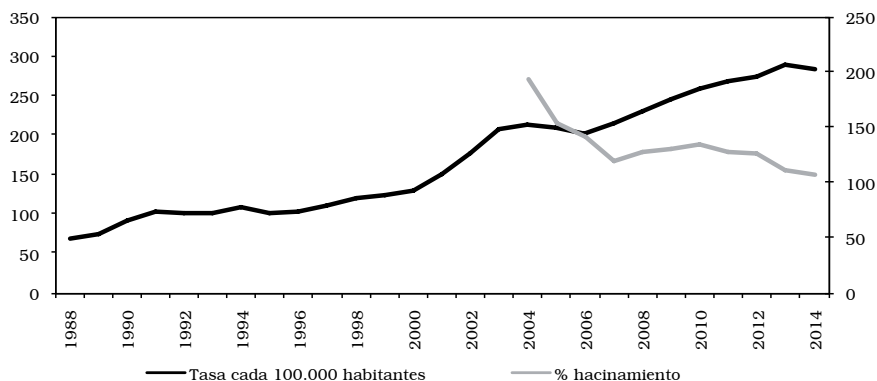
Gráfico 1. Tasa de rapiñas (eje izq.) y de homicidios (eje der.) cada 100.000 habitantes. 1985-2014.



Fuente: Observatorio de Violencia y Criminalidad del Ministerio del Interior

El aumento del delito tuvo cierto correlato en los *indicadores penitenciarios*. La prisonización creció sensiblemente al pasar de 69,8 a 283,7 entre 1988 y 2014, llegando a ser la más alta de Sudamérica. La población carcelaria es de aproximadamente 10.000 personas y está marcada por tres características: se compone de ciudadanos uruguayos (96,5%), mayoritariamente hombres (93,3%), y menores de 35 años (70%). Los delitos de mayor prevalencia entre la PPL son la rapia (36,9%), el hurto (14,8%), y en tercer lugar el homicidio (12,6%). El sistema penitenciario presenta una alta proporción de individuos sin pena definitiva (65%), lo que además de representar en sí mismo un problema se vincula a otros como la congestión carcelaria y la precarización de las condiciones de reclusión.² Asimismo, aproximadamente 6 de cada 10 personas encarceladas son reincidentes, lo que indica ineficacia e ineficiencia en el uso de los recursos públicos.³

Gráfico 2. Personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes (eje izq.) y porcentaje de hacinamiento (eje der.). 1988-2014



Nota: no se disponen datos de hacinamiento antes de 2004.

Fuente: Observatorio de Violencia y Criminalidad del Ministerio del Interior.

El aumento progresivo de las PPL (producto del aumento del delito y de la punitividad penal) y la escasa construcción de nuevas plazas entre 1985 y 2004 produjeron un dramático hacinamiento carcelario que alcanzó la cifra de 190% en el año 2004. Aunque Uruguay logró reducir la sobrepoblación al 120% en 2012, la situación del sistema

2 El hacinamiento cercena el derecho a vivir en adecuadas condiciones de habitabilidad en términos de espacio, ventilación, aislamiento térmico, servicios de higiene y alimentación (Nowak, 2010).

3 Datos brindados por el Instituto Nacional de Rehabilitación a los autores.

no es homogénea y todavía coexisten centros con hacinamiento crítico (superior al 150%) junto a otros con capacidad ociosa.⁴ A pesar de los avances realizados en la materia, el país ocupa el 8.º lugar de Sudamérica y 79.º del mundo en términos de hacinamiento (IPCS, 2015).

Características institucionales y normativas del sistema de justicia criminal

La mayor parte de los *actores del sistema penitenciario* operan en la órbita del Ministerio del Interior. Hasta el año 2010 los grandes establecimientos metropolitanos como COMCAR y Libertad dependían de la DNC, en tanto las cárceles departamentales respondían a sus correspondientes jefaturas de Policía. En prácticamente todos los casos, los centros eran gestionados por personal policial. Una experiencia diferente y destacable en rehabilitación se registra a partir de 2002 con el CNR, un pequeño centro de preegreso que operaba a través de un sistema progresivo de transición a la libertad que surge como parte del Programa de Seguridad Ciudadana para luego integrarse al Ministerio del Interior. Su propósito era rehabilitar a jóvenes primarios de entre 18 y 29 años mediante la implementación de un programa con un componente cognitivo conductual y cierto seguimiento en la comunidad de reingreso. En su momento, el CNR era el único establecimiento del país gestionado por funcionarios civiles, con autonomía técnica y administrativa (Rojido, Trajtenberg y Vigna, 2010 y 2012).

Posteriormente a la experiencia del CNR se crea en 2010 (Ley 18.719) el Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) con el objetivo de unificar el sistema y mejorar su gestión. Si bien se desarrollará específicamente este tema más adelante, cabe señalar que la implantación del INR supuso el ingreso masivo de operadores penitenciarios civiles y la meta de autonomizar, en el mediano plazo, el sistema penitenciario de la fuerza policial.

Otros actores clave del sistema son el INACRI, el PNEL y la Oficina de Supervisión de Libertad Asistida (OSLA). El INACRI cumple una función de centro de observación, diagnóstico y tratamiento, y su trabajo es un insumo relevante para el otorgamiento de las libertades condicional y

4 Las chacras rurales de mínima seguridad constituyen experiencias rehabilitatorias interesantes. Estos establecimientos tienen una cobertura inferior al 4% del total de la PPL, y paradójicamente, presentan capacidad ociosa cuando en otros centros existen elevados niveles de hacinamiento. Esta heterogeneidad de situaciones afecta particularmente a ciertas subpoblaciones. Un caso paradigmático es el de las mujeres. Al ser una población minoritaria dentro del sistema penitenciario (6,7%), en el interior del país las mujeres suelen convivir junto a sus hijos en establecimientos preponderantemente masculinos, dentro de pabellones hacinados y no acondicionados a tales efectos (Comisionado Parlamentario 2007, 2009).

anticipada. Por otra parte, el PNEL tiene el cometido de contribuir a la reinserción social de quienes sufrieron prisión preventiva, cumplieron penas privativas de libertad o se encontraron en régimen de libertad vigilada. También brinda apoyo a los familiares de las PPL. Por último, el OSLA es un organismo recientemente creado para gestionar y supervisar el cumplimiento de penas alternativas y sustitutivas de la privación de libertad.

En Uruguay existen dos formas de *control externo sobre la ejecución de las penas*: el Comisionado Parlamentario y la Defensoría de ejecución penal. Adicionalmente este rol puede ser cumplido, excepcionalmente, por los juzgados letrados de primera instancia (juez de ejecución) en la capital cuando surgen denuncias.

En general hay escaso *seguimiento del egreso de los individuos liberados*; no existen instrumentos claros ni planificación estratégica a tales efectos.⁵ En términos de acompañamiento se destaca la labor del PNEL, el cual no obstante asiste a una pequeña y sesgada proporción de individuos que asiste de forma voluntaria al egresar. En estos casos, suele darse asistencia a través de la provisión de diferentes bienes y servicios aunque sin un enfoque integral y comunitario del reingreso.

En Uruguay se mantiene el *registro de los antecedentes penales*, tanto por parte del Poder Judicial como por parte del Ministerio del Interior. Pasados cinco años de la condena el antecedente es utilizado como agravante para declarar al ofensor como reincidente; y pasados entre 5 y 10 años es utilizado como agravante para declarar al ofensor como habitual. Pasados 10 años de la condena, el antecedente no es utilizado como agravante, pero se mantiene registro. El efecto del registro de antecedentes sobre las posibilidades de reinserción social de las personas suele juzgarse como negativo y estigmatizador. Un ejemplo paradigmático de sus secuelas negativas viene dado por el propio Estado uruguayo, que si bien tiene el cometido de la profilaxis del delito y la reinserción de las PPL, inhabilita el ejercicio de la función pública a quienes poseen antecedentes. Por otra parte, más allá de que luego de diez años el antecedente penal carezca de efectos judiciales, mantiene consecuencias estigmatizadoras a nivel social cada vez que el individuo liberado requiere el certificado de buena conducta.⁶

Uruguay contempla en general la *normativa internacional sobre derechos humanos* y los principios referentes a las PPL. Más allá de que algunas modificaciones legales podrían contribuir a mejorar el sistema de justicia, los principales problemas no se hallan en el marco legal

5 Una experiencia interesante pero puntual se vincula al seguimiento de los liberados por la Ley de Humanización del Sistema Carcelario (n.º 17.897).

6 Este documento, requerido por varias instituciones públicas y privadas, es otorgado por el Ministerio del Interior y certifica la inexistencia de antecedentes penales.

sino en cómo este es interpretado y aplicado en un contexto de carencias infraestructurales, de recursos humanos y financieros (BID, 2008; Nowak, 2010). No obstante, corresponde destacar que el sistema de justicia ha contribuido de diferentes formas a la inflación del sistema penitenciario, incidiendo negativamente sobre las posibilidades de rehabilitación y reinserción de las PPL.

En primer lugar existe un uso generalizado de *la prisión preventiva*, lo que es contrario a la presunción de inocencia, al derecho a la libertad personal y al debido proceso legal, así como uno de los principales motivos de la congestión carcelaria (Camaño, 2008; Comisionado Parlamentario, 2009; Nowak, 2010; Vigna, 2011). Casi dos terceras partes de los individuos privados de libertad (64%) carecen de pena y están a la espera de juicio. Según datos del International Centre of Prison Studies, Uruguay ocupa el 4.º lugar en Sudamérica y 20.º a nivel mundial entre los países con mayor proporción de procesados sobre la población penitenciaria total (IPCS, 2012).

En segundo lugar, otro aspecto clave es el *limitado uso de las penas alternativas a prisión* que en los últimos años no ha superado el 5% de la población penitenciaria y que en 2010 involucró tan solo a 193 personas (un 2% de la población privada de libertad) (OPP-MIDES, 2011). La escasa aplicación de medidas alternativas se debe en parte al carácter excesivamente restrictivo de sus requisitos legales: el procesado debe ser primario, se debe presumir que no cumplirá penitenciaría y debe expresar su consentimiento (Ley 17.726). Adicionalmente, no existen criterios jurídicos claros para asignar, a quienes cumplen con estas características, penas alternativas u otras medidas como la libertad provisional y posterior libertad condicional, o inclusive la suspensión condicional de la pena. Sumado a lo anterior y debido a la poca confianza de los jueces en la efectiva supervisión de la ejecución de penas alternativas,⁷ se suelen sustituir por otras medidas de mayor simplicidad (BID, 2008).

Un tercer elemento a señalar refiere a la también *limitada concesión de libertades anticipadas* en el sistema penitenciario uruguayo. La libertad anticipada es otorgada por la Suprema Corte de Justicia y requiere la solicitud expresa del interno o de su abogado, informes del director del establecimiento (estudio de conducta y de redención de pena), del INACRI (pericias psicológica, social y psiquiátrica), del juez de la causa, y el dictamen del Fiscal de Corte. No obstante, no es habitual el otorgamiento de la libertad anticipada con la mitad de la pena y en general solo suelen ser aprobadas cuando el interno que la solicita

7 La creación de la OSLA en 2010 fue una respuesta del Ministerio del Interior a los reclamos del Poder Judicial para una mejor supervisión de las penas alternativas (Ministerio del Interior, 2011). No obstante, todavía no se constata un cambio significativo en la cantidad de individuos que cumplen este tipo de penas.

posee dos tercios de la pena cumplida⁸. Dado que es difícil obtener una reducción de la condena aun en casos de buena conducta, los incentivos para desarrollar un buen comportamiento durante la privación de libertad son relativamente débiles (ONNUD, 2007).

A pesar de que Uruguay es un país en general respetuoso de la normativa internacional, algunos elementos del sistema de justicia criminal han contribuido a la lesión de derechos individuales y a la sobrepoblación carcelaria. Se espera que esta situación sea revertida próximamente a partir de la implementación del nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Poder Legislativo en 2014 (Ley 19.293).

Implementación de políticas en materia penal y penitenciaria

En este apartado se detallan las principales políticas en materia penal y penitenciaria implementadas en Uruguay desde la restauración democrática. El análisis contempla la gestión de los presidentes Sanguinetti (1985-1989), Lacalle (1990-1994), Sanguinetti (1995-1999), Batlle (2000-2004), Vázquez (2005-2009) y Mujica (2010-2014). Constituye un esfuerzo de archivo y sistematización sin precedentes en Uruguay. El objetivo central es recuperar las iniciativas experimentadas, favoreciendo una perspectiva de largo plazo que permita identificar los principales cambios y continuidades en la materia.⁹

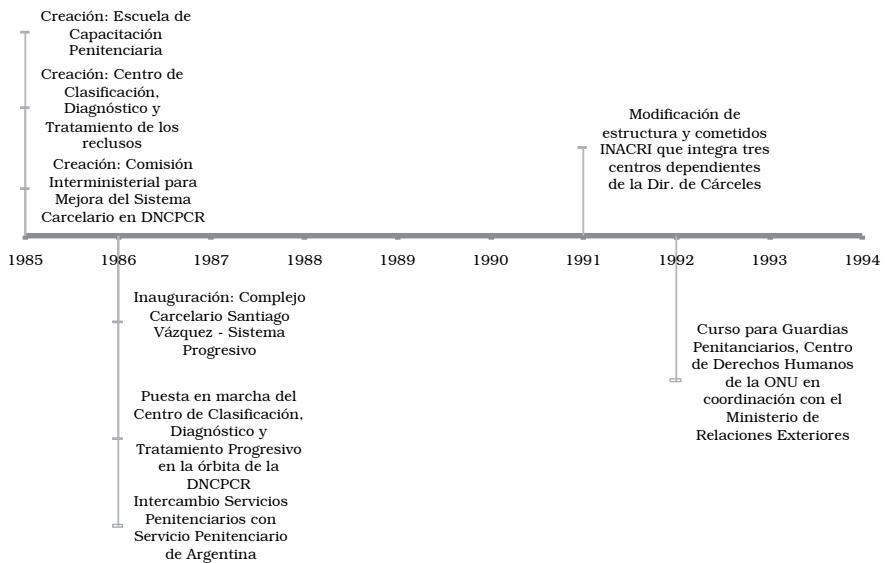
Algunas medidas fueron implementadas entre 1985 y 1994, fundamentalmente en los años inmediatamente posteriores a la dictadura militar. Como ejemplos se pueden destacar la creación de la Escuela de Capacitación Penitenciaria y del Centro de Clasificación, Diagnóstico y Tratamiento de los reclusos. También fue importante la puesta en marcha del Complejo Carcelario Santiago Vázquez, tanto por la capacidad locativa de este establecimiento como por su propósito transformador.¹⁰

8 De hecho, cuando los internos han cumplido dos terceras partes de la pena, la Suprema Corte de Justicia solo puede negar la libertad anticipada en casos en los cuales existen signos muy visibles de no rehabilitación del solicitante (BID, 2008).

9 El concepto «políticas» es entendido en un sentido amplio, incluyendo iniciativas como: a) cambios institucionales, b) medidas, proyectos y programas, c) cambios normativos (leyes, reglamentos, etcétera). Por supuesto, también existen casos en los que una «política» combina dos o incluso los tres aspectos indicados. El relevamiento realizado se sustenta en múltiples fuentes: documentos institucionales, literatura académica nacional y entrevistas a informantes calificados.

10 El COMCAR es todavía hoy el mayor establecimiento del país (aproximadamente 1600 plazas) y surge con la aspiración de transformar el sistema penitenciario al constituir un nuevo modelo de progresividad y rehabilitación. Además, la apertura de este centro fue significativa al permitir el traslado de los reclusos que cumplían sus condenas en el Establecimiento de Detención de Miguelete y el correccional de Punta Carretas.

Gráfico 3. Políticas penales y penitenciarias de los gobiernos de Sanguinetti y Lacalle: 1985-1994



Elaboración propia en base a informes anuales del Ministerio del Interior, actas parlamentarias y entrevistas a informantes calificados.

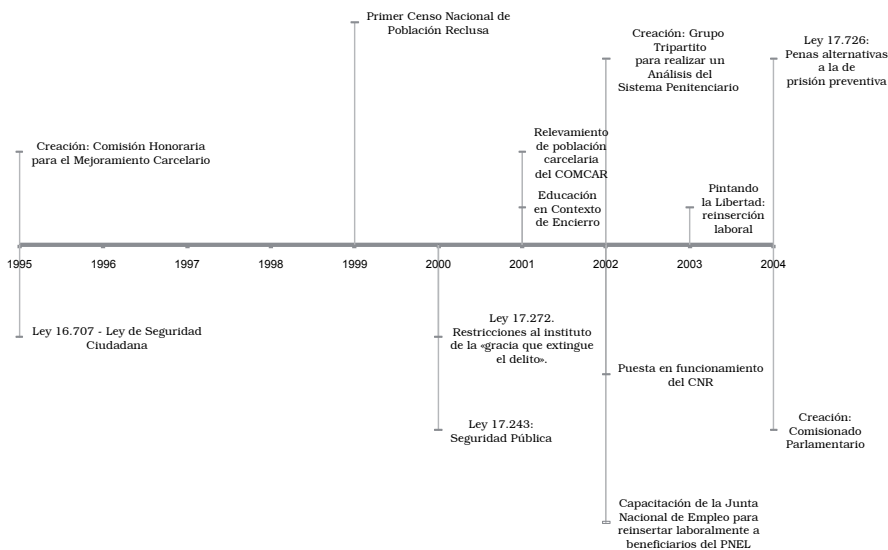
En el período 1995-2004 pueden identificarse algunos cambios legislativos que representan hitos en el sistema de justicia criminal de Uruguay. Los cambios legales de corte punitivo de 1995 (Ley 16.707)¹¹ y 2000 (Ley 17.243) implicaron la generación de nuevas figuras delictivas y el incremento de la severidad de las penas, estableciendo limitaciones a las posibilidades de discrecionalidad de los magistrados. Ello favoreció una imprevista inflación de la población carcelaria, que terminó provocando el colapso del sistema penitenciario (Rodríguez, 2007).

En una línea diferente, otras medidas a destacar en el período son la realización del Primer Censo Nacional de Población Reclusa en 1999,

11 Ley aprobada posteriormente a un acuerdo de todos los partidos políticos y que incluye: a) abreviación del proceso penal; b) reforma del Código Penal; c) modificación del Código del Niño; d) mejoramiento de las normas carcelarias; e) mejoramiento de las normas sobre policía; f) legislación sobre alcoholes e inhalantes; g) legislación sobre sustancias que producen dependencia psicológica; h) apoyo a las víctimas; i) empresas privadas de seguridad; j) educación y la información; k) delitos y faltas ambientales. Lo fundamental del articulado se orienta a crear nuevas figuras delictivas o agravar las penas para otras ya existentes. Uno de los delitos creados es el de violencia doméstica. Incluye la facultad de los jueces penales de «internar» adolescentes mayores de 16 años en cárceles para adultos.

la creación del Centro Nacional de Rehabilitación¹² en 2002, y la creación del Comisionado Parlamentario, mecanismo fundamental de monitoreo externo del sistema penitenciario.¹³

Gráfico 4. Políticas penales y penitenciarias de los gobiernos de Sanguinetti y Batlle: 1995-2004



Elaboración propia en base a informes anuales del Ministerio del Interior, actas parlamentarias y entrevistas a informantes calificados.

Con la llegada de la izquierda al gobierno nacional comienzan a vislumbrarse señales de cambio a nivel legislativo. Un elemento relevante fue la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Penitenciario (n.º 17.897) en 2005, luego de que el presidente Tabaré Vázquez declarara la «emergencia humanitaria de todos los centros penitenciarios del país». Esta ley estableció: a) un régimen excepcional de libertad provisional y anticipada, fortaleciendo el rol institucional del PNEL para su seguimiento; b) modificaciones en el Código del Proceso Penal y a la Ley de Seguridad Ciudadana de 1995, eliminando algunas figuras delictivas o reduciendo penas; c) ampliación de la capacidad de la magistrado para derivar a arresto domiciliario a penados con ciertas características;¹⁴ d) ajuste del régimen de libertad anticipada a los 2/3 de la condena la

12 Iniciativa piloto que como fuera mencionado constituyó un antecedente clave para la construcción del Instituto Nacional de Rehabilitación.

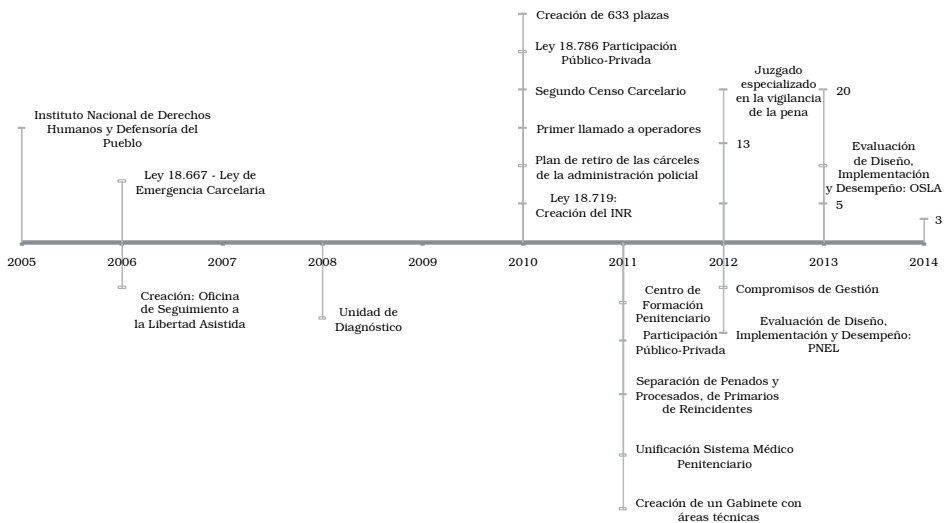
13 El Comisionado tiene la función de prestar asesoramiento al Poder Legislativo en torno al cumplimiento de la normativa nacional e internacional referida a las PPL, y monitorear y supervisar a los organismos encargados de administrar los centros de reclusión.

14 El penado debía ser mayor de 70 años, estar gravemente enfermo, estar embarazada o en periodo de lactancia.

cual solo podía ser negada en caso de observarse claros signos de no rehabilitación; e) obligatoriedad de que las obras públicas incluyan 5% de la población liberada del PNEL entre su personal contratado; y f) la reedención de Pena por Trabajo y Estudio.¹⁵ Posteriormente, otros cambios significativos fueron la promulgación de la Ley de Emergencia Carcelaria (n.º 18.667) en 2010, que implicó una inversión presupuestal extraordinaria en materia edilicia, equipamientos y recursos humanos;¹⁶ la Ley de participación Público-Privada (n.º 18.786) en 2011, que permite la realización de contratos para la provisión de servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos cuando se trate de cárceles; y la creación del Instituto Nacional de Rehabilitación (Ley 18.719).

Otras medidas a resaltar fueron la realización del Segundo Censo Carcelario, la creación de la Oficina de Seguimiento a la Libertad Asistida (2010), del Centro de Formación Penitenciaria (2011) y de los juzgados especializados en la vigilancia de la pena (2013). Si bien excede el ámbito penitenciario, también se debe mencionar la creación del Instituto de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo como un aspecto relevante del período.

Gráfico 5. Políticas penales y penitenciarias de los gobiernos de Vázquez y Mujica: 2005-2014



Elaboración propia en base a informes anuales del Ministerio del Interior, actas parlamentarias y entrevistas a informantes calificados.

15 La redención de pena por estudio y trabajo es concedida por el juez de la causa, redimiendo un día de prisión por cada seis horas de estudio o dos jornadas de ocho horas de trabajo tanto en privación de libertad como en salidas transitorias (Ley 17.897).

16 Para acceder a datos presupuestales sobre el tema, visite el Observatorio Uruguay de políticas públicas: <<http://www.agev.opp.gub.uobservatorio/servlet/maininicio>>.

¿Existe una reforma penitenciaria a partir de 2010?

En 2009, el informe del relator de las Naciones Unidas Manfred Nowak evidenció la violación de derechos humanos por parte del Estado uruguayo y marcó un punto de inflexión para el sistema penitenciario. Si bien existían otras denuncias a nivel local, este informe tuvo un importante impacto político y dejó al país en una situación incómoda en el plano internacional. Producto de ello el gobierno convocó a la oposición e instaló un ámbito de discusión sobre seguridad pública que propicia la sanción de la Ley de Emergencia Carcelaria y una revisión profunda del sistema penitenciario nacional (Comisión Interpartidaria de Seguridad Pública, 2011).

Desde el año 2010 el INR es la institución rectora de la política penitenciaria nacional y tiene por función fomentar la rehabilitación, el tratamiento individualizado y el retorno a la sociedad de los individuos privados de libertad. Opera en torno a tres ejes: seguridad, tratamiento y gestión. Sus principales líneas de acción son: a) garantizar los derechos y la dignidad en el trato del Estado a las PPL; b) eliminar el hacinamiento carcelario y mejorar la calidad de vida de las PPL;¹⁷ c) clasificar y tratar de forma integral a las PPL; d) reducir los niveles de violencia y conflictividad intracarcelaria; e) brindar contención y apoyo al liberado en su retorno a la sociedad; f) atender de manera particular las necesidades de las mujeres privadas de libertad; g) combatir la corrupción y el tráfico de influencias; h) brindar capacitación y seguridad laboral a los operadores penitenciarios; i) unificar el modelo institucional e implementar un sistema de gestión a partir de la normativa de derechos humanos; y j) sustituir la administración policial por una administración civil especializada.

¿Cómo debe comprenderse esta iniciativa a la luz de las políticas implementadas en los últimos treinta años? Sin dudas, como el mayor esfuerzo de reforma penitenciaria. Para analizar sus resultados e impactos se requerirá de mayor perspectiva temporal y adecuadas prácticas de evaluación.¹⁸ No obstante, varios cambios sustantivos pueden vislumbrarse.

17 A partir de 2009 se inicia una fuerte inversión presupuestaria en la generación de nuevas plazas. Esto involucró, por ejemplo, la construcción de un nuevo módulo en el Penal de Libertad, el módulo 7, 8 y 9 de COMCAR, el Centro de Rivera, el Centro de Maldonado, Campanero, el Molino, el Centro Punta Rieles y algunos pabellones en chacras rurales (Ministerio del Interior, 2011).

18 El impacto de una reforma penitenciaria no puede estimarse de forma inmediata, y supone además, temporalidades diferentes según la dimensión que se considere. Por ejemplo, la tasa de hacinamiento puede reducirse de manera más o menos rápida a través de la construcción de nuevas plazas, pero la rehabilitación o disminución de los porcentajes de reincidencia entre la PPL implican procesos de mediano y largo plazo.

A *nivel institucional* la creación del INR ha implicado al menos tres aspectos fundamentales: 1) priorizar presupuestalmente al sistema penitenciario; 2) unificar su organización y mejorar su gestión; y 3) sustituir progresivamente personal policial por operadores civiles, profesionales y técnicos.¹⁹ Asimismo debe destacarse 4) el fortalecimiento del INACRI para clasificar y asignar a las PPL; 5) la creación de la Oficina de Supervisión de Libertad Asistida (OSLA) para ofrecerle al Poder Judicial mayores garantías de supervisión a los procesamientos sin prisión; 6) el encargo al Ministerio de Defensa Nacional (MDN) de la seguridad perimetral y del control de ingreso para la contención y el combate a la corrupción; y 7) el fortalecimiento del PNEL para fomentar el trabajo en las cárceles como dimensión clave del tratamiento rehabilitatorio²⁰ (Ministerio del Interior, 2011).

También ha mejorado la *coordinación con otros organismos públicos*. En materia de educación existe articulación con el Consejo de Educación Inicial y Primaria (CODICEN), la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), la Universidad del Trabajo del Uruguay (UTU), y el Ministerio de Educación y Cultura (MEC) sobre todo en lo referente a educación no formal, habiéndose ampliado la disponibilidad de aulas, maestros y profesores en los distintos centros de reclusión del país (CAECU, 2010). En materia de salud, se ha logrado un acuerdo con el Ministerio de Salud Pública para la atención de las PPL mediante la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) en tres áreas: medicina general, salud mental y bucal.²¹ Existe también coordinación con la Dirección Nacional de Empleo (DINAE) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y con el Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional (INEFOP) para la realización de proyectos de capacitación laboral en los centros de reclusión (CINTERFOR-INR, 2011). Adicionalmente el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) a tra-

19 Además de contradecir recomendaciones internacionales, en Uruguay parte del personal policial carece de competencias para realizar labores de rehabilitación. Dadas las pésimas condiciones de trabajo, la derivación a una unidad penitenciaria opera a veces como mecanismo de sanción al interior de la fuerza policial (Comisionado Parlamentario, 2009; Nowak, 2010). Junto al INR se habilitó el escalafón «S» creado por la Ley 15.951, estableciendo 1500 cargos para operadores penitenciarios y previendo una sustitución progresiva de cargos policiales por civiles especializados.

20 Hasta el año 2010 el PNEL ocupaba un rol marginal en las políticas penitenciarias. Históricamente fue una organización de base filantrópica, de recursos escasos y sujetos a donaciones del sector privado. Recientemente el PNEL inició un proceso de transformación y fortalecimiento que todavía se halla en curso. Logró mayores niveles de autonomía, nuevas finalidades, y una estructura organizacional más ágil. Al mismo tiempo también obtuvo el reconocimiento de otros actores del sistema penitenciario, se integró al INR, pasó a ser responsable de la Oficina de Registro y Cómputo de Redención de Pena por Trabajo y Estudio, duplicó su presupuesto, incorporó técnicos y profesionalizó su gestión (AGEV-OPP, 2012; Ciapessoni *et al.*, 2015).

21 Mediante cooperación de la Unión Europea también se prevé construir un hospital penitenciario para intervenciones quirúrgicas (Ministerio del Interior, 2011).

vés del programa «Uruguay Integra» se ha involucrado en proyectos de capacitación en varias cárceles del país (MIDES, 2012). Específicamente en materia de pregreso y egreso, el PNEL ha desarrollado vínculos con la Dirección Nacional de Identificación Civil (DNIC) para facilitar documentación legal; el Instituto Nacional de Alimentación (INDA) para la obtención de canastas de alimentación; el MSP para la obtención de prestaciones de salud; la Intendencia de Montevideo (IM) y el Ministerio de Vivienda (MVOTMA) para resolver los problemas habitacionales de la población liberada; así como convenios para la inserción laboral de liberados con algunas intendencias municipales y otros entes públicos (OSE, ANTEL, AFE, MIDES). Adicionalmente, también hay un convenio con el MTSS-DINAE para fiscalizar el artículo 14 de la ley de Humanización de Cárceles que exige que toda obra pública incluya un 5% de personal liberado de la Bolsa de Trabajo del PNEL para tareas de peones o similares (AGEV-OPP, 2012).

Estas modificaciones institucionales tuvieron derivaciones sobre la *gestión penitenciaria*. Desde 2005 se ha avanzado en la construcción de 5400 plazas para combatir el hacinamiento carcelario y adecuar las condiciones de habitabilidad; se ha mejorado la clasificación de las PPL al separar primarios y reincidentes así como a procesados y penados;²² se ha aumentado la oferta de servicios (salud, educación, trabajo, etcétera) carcelarios. A nivel de pregreso empiezan a vislumbrarse transformaciones desde el PNEL:²³ la estrategia pasiva (desde la demanda) de esperar a los liberados y sus familias en la sede parece transformarse en una estrategia más activa (desde la oferta) de trabajo que comienza dentro de los establecimientos de reclusión (AGEV-OPP, 2012). La transparencia del sistema también fue mejorada a través de nuevos canales de comunicación como el sitio web del INR.²⁴ Los cambios recientes han sido acompañados de nuevos esfuerzos por producir *información y conocimiento* sobre la realidad carcelaria. Dos iniciativas se destacan en este sentido: el Censo de Funcionarios del Ministerio del Interior del año 2007 (Ministerio del Interior-DS, FCS, Udelar, 2008; Ministerio del Interior, 2007) y el Censo Nacional de Población Reclusa

22 La exigencia de clasificar a los privados de libertad según categorías, como procesados y penados, no se ha cumplido habitualmente en Uruguay. Los criterios de clasificación más implementados suelen ser los de seguridad, sexo y peligrosidad. La separación por sexo se cumple en la zona metropolitana, pero en el interior del país hombres y mujeres conviven en un mismo centro, aunque en pabellones separados. Adicionalmente, existe un criterio de clasificación informal según nivel socioeconómico: Cárcel Central cuenta con condiciones muy superiores a la media y alberga mayoritariamente internos de nivel socioeconómico alto.

23 La dimensión pospenitenciaria ha sido uno de los aspectos más débiles de un sistema penitenciario fragmentado y dependiente de la autoridad policial (AGEV-OPP, 2012). Desde las autoridades del INR parece reconocerse que el pregreso y el egreso constituyen aspectos clave para la disminución de la reincidencia.

24 Véase: <<https://inr.minterior.gub.uy/>>.

del 2010 (Ministerio del Interior-DS, FCS, Udelar, 2010; Memoria del Ministerio del Interior, 2010). Si bien las evaluaciones externas no han sido una práctica frecuente, en los últimos años también se constata una creciente presencia de trabajos. Entre ellos: la participación de la Universidad de la República (Udelar) en la evaluación del CNR y en el monitoreo de las condiciones de reclusión de algunos centros penales (Rojido, Pucci, Trajtenberg y Vigna, 2009; Folle, 2009); el informe de la misión ONNUD en colaboración al proceso de reforma carcelaria (ONNUD, 2007); el informe de apoyo a la seguridad ciudadana y al sistema carcelario del BID (BID, 2008), el informe del relator especial de Naciones Unidas (Nowak, 2010), las evaluaciones sobre el diseño e implementación del PNEL, INACRI y OSLA (AGEV-OPP, 2012 y 2013), y la participación de la Udelar en la reformulación de los procesos de producción y gestión de la información del PNEL (Ciapessoni *et al.*, 2015). A lo señalado pueden agregarse algunos informes de monitoreo desde la sociedad civil (por ejemplo, los informes de SERPAJ) y los del Comisionado Parlamentario. Por último, cabe mencionar un interesante estudio que demuestra que la reincidencia durante las primeras 24 horas de liberación puede ser sensiblemente reducida al incrementar el dinero otorgado al egreso de 30 a 100 pesos (Munyo y Rossi, 2014). No obstante, a pesar de los avances señalados no existen antecedentes de evaluaciones de impacto en materia penitenciaria.

Más allá de los aspectos mencionados cabe examinar el nivel más específico de la oferta de *programas de tratamiento* rehabilitatorio y de reintegración social. Un programa puede definirse como un conjunto de acciones coherentes, intencionadas, estructuradas bajo un sentido, objetivos y metodología que busca dar respuesta o solución a un problema identificado (Valderrama, 2007). Si consideramos que los programas deben contar al menos con cierto grado de formalización, es decir, con objetivos, diseño y metodología de intervención documentada, la oferta programática de Uruguay resulta francamente escasa e insuficiente. En los últimos años, el único programa con un modelo relativamente claro de rehabilitación ha sido la del CNR, experiencia «piloto» que funcionó entre los años 2002 y 2011.²⁵ Sin embargo, actualmente se desarrollan algunas iniciativas prometedoras.

Como casos orientados a la *rehabilitación* pueden destacarse el Centro de Rehabilitación Campanero (departamento de Lavalleja) y el Establecimiento Piedra de los Indios (departamento de Colonia). Ambas unidades penitenciarias son rurales, semiabiertas y en ellas trabajan

25 Por su origen como proyecto financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el CNR era un programa consolidado desde el punto de vista de su diseño y metodología. A partir del año 2011 el CNR se disuelve como experiencia piloto, y pasa a formar parte del INR. El edificio en que operaba el CNR es hoy el Centro Metropolitano de Rehabilitación Femenina, donde son tratadas parcialmente con el modelo original casi 200 mujeres.

hombres y mujeres en condiciones de mínima seguridad (Ministerio del Interior, 2011). También es interesante el Centro Tacuabé (departamento de Salto), una experiencia innovadora de chacra en la que participan reclusos en situación de pregreso, junto a sus familias en clave de comunidad. Si bien no existen evaluaciones rigurosas, este tipo de establecimientos suele ser valorado muy positivamente por autoridades, técnicos e informantes calificados del sistema penitenciario.²⁶

Otras iniciativas no están restringidas a ciertos establecimientos sino que buscan abarcar el sistema penitenciario en su conjunto. Un ejemplo en este sentido es el del programa de Educación en Contextos de Encierro (ECE) que funciona desde el año 2001 y es desarrollado por el Consejo de Educación Secundaria. Su objetivo es contribuir a la rehabilitación satisfaciendo el derecho a la educación, recuperar la ciudadanía y promover la autoestima de las PPL. Participan de ECE las personas que estén en condiciones de cursar educación secundaria y deseen hacerlo.²⁷

En materia de *reintegración social*, el PNEL es un actor clave y opera en todo el territorio nacional. Su finalidad es contribuir a mejorar la calidad de vida de la PPL y liberadas, facilitando su inserción social positiva. Se distinguen dos componentes de su intervención: 1) asistencia a liberados y familiares para ejercer sus derechos al trabajo, estudio, acceso a bienes culturales, deporte y recreación;²⁸ 2) asistencia a la PPL para ejercer sus derechos al trabajo, estudio, acceso a bienes culturales, deporte y recreación.²⁹ Se estima que la cobertura real de la intervención solo llega al 17% de los hogares como máximo (AGEV-OPP, 2012). Adicionalmente, el PNEL está fortaleciendo sus servicios a encarcelados, fomentando el trabajo, la educación, la cultura y recreación. En este sentido, la coordinación de acciones con el MIDES en el marco de «Uruguay Integra» ha facilitado un conjunto de proyectos socioeducativos que busca generar vínculos, habilidades y herramientas que fomenten la inclusión e integración social de las PPL (MIDES, 2012).

Como se ha señalado, las transformaciones ocurridas durante los últimos años han sido varias en el sistema penitenciario nacional, la ma-

26 Por ejemplo, el Comisionado Parlamentario señala que si bien la incidencia de estas experiencias en la población penitenciaria total es baja, es uno de los rasgos más avanzados de nuestro sistema carcelario (Comisionado Parlamentario, 2009).

27 Complementando este programa, la ANEP tiene escuelas en prácticamente todas las unidades penales del país. En contraste, la oferta de educación técnica es muy insuficiente.

28 Esto incluye: a) apoyo básico (ropa, alimentos, etcétera), especialmente en el momento de la puesta en libertad; b) asistencia técnica en las áreas jurídica y psicológica; c) promoción de la capacitación y la inserción laboral (bolsas de trabajo); y d) apoyo para lograr soluciones habitacionales.

29 Hay también subcomponentes destinados a la asignación y administración de peculios, y al seguimiento y supervisión de las redenciones de pena. Recientemente, el PNEL también asumió la coordinación de salidas transitorias laborales con diversos organismos públicos (Sistema Nacional de Emergencia, OSE, AFE, etcétera).

yoría de las cuales se asocian a la creación o implementación del INR. El próximo apartado retoma estas consideraciones buscando responder a una pregunta específica: ¿qué oportunidades y desafíos cabe considerar para sostener y profundizar el proceso de reforma penitenciaria?

Hacia una política penitenciaria: desafíos y recomendaciones

Previo a realizar recomendaciones de cara al futuro, conviene hacer un balance del estado de las instituciones penitenciarias: ¿qué cambios positivos hemos logrado en los últimos treinta años? ¿Qué aspectos negativos persisten? ¿Qué oportunidades pueden vislumbrarse en el corto y mediano plazo? ¿Qué amenazas podrían comprometer o generar retrocesos en la mejora de nuestras instituciones penitenciarias?

Uno de las primeras *fortalezas* a reconocer en el caso de Uruguay es una normativa relativamente acorde a las convenciones internacionales. Un segundo logro fundamental es la unificación organizacional del sistema penitenciario, si bien se trata un proceso todavía en curso. Un tercer cambio relevante en materia de recursos humanos es la sustitución progresiva de personal policial por operadores civiles con formación penitenciaria específica, que trabajan orientados por guías, protocolos y manuales de gestión penitenciaria. En cuarto lugar, en la última década se realizó una inversión sin precedentes para mejorar la infraestructura y aumentar la cantidad de plazas penitenciarias; tanto a través de la refacción como de la construcción de establecimientos. Este aspecto fue clave para la reducción del hacinamiento evidenciada desde el año 2004. En quinto lugar, recientemente se han desarrollado iniciativas y programas interesantes, atendiendo tanto el tiempo de reclusión como el momento del reingreso. Un sexto aspecto, y ligado al punto anterior, es que las instituciones penitenciarias han tendido a desarrollar una mayor articulación con otros organismos públicos a los efectos de lograr mayor eficacia en la provisión de servicios. Un séptimo elemento a considerar es el legado del CNR, programa que constituyó un hito en las políticas de rehabilitación de Uruguay y ofició como referencia para la consolidación del INR.³⁰ En octavo lugar, se creó el OSLA como órgano específico para gestionar medidas no privativas de libertad. En noveno lugar, se ha fortalecido la institucionalidad del PNEL enfatizando la importancia de ámbitos distintos al estrictamente prisional, considerando el papel de las familias y la comunidad. Finalmente, un aspecto clave de los últimos años fue el incremento de estudios, consultorías y misiones internacionales que ayudaron identificar y conocer los problemas del sistema penitenciario nacional.

30 De hecho, varios de los recursos humanos y técnicos del INR fueron partícipes de la experiencia del CNR.

No obstante, reconocer logros o fortalezas del sistema penitenciario no implica omitir las *debilidades*. En este sentido, los indicadores continúan evidenciando una situación carcelaria problemática en lo que se refiere a los niveles de prisonización, aunque tampoco se ha resuelto cabalmente la situación de hacinamiento. Un segundo problema conectado con el anterior es que el ejercicio de los derechos humanos no es homogéneo al interior del sistema, y algunos establecimientos muestran situaciones críticas que quedan invisibilizadas en los promedios nacionales reportados por las autoridades. Un tercer problema es que el sistema penitenciario todavía posee una limitada capacidad para diagnosticar, clasificar y ofrecer servicios programáticos, en particular en lo concerniente a poblaciones con enfermedades psiquiátricas o con uso problemático de drogas. En cuarto lugar y pese a los avances logrados, la perspectiva custodial todavía prevalece sobre otro tipo de paradigmas y prácticas penitenciarias. En este sentido, se observa un excesivo uso de la prisión preventiva, al tiempo que los programas de reingreso son débiles e incipientes. También se constata una escasa utilización de penas alternativas a la privación de libertad y de salidas transitorias. Un quinto problema a destacar es la débil articulación entre el sistema penitenciario adulto y el Sistema de Reponsabilidad Penal Adolescente (SIRPA). En sexto lugar, la Defensoría Pública posee una cobertura y calidad insuficientes, lo que afecta especialmente a las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad social. Finalmente, la comunicación de las instituciones penitenciarias con la ciudadanía debe mejorar sustancialmente, en términos de transparencia, rendición de cuentas y reporte de logros institucionales.

Más allá de los problemas que el sistema penitenciario aún no ha logrado resolver eficazmente, existen *oportunidades* o condiciones que auguran mejoras en el futuro cercano. Un primer aspecto es que el tema penitenciario ha sido reconocido como una prioridad política y presupuestal en la agenda gubernamental. En el mismo sentido, existe cierto consenso entre los partidos sobre la necesidad de desarrollar una política de seguridad con enfoque de derechos humanos. En segundo lugar, varios organismos internacionales están disponiendo fondos y créditos para el fortalecimiento de los sistemas de justicia criminal en América Latina, una de las regiones más violentas del mundo. En tercer lugar, el ámbito penitenciario está siendo progresivamente considerado por otros organismos de gobierno (por ejemplo MIDES, ANEP, MSP, etcétera) y la esfera académica, que ha incrementado la cantidad de investigaciones empíricas sobre la temática (Rojido, Trajtenberg y Vigna, 2015). Un cuarto aspecto a marcar es que se han comenzado a incorporar las lecciones internacionales sobre qué iniciativas funcionan, cuáles no, y cuáles resultan promisorias (Sherman *et al.*, 1997). En quinto lugar, el comisionado parlamentario se ha consolidado como institución de monitoreo y contralor penitenciario. Finalmente, el ape-

go del país a la normativa internacional y la aprobación del nuevo Código Procesal Penal (Ley 19.293) representan aspectos promisorios para la mejora del sistema penitenciario.

Finalmente, también se vislumbran *amenazas* que podrían afectar el desarrollo futuro del sistema penitenciario nacional. Un primer problema es el cambio de contexto macroeconómico y las señales de alarma en torno a una desaceleración del crecimiento del país para los próximos años. Estas nuevas condiciones podrían afectar decisivamente los niveles de cooperación internacional y la capacidad de inversión pública en las instituciones penitenciarias. Un segundo aspecto que no puede ser ignorado es la alta punitividad de la opinión pública, lo que podría ser un freno para futuros esfuerzos asociados a tratamientos de rehabilitación e intervenciones fuera del ámbito prisional. Asimismo, dicha corriente de opinión podría encontrar eco en algunos sectores políticos conservadores que estén dispuestos a desalinearse de los acuerdos interpartidarios alcanzados en materia de seguridad. Finalmente, el crecimiento sostenido del delito y en particular de sus variantes más violentas aparecen como un componente de presión para el funcionamiento de las instituciones penitenciarias y para la toma de decisiones políticas.

En vista de este balance de fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas: ¿hacia dónde deben avanzar las instituciones penitenciarias de Uruguay? A partir de este diagnóstico y desde la perspectiva de realismo crítico (Matthews, 2014), se proponen cinco áreas que debería atender la reforma penitenciaria (Trajtenberg, 2012).

Un primer punto clave es la disminución de los altos niveles de población penitenciaria de Uruguay. Para ello debería maximizarse el uso de medidas alternativas a prisión, de penas intermedias e intermitentes. Los argumentos contrarios a disminuir la población penitenciaria tanto desde la perspectiva de la disuasión como de la incapacitación han mostrado limitaciones conceptuales y metodológicas, e incluso han demostrado ser costosas además de ineficaces. Existe un amplio potencial de variantes a experimentar institucionalmente y evaluar su eficacia diferencial según tipos de poblaciones en estrategias tanto *front door* es decir sanciones alternativas a la prisión (por ejemplo, penas comunitarias o monitoreo electrónico), como *back door* es decir, sanciones intermedias (como salidas anticipadas), y en ambos casos pueden incluirse sesiones de tratamiento y rehabilitación (por ejemplo, para el consumo problemático de drogas, o para problemas de autocontrol y comportamiento violento). Si bien la evidencia empírica no es concluyente, varios estudios muestran que estas penas no custodiales en muchos casos logran mejores resultados que las penas custodiales. Por ello un desafío en este sentido es desarrollar un conjunto amplio y variado de alternativas a la privación de libertad, con suficientes recursos para que sean adecuadamente implementadas, gestionadas y evaluadas.

Una segunda área de reforma es la defensa de los derechos humanos, la seguridad interna y el trato justo hacia los individuos privados de libertad. En este sentido, existe una retroalimentación con el primer aspecto, ya que una adecuada implementación de alternativas a la privación de libertad favorece la reducción de la sobrepoblación carcelaria que compromete las posibilidades de uso productivo del tiempo de los presos, aumenta el tiempo ocioso en las celdas, estimula y amplifica el desorden y la violencia, y afecta las estrategias de gestión de la seguridad interna de las prisiones. La construcción de nuevas cárceles y la remodelación de viejos establecimientos es otro elemento relevante de la agenda. Pero no en forma aislada o como única prioridad, sino complementada con un mayor énfasis en la gestión de la seguridad, un fomento de los pequeños establecimientos y una progresiva eliminación de los grandes establecimientos, lo que resulta clave a los efectos de facilitar la gestión, fortalecer los vínculos entre actores, monitorear y prevenir focos de conflicto y atender la situación de grupos vulnerables. En este sentido, es fundamental el énfasis en el tipo de gestión que los establecimientos desarrollen. La prevención de la violencia en las prisiones que se focaliza exclusivamente en la seguridad física y en el control frente a las amenazas más visibles e inmediatas no solo es ineficaz sino que es contraproducente y retroalimenta la violencia institucional. El régimen penitenciario debe orientarse a la autogestión y responsabilidad de los internos y al fortalecimiento de la legitimidad del personal penitenciario, logrando un balance adecuado entre control y procedimientos disciplinarios, y el trato justo y la comunicación con los internos.

Una tercera área de reforma es el desarrollo de programas de tratamiento y de condiciones adecuadas para su implementación. La evidencia empírica de las últimas décadas ha logrado revertir el escepticismo y descrédito en los esfuerzos de rehabilitación y tratamiento que surgió en los años setenta y ochenta. La posibilidad de comparar en forma sistemática diferentes programas mediante técnicas metaanalíticas permitió dar un salto adelante en el desarrollo de la agenda de lo que funciona, y de los principios del tratamiento eficaz de la mano de autores como Andrews, Bonta, McGuire, Gendreau, o Hollin. En la actualidad se sabe que el tipo y carácter de programa es decisivo para obtener mejores resultados (por ejemplo, las variantes cognitivas y multimodales han demostrado ser las más exitosas); que las dosis de tratamiento deben ser suficientemente intensivas para lograr efectos; que la población objetivo debe ser seleccionada y los programas adaptados a sus necesidades según principios de riesgo estáticos y dinámicos; que es fundamental que exista un adecuado emparejamiento de las características de los ofensores, terapeutas y programas; y que es clave que existan sólidos procesos de gestión de los recursos humanos que involucren el reclutamiento, la formación, el apoyo y la supervi-

sión del personal penitenciario. Un componente central usualmente desatendido se refiere a la implementación. El éxito y la eficacia de los programas de tratamiento depende centralmente de que se lleve a la práctica tal como se preveía originalmente en el diseño. Muchas veces las experiencias fracasan no porque el programa no esté adaptado a las necesidades de la población ofensora, sino a factores más intangibles vinculados a la ausencia de un manual comprensivo o guías claras; problemas en el estilo de gerenciamiento y tipo de liderazgo de la institución penitenciaria; problemas de vínculo y conflicto entre distintos actores del centro penitenciario; problemas en el financiamiento del programa; y debilidades en los procedimientos de monitoreo y evaluación (Rojido, Trajtenberg y Vigna, 2014).

Un cuarto punto lo constituye el desarrollo de políticas de reingreso y estimular que adquieran un rol protagónico en el conjunto de las políticas penitenciarias. La investigación criminológica de autores como Sampson, Laub y Maruna entre otros ha mostrado que buena parte de las razones por las cuales las personas continúan delinquirando o abandonan el delito están localizadas en el contexto social del ofensor cuando este es liberado. Por ende, es fundamental ampliar la idea de rehabilitación al incluir no solo lo que ocurre al interior de los recintos penitenciarios, sino también los procesos de reingreso y el contexto social y comunitario del ofensor. Este enfoque supone algunos cambios importantes en el diseño e implementación de programas penitenciarios. La experiencia al interior del recinto debe incluir no solo el tratamiento pero también fuerte énfasis en la preparación para la libertad, con una visión menos terapéutica y pasiva del individuo. Los cambios programáticos deben estar acompañados por la modificación de los procesos de liberación y revocación de las sentencias, dándose particular atención a los incentivos y las formas discrecionales de liberación. Naturalmente, tiene que haber un vigoroso conjunto de servicios posprisión que consoliden en comunidad los procesos desarrollados inicialmente en prisión. Finalmente, deben reforzarse los mecanismos de colaboración entre los agentes de la institución penitenciaria y la comunidad para promover los mecanismos de control social informal.

Finalmente, la reforma de las instituciones penitenciarias uruguayas debería fomentar los sistemas de evaluación y gestión de la información. Es fundamental el desarrollo de evaluaciones sobre los programas implementados en las instituciones penitenciarias y en la comunidad, de resultados y procesos. Las evaluaciones cuantitativas deben cumplir criterios de calidad (niveles 4 y 5 según escala Maryland, Sherman *et al.*, 1997), contemplar períodos de seguimiento de al menos un año, e incluir medidas oficiales y extraoficiales. Adicionalmente, el complemento de estudios cualitativos es clave para el análisis de problemas de integridad y adaptación de los programas. La inclusión de evaluaciones de costo-eficiencia permitiría generar insumos para evaluar los

recursos públicos que se perderían debido a crímenes no evitados, así como también el costo de oportunidad de inversiones en programas penitenciarios frente a otras inversiones al interior del subsistema de justicia criminal, y en el conjunto de políticas públicas (prestaciones sociales, educación, salud, etcétera). Finalmente, es clave desarrollar un sistema de información penitenciaria con indicadores sobre infraestructura, recursos financieros y humanos, programas, características de las PPL, etcétera. Ello permitirá a cada centro mejorar la gestión, la transparencia, y la evaluación de sus actividades. Y lo que no es menos importante: incentivaría la comparación y experimentación institucional contrastable para desarrollar iniciativas heterogéneas (diferentes soluciones a diferentes problemas) al interior del sistema.

Bibliografía

- Aboal, D.; Campanella, J. y Lanzilotta, B. (2013) «Los costos del crimen en Uruguay», Documento de trabajo del BID-IDB-WP-408, Departamento de Investigación, BID.
- AGEV-OPP (2012) *Evaluación de diseño, implementación y desempeño (DID) de la intervención Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados*, Área de Gestión y Evaluación del Estado, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Montevideo, Uruguay.
- ANEP (2011) *Uruguay Educa*, Portal educativo de Uruguay: <www.uruguayeduca.edu.uy/educacionencontextosdeencierro>.
- Arias, A. y Morales, M. (2011) «Aportes para el diseño de una matriz socioeducativa integral no formal en el sistema carcelario uruguayo», en SERPAJ (2011) *Derechos humanos en el Uruguay. Informe 2011*, Montevideo.
- BID (2008) *Apoyo a la seguridad ciudadana y al sistema carcelario*, Informe preparado para el Ministerio del Interior de Uruguay.
- CAECU (2010) *La educación en cárceles del Uruguay. Balance y Perspectivas*, Comisión de Apoyo a la Educación en Cárceles del Uruguay.
- Camaño, D. (2008) «Prisión Preventiva y estándares internacionales», en Ronzoni, R. (comp.) (2008) *Reforma al Sistema Penal y Carcelario en Uruguay*, Montevideo, CADAL.
- Cardozo, G. (2011) «Cambios estructurales en la asistencia de salud carcelaria», en SERPAJ (2011), *Derechos humanos en el Uruguay. Informe 2011*, Montevideo.
- Ciapessoni, F., Menese, P., Trajtenberg, N., y Vigna, A. (2014) «Políticas de reingreso destinadas a personas privadas de libertad y liberadas», en *El Uruguay desde la sociología XII*, Montevideo, Departamento de Sociología-Facultad de Ciencias Sociales-Universidad de la República.
- CINTERFOR-INR (2011) *Formación de formadores. Un aporte al fortalecimiento de los operadores penitenciarios en el espacio laboral*, Montevideo, CINTERFOR-INR.
- Comisionado Parlamentario (2006) *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario Nacional 2005-2006*, Poder Legislativo, ROU.
- (2007) *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario Nacional*, Poder Legislativo, ROU.
- (2008) *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario Nacional*, Poder Legislativo, ROU.
- (2009) *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario Nacional (avance)*, (enero-junio 2009), Poder Legislativo, ROU.
- Comisión Interpartidaria de Seguridad Pública (2010) *Documento de Consenso*, agosto de 2010.
- Folle, A. (2009) *Informe de Proyecto «Desencerrando-Mujeres privadas de libertad»*, Montevideo, CESEAM 2007-2009.
- Garcé, Á. (2006) Poder Legislativo-Comisionado Parlamentario. *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario 2005-2006*.
- Garcé, Á. (2007) Poder Legislativo-Comisionado Parlamentario. *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario 2007*.

- Garcé, Á. (2008) Poder Legislativo-Comisionado Parlamentario. *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario 2008*.
- (2008) Poder Legislativo-Comisionado Parlamentario. Cárcel departamental de Canelones. *Informe Especial, enero-setiembre 2008*.
- (2009) Poder Legislativo-Comisionado Parlamentario. *Informe de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario 2009*.
- Garibotto, G. (2010) «Cárceles y Drogas en Uruguay», Capítulo Uruguay en *Leyes y Drogas en América Latina*, Transnational Institute, Drugs and Democracy, en <<http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/sistemas-sobrecargados/item/924-leyes-de-drogas-y-carceles-en-uruguay>>.
- González, V., Rojido, E. y Trajtenberg, N. (2012) «Políticas Públicas en Criminalidad e Inseguridad 1985-2010», documento base del Seminario Internacional sobre Políticas Públicas en Criminalidad e Inseguridad, marzo.
- Informe de Comisión honoraria de mejoramiento del sistema carcelario (1996) (Artículo 34 de la ley n.º 16707) Informe de asesoramiento legal. Informe y Memoria Anual de la gestión del Gobierno Nacional-Ministerio del Interior (1985 a 1999) Biblioteca de Presidencia de la República.
- (2000) <<http://archivo.presidencia.gub.uy/mem2000/info/MI.htm>>.
- (2001) <<http://archivo.presidencia.gub.uy/mem2001/info/MI2001.htm>>.
- (2002) <<http://archivo.presidencia.gub.uy/mem2002/minterior.pdf>>.
- (2003) <<http://archivo.presidencia.gub.uy/mem2003/minterior1.pdf>>.
- (2004) <<http://archivo.presidencia.gub.uy/mem2004/MI.pdf>>.
- (2005) <http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/MEM_2005/MI_2005.pdf>.
- (2006) <http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/mem_2006/MI.pdf>.
- (2007) <http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/MEM_2007/MINT.pdf>.
- (2008) <http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/MEM_2008/MI.pdf>.
- (2009) <http://archivo.presidencia.gub.uy/_Web/MEM_2009/MI.pdf>.
- (2010) <https://www.minterior.gub.uy/images/stories/memoria_2010.pdf>.
- (2011) <https://www.minterior.gub.uy/images/stories/m_interior_2011.pdf>.
- (2012) <https://www.minterior.gub.uy/images/stories/memoria_2012.pdf>.
- Informe y Memoria Anual de la gestión del Gobierno Nacional-M. del Interior (2013) <<https://www.minterior.gub.uy/images/stories/memoria2013.pdf>>.

- IPCS (2012) International Centre for Prison Studies, <<http://www.prisonstudies.org>>, (acceso 2 de agosto de 2015).
- (2015) International Centre for Prison Studies, <<http://www.prisonstudies.org>>, (acceso 2 de agosto de 2015).
- Matthews, R. (2014) *Realist Criminology*, Londres, Editorial Macmillan.
- MIDES (2012) *Proyectos para la población privada de libertad*, Programa Uruguay Integra, documento interno, junio, 2012.
- Ministerio del Interior (2011) *Informe sobre buenas prácticas en materia penitenciaria en la República Oriental del Uruguay*, Ministerio del Interior, Asesoría Penitenciaria, Montevideo.
- Ministerio del Interior-DS-FCS-Udelar (2008) *Censo de Funcionarios del Ministerio del Interior*.
- Ministerio del Interior-DS-FCS-Udelar (2010) I Censo Nacional de Reclusos.
- Munyo y Rossi, (2014) «First day recidivism», *Journal of Public Economics*, 124, 81-90.
- Musto, L.; Piazza, E. y Turbán, F. (2008) «Amasar trabajando en libertad. Una experiencia de trabajo cooperativo dentro del sistema carcelario», en *Revista Estudios Cooperativos*, año 13, n.º 1, Unidad de Estudios Cooperativos, Universidad de la República
- Nowak, M. (2009) *Relatoría especial de la ONU sobre la tortura en Uruguay*, acceso en <http://www.crin.org/docs/informe_relator.pdf>.
- (2010) *Informe Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Misión a Uruguay, Naciones Unidas Uruguay.
- ONNUD (2007) *Colaboración con el proceso de reforma carcelaria en el Uruguay, Incluyendo una respuesta al abuso de drogas y al VIH/Sida en las cárceles*, Informe de la Misión de la ONUDD, 17 de mayo de 2007.
- Paternain, R. (1999) «Las víctimas y el sistema carcelario en el Uruguay (aproximación desde la sociología)», en *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 15.
- (coord.) (2008) *Panorama de la violencia, la criminalidad y la inseguridad en Uruguay*, PNUD-Ministerio del Interior.
- PNEL (2012) Página oficial del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. <<http://www.pnel.org.uy/>>.
- Podestá, G. (2011) «Litigio y Cárceles. Una aproximación a la realidad del sistema penitenciario», en SERPAJ (2011), *Derechos humanos en el Uruguay. Informe 2011*, Montevideo.
- Rojido, E.; Trajemberg, N. y Vigna, A. (2010) «Rehabilitación, reingreso y desistimiento en Uruguay: el caso del Centro Nacional de Rehabilitación», en *Revista Ciencias Sociales*, vol. 27, n.º 34, Montevideo, Departamento de Sociología-FCS-Udelar.
- (2014) «La dimensión intangible de la rehabilitación: problemas de integridad programática en el Centro Nacional de Rehabilitación», VIII Jornadas de Investigación, Facultad de Ciencias Sociales, Udelar, 8-9 setiembre, Montevideo.
- Rojido, E.; Pucci, F.; Trajemberg, N. y Vigna, A. (2009) Informe del proyecto de Investigación «Criminalidad y políticas de rehabilitación en Uruguay. El caso del Centro Nacional de Rehabilitación», Montevideo, Sector Productivo-CSIC.

- Rojido, E.; Trajtenberg, N. y Vigna, A. (2015) «Rehabilitación e instituciones penitenciarias. Una revisión de la literatura nacional», en Folle, A. y Vigna, A. (ed.) *Prisiones en Uruguay* (en prensa).
- SERPAJ (2012) *Hacia una política de Estado en privación de libertad*, Montevideo, SERPAJ.
- Sherman, L.; Gottfredson, D.; MacKenzie, D.; Eck, J.; Reuter, P. y Bushway, S. (1997) *Preventing Crime: What works, What does not, What is promising*, Washington DC, National Institute of Justice.
- Trajtenberg, N. (2012) «Como recuperar la esperanza en las políticas penitenciarias: sugerencias desde el realismo crítico», Presentación en el Seminario Internacional sobre Políticas Públicas en Criminalidad e Inseguridad, 21-23 de marzo, Montevideo, Uruguay.
- Uruguay. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC); Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE); Instituto Nacional de Rehabilitación (INR).
- Valderrama, C. (2007) «El difícil paso de programa a política pública». Asesorías para el Desarrollo, Santiago.
- Vigna, A. (2011) «Persistencia y abandono del mundo del delito. Diferencias de género en los procesos de desistimiento», Tesis de Maestría, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República

Parte III

Fortalezas y debilidades en el sistema de medidas sustitutivas a la prisión preventiva

Virginia Ginares Echenique

Introducción

El análisis que se efectuará es esencialmente empírico desde la experiencia recogida como jueza letrada del interior con competencia en materia penal entre los años 2008 y 2014 en los departamentos de Tacuarembó y Colonia. Por lo tanto no pretende alcanzar grado de verdad científica ni agotar los diversos puntos de vista que un tema tan complejo introduce, sino concluir que en la imposición de medidas sustitutivas a la prisión preventiva (en adelante MS) se requiere de coordinaciones múltiples, capacitaciones compartidas y reparto equitativo de las responsabilidades.

Las estadísticas existentes sobre delitos/delincuentes, la sensación de inseguridad, la amplificación de los derechos, el rol de las víctimas, el tamaño del Estado son temas de actualidad ciudadana en los que confluyen necesariamente perspectivas diversas, a veces de difícil compatibilización. Los datos existentes recogen un aumento de la reincidencia, de la delincuencia femenina, de la baja de la franja etaria y el incremento de denuncias de hechos ilícitos con violencia sobre las personas.¹ La población *siente* inseguridad o, peor aún, la *vive*; en cualquier caso constituye una vulneración de derechos. No puede perderse de vista que mientras dura el proceso penal de conocimiento, esto es, hasta la existencia de una sentencia definitiva de condena, el procesado es constitucionalmente inocente.²

Por su parte, la víctima no es contemplada por el sistema penal uruguayo. Se la requiere como denunciante o como elemento de prueba

1 Véase datos del Observatorio Nacional sobre Violencia y Criminalidad en el Uruguay a cargo del Ministerio del Interior.

2 Artículos 7, 12, 18, 72 y concordantes de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997.

pero no se atiende su particular interés en el proceso, máxime considerando que en muchos sitios del país la proximidad vecinal y la baja densidad demográfica explican vínculos cercanos entre aquella y su agresor. Todas las personas tienen derecho a una vida libre de violencia, lo que exige optimizar el uso de todas las herramientas posibles tendientes a garantizar ese derecho y los demás esbozados en la introducción, generando una mejor convivencia social y recupero del entramado social.

Marco normativo referencial

El artículo 71 del Decreto ley 15.032 vigente desde 1981 como Código de Proceso Penal (en adelante CPP) establecía la posibilidad de disponer el procesamiento sin prisión en faltas, delitos culposos o dolosos con penas de suspensión o multa. El artículo 73 establecía como MS la prohibición de salir de su domicilio, la prohibición de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios, o de practicar otras actividades, las obligaciones de comunicar cambios de domicilio, de presentarse periódicamente a la autoridad, y en los casos de delitos culposos cometidos por medio de un vehículo, la privación del permiso de conducir. Posteriormente las leyes 15.869 de 1987 y 16.058 de 1989 imponían al procesado sin prisión afianzar su libertad con cauciones real, personal o juratoria conforme la regulación de los artículos 141 y siguientes del CPP.

Posteriormente la Ley 17.726 del 26 de diciembre de 2003 estableció en su artículo 2 una potestad del juez de sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el artículo siguiente.³

El texto mencionado establece como MS la presentación periódica ante el juzgado o seccional policial, la prohibición de conducir vehículos en delitos culposos vinculados al tránsito vehicular, la restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito, la interdicción como prohibición de concurrir a determinados lugares, comercios, domicilios, incluido el propio, o como obligación de permanecer dentro de determinados límites territoriales, la atención médica o psicológica de

3 «El juez podrá no decretar la prisión preventiva de procesados primarios cuando “prima facie” entienda que no ha de recaer pena de penitenciaría. En ese caso podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el siguiente artículo, siempre que el procesado así lo consienta. La sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten. En todos los casos se requerirá la opinión del Ministerio Público, a tales efectos, además de las condiciones del imputado y su causa, tendrá en cuenta el no aumentar los riesgos de la población. Estas medidas no podrán disponerse por un plazo mayor al establecido por las penas por los delitos imputados. Toda medida alternativa deberá ser tomada respetando en su más amplia acepción los principios inherentes a la dignidad humana.»

apoyo o rehabilitación, ambulatoria o con internación, la prestación de servicios comunitarios, el arresto domiciliario, el arresto en horas de descanso, el arresto de fin de semana o de descanso semanal y cualquier otra obligación sustitutiva propuesta por el procesado y aceptada por el Juez, que cumpla con las finalidades de esta ley o suponga una adecuada reparación del mal causado.

Definición tentativa de fortalezas y debilidades

Se ha de entender que las fortalezas en la imposición de MS surgen de la preponderancia de los beneficios que tal sistema presenta por sobre sus costos de instrumentación.

Las debilidades, por su parte, no pueden ser consideradas ínsitas al sistema de MS sino consecuencias de su implementación práctica sea por limitaciones legales sea por cuestiones coyunturales.

Fortalezas de las medidas sustitutivas

Su fuerte fundamento

Es un sistema que encuentra sustento en Convenios Internacionales, Constitución y Leyes (Declaración Universal de los Derechos del Hombre y Ciudadano, Convención Interamericana de Derechos Humanos, Constitución de la República, Código del Proceso Penal y leyes antes mencionadas). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 21/11/2007 (caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador) sostiene:

[...] el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aun verificado este extremo, la privación de libertad del imputado [...] solo se puede fundamentar, [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el encausado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la Justicia (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>).

Por su parte las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) que se complementan con reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores y de mujeres (Reglas de Beijing y de Bangkok) indican básicamente que la privación de libertad será la última medida y por el menor tiempo posible (<www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>). Este marco normativo refuerza a la prisión preventiva como una medida cautelar con todas las consideraciones procesales que deben precederle. En definitiva la sustitución de la prisión preventiva por MS constituye más que una opción, un mandato normativo convencional y constitucional.

Sociales

Si el objetivo constitucional de la cárcel, en ningún caso puede ser la mortificación de personas condenadas o procesadas, sino el de perseguir con ella la reeducación de la persona, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito conforme al artículo 26, la imposición de MS constituye una alternativa válida para alcanzar estas finalidades. Se apuesta a un individuo que luego de su yerro delictivo aprenda a vivir diferente, esté capacitado para trabajar y no cometa otro delito. La situación carcelaria según el Dr. Alvaro Garcé (2010) revela una reincidencia del 70% de los privados de libertad, quienes en un 75% sufren de hacinamiento y del total aproximadamente el 90% está constituido por varones. Como lo sostiene la profesora Ana Messuti de Zabala (1993: 123) se trata de un *cambio de ética*:

Quando se decide acoger al delincuente en la sociedad, no se le recibe como si nada hubiere pasado. El hecho mismo de que haya que adoptar la decisión indica la diferencia pues revela que la relación entre el delincuente y la comunidad después del delito ha cambiado. Pero esas medidas no interrumpen la relación entre el encausado y la comunidad, como sí sucede en la prisión, sino que se intensifican.

De salud y seguridad públicas

La psicóloga argentina Alfonsina Gabriela Muniz explica con una fórmula cuasi matemática que la separación física sumada al tiempo equivale a la pena de prisión, lo que genera un impacto psicológico. Prisión es la cárcel donde se encierra a *los presos* que es equiparable terminológicamente a los que han sido «cazados». Esta experiencia y la incertidumbre sobre su futuro provocan ansiedades paranoides, conductas límites, situaciones de presión intensa, temor por la pérdida de sus afectos y de sus vínculos con el exterior por los cambios extremos en su rutina familiar y social, lo que puede derivar en psicosis de aparición precoz, conductas suicidas, violencia y depresión sobre todo en aquellos que revisten el carácter de primarios, debido a la hiperemotividad y el choque afectivo provocado por la ruptura con el afuera. Son también reacciones habituales la manipulación y el sometimiento. La diferencia sustancial con los efectos psicológicos en la población de condenados radica en la certeza de que estos tienen del tiempo que les resta en la prisión y en los proyectos a partir del egreso que, en virtud del cómputo de pena preciso, pueden trazar. Dice la perito referida que el hecho de estar privado de libertad produce un estado de privación sensorial y de las funciones sociales tales como la laboral y la familiar (incluida la patria potestad). Esta privación desencadena un bloqueo libidinal que condiciona la regresión y provoca un reforzamiento a nivel de la agresividad y la autoagresividad, habiendo, por tanto, intentos de búsqueda de reorganización psíquica tanto a nivel estructural como libidinal, pero con modalidades regresivas. Asimismo, se produce, como mecanismo defensivo fundamental, un blo-

queo afectivo, y, como efecto, la vulnerabilidad del yo en sus funciones. Muchas veces los internos, dice, no conciben otra forma de existencia que no sea la del encierro, favoreciendo, actitudes regresivas e infantiles. El régimen físico impuesto en las prisiones tiene por fin disminuir el potencial de agresividad del interno, es decir, neutralizarlo. El aislamiento prolongado favorece la introversión de la vida psíquica y el desarrollo del pensamiento egocéntrico manifestado en hipocondrías, autoagresividad, autoobservación, hipersensibilidad en las relaciones con los vigilantes y en los intentos de comunicarse. Por más que la imposición de MS constituya en última instancia una limitación a la libertad del individuo procesado, es el mínimo daño si se compara con los referidos como consecuencia de la privación total de aquel elemental derecho. Nuestra Constitución en su artículo 44 define a la salud e higiene públicas no solo como un derecho de todo habitante sino como deber del individuo y del Estado.

Económico-financieras

Estos beneficios de las MS deben verse no solo comparativamente con los mayores costos estatales por mantenimiento del sistema carcelario, sino la realidad de la víctima, gran ausente del proceso penal y para quien la privación de libertad del agresor generalmente no cambia su situación de vida ni devuelve las circunstancias a su estado previo a la agresión. Esto se hace más evidente cuando existe una relación vincular, afectiva, vecinal, laboral o societaria entre ambos sujetos y sus circunstancias, parafraseando a Ortega y Gasset. La reducción del impacto del ilícito en las personas constituye indirectamente una fortaleza de las MS por sobre la respuesta de encierro. También resulta favorable porque en libertad el encausado puede sustentarse a sí mismo y cumplir obligaciones legales, reparatorias, punitivas, tributarias conforme los vínculos referidos previamente, sin depender de la asistencia estatal. En el mismo sentido la opción de educación, reinserción estudiantil o capacitación laboral en libertad posibilita alcanzar en última instancia los fines que persigue el castigo penal conforme el artículo 26 de nuestra Constitución.⁴

Debilidades del sistema de medidas sustitutivas

Previamente había aventurado sostener que las debilidades no son ínsitas al sistema convencional, constitucional y legalmente pensado, sino consecuencias de un entramado de dificultades coyunturales. Sin perjuicio de poder adecuar el marco normativo eliminando excepciones a la adopción de MS, la propia mejora de gestión del sistema legal

4 «A nadie se le aplicará la pena de muerte. En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.»

vigente puede disminuir la incidencia de tales defectos, que como se señalará se acentúan en el interior del país.

Por dificultades de conceptualización

Todos los operadores jurídicos directos, y otros indirectos calificados por su vinculación o necesaria cooperación, deben estar convencidos de la necesidad de optimizar la implementación de MS antes que recurrir a la privación de libertad.

En orden cronológico conforme la actuación procesal, la primera responsabilidad recaería sobre el Ministerio Público quien puede orientar su pretensión hacia alguna de las variadas y no taxativas MS posibles. La segunda recaería sobre la Defensa quien puede proponer de acuerdo con su conocimiento del defendido alguna alternativa, ya que se requiere de la aceptación del encausado. La tercera sería del Magistrado actuante al disponer alguna MS e instrumentar el control intraprocésal de su cumplimiento.

Pero allí no terminan las responsabilidades, pues en un tema de gran importancia social como es el delito, su control-disminución-erradicación, también alcanza a otros involucrados. La prensa reviste una importancia mayúscula en la comprensión de lo que implican las MS cuando además con cierta frecuencia se informa sobre hacinamiento carcelario, actos de violencia o hechos de corrupción.

Cuando define las atribuciones, el artículo 2 de la Ley 18.315 sostiene que «El servicio policial ejercerá, en forma permanente e indivisible las actividades de observación, información, prevención, disuasión y represión». También entonces la Policía debe continuar siendo capacitada en materia de imposición de MS para cuestionar que la privación de libertad del procesado sea el único objetivo del proceso penal en el que son auxiliares. El control de algunas medidas como la presentación en la seccional exige el compromiso de gestión policial en cuanto al informe oportuno del cumplimiento como de su inobservancia, pues se trata de una medida cautelar impuesta jurisdiccionalmente, no de una prerrogativa del sujeto procesado.

Los organismos públicos o asimilados que pueden estar vinculados a la temática también deberían conocer sobre MS. Algunas instituciones no admiten personas procesadas en cumplimiento de prestación de servicios comunitarios —cooperación que sin embargo necesitan muchas veces— como podrían ser organizaciones protectoras de animales o medioambientalistas, lugares de internación de adultos mayores, clubes sociales, parques vecinales. En algunas oportunidades las MS de tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico impuestas no pueden ser instrumentadas tempestivamente por el sistema de salud local y se dificulta el cumplimiento por desconocimiento, falta de coordinación interinstitucional, o aun cuestionamiento infundado sobre

su pertinencia. Por su parte si se ordena un curso de actualización de conducción de vehículo o en manejo defensivo, debería realizarse con cierta prontitud pues a la finalización de la suspensión de una licencia de conducir, el ciudadano procesado debería ya estar recapacitado. Antes, en el interior, los Patronatos de Encarcelados y Liberados creados por Decreto ley 14.470 y luego en el tiempo la Oficina de Supervisión de Liberad Asistida⁵ enfrentan dificultades prácticas por falta de personal técnico, de control, recursos económicos y de infraestructura apropiada, resultando de trabajosa concreción algún convenio por servicio comunitario o de reinserción educativa o laboral.

Por la valoración de los riesgos emergentes

En medio de estas dificultades prácticas existentes, existe mayor presión para los operadores jurídicos respecto de imponer prisión preventiva y no asumir el riesgo de sustituir por MS. Hay menos cuestionamientos de la opinión pública, prensa, policía, operadores internos y externos, a la prisión como pena propiamente dicha o *adelantada*. Se corren más riesgos al procesar sin prisión con MS y que el individuo delinca, peligro que implica la eventual lesión de derechos de otra persona. Una apuesta seria a que los sistemas de gestión aporten datos estadísticos pertinentes permitirá una mejora continua en la aplicación de MS. Comparando las distintas experiencias se podrá seleccionar las más eficientes y eficaces en su definición, control e informe generando protocolos de actuación.

La integración de la sociedad civil organizada en variada forma y más en el interior (clubes, asociaciones, ONG) puede cooperar con los organismos públicos encargados de velar por ese ciudadano, coyunturalmente enjuiciado. Dificultades tan elementales como carecer de documentos de identidad o de carné de asistencia médica, de habilidades en la realización de trámites, la ausencia de domicilio fijo, la dependencia patrimonial de la víctima y su entorno respecto del agresor, el aislamiento geográfico o las dificultades de traslado, generan obstáculos a la selección de la más pertinente MS. Elección que se efectúa en algunos casos en el plazo máximo de 48 horas desde la detención con un somero conocimiento del individuo y su entorno. Paradójicamente en la cárcel tendría resueltos todos los temas: casa, comida, abrigo, vestimenta, atención médica, acceso a educación, obtención de documentos, vacunas.

Por ello contar con experiencias protocolizadas, redes locales y coordinaciones previas permitirá que las MS se erijan en un sistema serio de respuesta ante la infracción penal. Sería importante contar con asesoría sobre la más efectiva MS midiendo tal parámetro en función de

5 Ministerio del Interior, Dec. 180/2010 del 24 de junio de 2010.

los fines de la pena: rehabilitante con respecto al infractor, reparador para la víctima y restaurador de convivencia pacífica en la comunidad. La revisión de los resultados y la detección de los puntos neurálgicos en su implementación permitirán efectuar un tempestivo control de riesgos respecto de terceras personas.

Por obstáculos legales

El más claro ejemplo es la existencia de antecedentes judiciales, como sostiene el marco normativo referencial, a pesar de que por ellos el ciudadano ya ha recibido una pena o medida cautelar previa. Y este obstáculo legal no es de menor importancia dada la elevada reincidencia de personas que delinquen en edades cada vez más jóvenes.

Por su parte la grave alarma social de la Ley 15.869 puede incidir en la imposición de prisión preventiva, acotando las posibilidades de sustitución por MS. Definir un concepto con tal carga valorativa implica considerar el contexto en el que se produce. El mismo término puede tener un peso diferente en comunidades pequeñas que en la capital. Sería posible que ante los mismos hechos las respuestas del sistema sean bien distintas. No menos importante resulta el obstáculo legal de fijar la pena de penitenciaría en un mínimo de dos años (artículo 68 CPP) con lo cual estaría vedada la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por MS cuando el delito esté castigado con dicha pena (véase nota 3). La reciente Ley 19.007 en su artículo 4.º respecto de las conductas ilícitas previstas por artículos 30 a 34 del Decreto ley 14.294 y modificativas referidas a cocaína en su estado de base libre o fumable establece la pena mínima en tres años de penitenciaría, pero aún así permite «excepcionalmente» la imposición de MS. Las condiciones resultan ser: petición del Ministerio Público, el encausado no debe tener antecedentes por delito doloso, se trate de una cantidad menor, de existir venta no haya sido a personas menores de edad, y debe aceptarse tanto el encausado (conforme Ley 17.726) como su familia, dado que el control posterior alcanza al enjuiciado y su familia a través del MIDES, el Patronato y la OSLA. Si bien el tema excede las pretensiones de este trabajo cabe recordar que el artículo 27 de la Constitución no establece mínimo legal sino expresa que «En cualquier estado de una causa criminal que no haya de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley».

Conclusión

La propuesta pretendía explicitar los motivos que alientan la imposición de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, proceso que debe profundizarse y acompañarse como sostienen las Reglas de Tokio con una depuración del sistema penal. Despenalizar conductas permi-

tiría reposicionar a la opción punitivo penal como la última respuesta y no como la primera, menos aún como la única. Tampoco puede admitirse que ya que no es tan grave imponer MS, como sí lo es la privación de libertad, se genere una inflación penal que pierda de vista las razones de política criminal que ciertamente muchas veces aconsejan no iniciar ni siquiera proceso penal.

Aun cuando se han incrementado en los últimos años el elenco de delitos y la dosimetría de las penas, la población no percibe una mejoría en la calidad de vida en sociedad. Por ello el *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento* de Naciones Unidas (2010) defiende que con normas precisas y capacitación pertinente a policías y fiscales sobre razones de oportunidad o discrecionalidad reglada se pueden instrumentar desviaciones hacia otros ámbitos que no sean los litigiosos (servicios sociales, concepción de justicia restaurativa con inclusión de la visión de la víctima, mediación penal, soluciones alternativas al conflicto penal).

Se trata, como decía, una de las autoras citadas de *un cambio en la perspectiva ética del problema* que implica el involucramiento de todos aquellos llamados a participar en el proceso de reconciliación entre quien ha presumiblemente delinquido y la sociedad en la que está inserto. El beneficio es recíproco, el desafío es múltiple.

Bibliografía

- Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1997).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) *Sentencia del 21/11/2007*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>.
- Garcé, Álvaro (2010) «Cárceles del Uruguay», en *Revista del CIEJ-AFJU*, Montevideo.
- Messuti de Zabala, Ana (1993) «Sustitutivos de la prisión», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián*, n.º 7, disponible en: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2169056/13+-+Las+medidas+sustitutivas+de+la+prision.pdf>>.
- Ministerio del Interior, *Observatorio Nacional sobre Violencia y Criminalidad en el Uruguay*, Montevideo.
- Muniz, Alfonsina Gabriela, *La prisión preventiva y los efectos psicológicos del encierro. Rol del profesional psicólogo en las instituciones penitenciarias para procesados*, disponible en: <<http://psicologiajuridica.org/psj173.html>>, de la Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense.
- Naciones Unidas (UNODC) (2010) *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Nueva York, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_of_basic_principles_and_promising_practices_on_Alternatives_to_Imprisonment_Spanish.pdf>.
- Naciones Unidas (1990) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), Resolución 45/110 de la Asamblea General y *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores y de mujeres* (Reglas de Beijing y de Bankgog), disponible en: <www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>.

Luces y sombras de la prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal

Diego Camaño Viera

Introducción

El momento crucial del proceso penal es aquel en el cual se decide la libertad del imputado. Un presupuesto básico del Estado de derecho es que las personas *solamente* pueden ser privadas de su libertad personal luego de haber sido juzgadas y declaradas culpables por sentencia firme. En términos más amplios, la exigencia del juzgamiento y la condena como requisitos previos al encarcelamiento puede expresarse mediante el aforismo *nulla poena sine iudicio*, que viene a sintetizar la idea de que la pena —y la privación de libertad sigue siendo la vedete de las penas— solo puede serle impuesta al individuo luego de un juicio que concluya con una declaración de culpabilidad.

Nuestra Constitución reconoce a texto expreso el derecho de toda persona a no ser privado de su libertad si no es en virtud de una sentencia de condena ejecutoriada: «Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal» (artículo 12). Hay dos palabras que dejan en evidencia la enfática protección constitucional a la libertad individual: por un lado, el uso de la expresión «nadie» es indicativo de que estamos ante una regla que no admite excepciones; y, por el otro, la palabra «confinado» denota claramente que se está regulando la privación de libertad personal. En buen romance, lo que dice la Constitución es que ninguna persona puede ser encarcelada sin haber sido previamente juzgada y condenada luego de un debido proceso legal.

Sin embargo, el propio texto constitucional prevé excepciones a esta regla. Así, el artículo 27 admite la privación de libertad *antes* de que el individuo sea declarado culpable: «En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de recaer pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley». El

texto habilita la excarcelación en cualquier estado del proceso penal y en forma previa al dictado de una sentencia condenatoria, de lo cual se infiere que la Constitución presupone que el individuo puede haber sido privado de su libertad en un momento anterior a la condena.

Ahora bien, si descendemos al plano legislativo, diversas normas establecen la posibilidad de disponer la privación de libertad de un individuo en el momento *inicial* del proceso penal; es decir, cuando un juez entiende que existen elementos de convicción suficientes para disponer su procesamiento. En estos casos, el encarcelamiento no se basa en una sentencia de condena sino en la sospecha de que el individuo sometido a juicio será finalmente condenado, por existir una serie de elementos probatorios que lo incriminan. Al tratarse de una privación de libertad previa a una declaración de culpabilidad, esta reviste un carácter *preventivo*.

Por otro lado, el encarcelamiento preventivo también se encuentra regulado en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Uruguay, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto reconoce el derecho a la libertad personal (artículo 7.5) y admite excepcionalmente la posibilidad del encarcelamiento durante el juicio (artículo 7.5). Diversos pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos) han establecido claramente que la prisión preventiva solamente puede ser utilizada con carácter excepcional y como medida cautelar, fundada en la posibilidad de frustración del proceso o el riesgo de fuga; todo ello con la finalidad de evitar su utilización como pena anticipada.

Sin embargo, la propia legislación nacional parece habilitar que se acuda al encarcelamiento preventivo como regla, al admitir la excarcelación provisional en cualquier estado de la causa «salvo que la ley reprima el delito atribuido con mínimo de penitenciaría, o cuando se estime “prima facie” que la pena a recaer en definitiva será de penitenciaría» (artículo 138 del Código del Proceso Penal actualmente vigente). De este modo, el legislador ha interpretado erróneamente el alcance del texto constitucional, que no establece una prohibición expresa de excarcelación en aquellos delitos con mínimos de penitenciaría (tal como veremos más adelante), así como también la jurisprudencia, que monolíticamente entiende que los delitos cuya pena mínima legal es de penitenciaría (al menos dos años de privación de libertad) o cuya pena judicial se estime sea de penitenciaría, son inexcusables. En tales casos, el individuo es procesado y privado de su libertad al inicio del proceso y durante todo el trámite de este, hasta el momento que recaiga una sentencia definitiva, que de ser condenatoria significará su permanencia en prisión, con carácter no ya de procesado sino de condenado.

A este panorama se le suma una legislación especial que establece a texto expreso que el individuo debe ser encarcelado preventivamente, al inicio del proceso penal, si se trata de un reincidente, o en caso de tener

una causa abierta. En efecto, el artículo 1 inc. 2 de la Ley 16.058 establece que «el juez decretará la prisión preventiva, en todos los casos, si se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite». En tales casos, la ley habilita a texto expreso la imposición del encarcelamiento cautelar con carácter *preceptivo*, es decir, obligatorio.

¿Qué queda entonces de aquel principio constitucional según el cual «nadie puede ser confinado sin forma de proceso y sentencia legal»? Tratándose del principio de inocencia, vale preguntarse en qué medida este ha sido garantizado por la legislación y la *praxis judicial*. En realidad, tanto la ley como la práctica judicial en materia de privación de libertad demuestran que lo excepcional se ha transformado en regla, y que verdaderamente la justicia penal encarcela diariamente a decenas de personas, solamente porque existe una sospecha en su contra (que podrá ser más o menos fundada, pero sigue siendo una sospecha al fin) y no a partir de una declaración de culpabilidad luego de haberse seguido un debido proceso legal.

La reciente aprobación del nuevo Código del Proceso Penal (Ley 19.293) —que entrará en vigencia en el año 2017— plantea una oportunidad para abordar la vieja problemática del instituto de la prisión preventiva, que ha sido reformulado. Si bien el nuevo texto legal contiene disposiciones que establecen el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo, también contempla una serie de excepciones que, por su amplitud, se pueden transformar en la futura base legal para permitir un uso indiscriminado de la prisión preventiva. De esta manera, el propio texto contiene, al mismo tiempo, la afirmación y la negación del carácter excepcional y cautelar del instituto de la prisión preventiva. En efecto, si bien por un lado reconoce la idea de un uso limitativo y excepcional del encarcelamiento preventivo, por otro lado, regula una serie de situaciones en las que se presume el riesgo procesal, y por ende, se habilita acudir a la prisión preventiva como regla, desnaturalizando su naturaleza cautelar y excepcional.

Dado que la prisión preventiva se encuentra regulada en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay, corresponde presentar el estado de situación en la materia tomando en cuenta los lineamientos que surgen de tales instrumentos, tal como han sido interpretados por los órganos competentes para supervisar su aplicación (sistema interamericano de los mismos).

Posteriormente se confrontarán los estándares internacionales, con los «obstáculos» que en el orden jurídico interno se esgrimen para una aplicación verdaderamente excepcional y cautelar del encarcelamiento preventivo.

A partir de este cuadro de situación, analizaremos las reformas que propone el nuevo Código del Proceso Penal, de modo de poder evaluar en qué medida ellas se adecuan a los lineamientos internacionales en materia de prisión preventiva.

El paradigma del derecho internacional de los derechos humanos

Actualmente, no puede de dudarse de que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ocupa una posición preeminente con relación al derecho doméstico. El artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es meridianamente claro en establecer que *un Estado no puede ampararse en su derecho interno para dejar de cumplir con lo dispuesto en un tratado*; regla a la que hay que sumar la que impone cumplir los tratados de buena fe (*pacta sunt servanda*, artículo 26 de la referida Convención).

A su vez, los tratados sobre derechos humanos presentan características propias, que los distinguen de los demás instrumentos convencionales de derecho internacional. En especial, cabe señalar que —según una antigua y recurrentemente citada Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia con relación a la Convención contra el Genocidio—¹ al firmar este tipo de tratados, *los Estados asumen obligaciones unilaterales de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción*. Por esta razón, un Estado no puede dejar de cumplir un tratado sobre derechos humanos bajo el argumento —aceptable en el derecho internacional general— de que otro Estado parte ha incumplido.² Al ratificar un tratado sobre derechos humanos, el Estado se obliga a hacer cumplir sus disposiciones con relación a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, sin excepción de especie alguna (Dulitzky, 1997: 37; Pinto, 1997: 60). Por lo tanto, las disposiciones convencionales que establecen derechos o aseguran una protección superior del individuo con relación a la prevista por el derecho interno, son directamente aplicables en la jurisdicción doméstica.

Cuando el tratado en cuestión, además de versar sobre derechos humanos, contempla la existencia de organismos de supervisión de su cumplimiento, entonces el Estado tiene la *opción adicional* de formar parte de ese sistema de supervisión. Si decide adherir a dicho sistema, sus obligaciones de derecho internacional son más intensas y específicas, puesto que implican la asunción de aplicar en el fuero interno las referidas normas internacionales *con el alcance conferido por los órganos de supervisión del tratado*.³ Esto constituye una autolimitación

1 Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre «Reservas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio» de 28/5/51. En el mismo sentido, se pronunció la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 2/82 de 24/9/82.

2 Solución expresamente contemplada para los «tratados de carácter humanitario» en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

3 En 1992 la Corte Suprema de la República Argentina reconoció expresamente este punto en el histórico fallo «Ekmekdjian» al afirmar que en toda cuestión referida a la aplicación de un tratado se debe seguir la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlo, destacando además la necesidad de que las decisiones de los tribunales tomen en cuenta la eventual responsabilidad internacional del Estado.

del poder estatal con relación a la interpretación de las disposiciones del tratado: si el Estado acepta someterse a la jurisdicción de los organismos de supervisión, entonces debe respetar las interpretaciones que realicen los *órganos competentes para delimitar los alcances de las obligaciones convencionales*. En otras palabras, al formar parte de un sistema de supervisión, *el Estado acepta la validez de los estándares que desarrollen los órganos competentes del referido sistema*.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un tratado de estas características. El Uruguay no solamente lo ha ratificado sino que además ha reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos,⁴ organismos que conforman el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Sin embargo, estas claras manifestaciones de compromiso del Estado uruguayo con los derechos humanos ante la comunidad internacional no se han traducido en un respeto hacia sus normas en el ámbito interno. De este modo, se presenta una dicotomía entre la conducta internacional del Estado y su comportamiento en el plano doméstico. Si en su conducta procesal, el Estado no aplica los tratados sobre derechos humanos ratificados, este hecho da lugar a responsabilidad internacional.

Esto es lo que sucede, justamente, en materia de prisión preventiva, ya que tanto en el plano legislativo como jurisdiccional, el Estado uruguayo no ha adecuado sus prácticas a los requerimientos de los estándares internacionales, comprometiendo así su responsabilidad bajo el derecho internacional.

Breve reseña de los estándares internacionales sobre prisión preventiva⁵

La CADH tiene claras disposiciones que, por una parte, prohíben todo encarcelamiento arbitrario o ilegal, y por otra, establecen la aplicación del estándar del «plazo razonable» para la duración del encarcelamiento preventivo. Con esta base, la jurisprudencia interamericana ha sido meridianamente clara —y reiterativa— en establecer que la prisión preventiva solo puede ser utilizada excepcionalmente y jamás como regla.⁶ Su aplicación debe ser ponderada por el juez en cada caso concreto y su procedencia no puede ser presumida con carácter

4 Ley 15.737, artículos 15 y 16.

5 Un análisis exhaustivo de los estándares internacionales en la materia puede consultarse en Diego Camaño Viera (2006).

6 CIDH fallo *López Álvarez* de 24/6/06, párr. 67, con cita de los casos *Palamara Iribarne* de 22/11/05, *Acosta Calderón* de 24/6/05 y *Tibi* de 7/9/04.

general, por más que dicha presunción tenga origen en una ley.⁷ Ha establecido además que —de tanto en tanto— los jueces están obligados a revisar los supuestos que ameritaron su imposición y que la prisión preventiva solo puede funcionar como una medida cautelar, tendiente a prevenir la obstaculización de la justicia y a preservar la integridad de la prueba, estando vedada su utilización como pena anticipada.⁸ La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se infringe sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se aplica la medida.⁹ En un pronunciamiento reciente contra el Uruguay, el sistema interamericano ha sumado a estos conceptos el requisito de que la duración de la prisión preventiva debe ser inversamente proporcional —y nunca equivalente— a la eventual pena.¹⁰

En síntesis, la jurisprudencia interamericana asume que todos los delitos son excarcelables y que únicamente el juez es competente para resolver sobre la procedencia de su imposición así como sobre su mantenimiento, que no puede ser indefinido ni equiparable a la eventual pena a recaer.

De lo contrario, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada, vulnerando la presunción de inocencia. A esta violación cabe sumarle la violación a la garantía del juicio previo, ya que la imposición del castigo estatal solo puede ser la consecuencia final de una sentencia firme de condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

Los «obstáculos domésticos» para la aplicación de los estándares internacionales sobre prisión preventiva

La aplicación del instituto de la prisión preventiva como regla se basa no solamente en lo que establecen las disposiciones legislativas mencionadas sino también en el alcance que se le ha conferido por nuestra jurisprudencia al artículo 27, interpretado —erróneamente— como una proscripción a la excarcelación.

Sin embargo, el alto grado de desarrollo de los estándares de derecho internacional sobre prisión preventiva plantea la cuestión de indagar *por qué los jueces no aplican el derecho internacional de los derechos humanos*, toda vez que este es más favorable a los derechos del imputado, optando en cambio por dar primacía al derecho interno, sin considerar que de este modo se incurre en una violación (actual-

7 CIDH fallo *López Álvarez*, párr. 68.

8 CIDH fallo *López Álvarez*, párr. 69, con cita de los casos *Palamara Iribarne*, *Acosta Calderón*, *Tibi*, *García Asto* y *Ramírez Rojas* de 25/11/05 y *Suárez Rosero* de 12/11/97.

9 CIDH fallo *Acosta Calderón*, párr. 75.

10 CIDH Informe 35/07, párr. 56.

mente sistemática) de los derechos de los detenidos, comprometiendo la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional. A fin de cuentas, se plantea la cuestión de la *desobediencia de los jueces al derecho internacional*.

En este sentido, no es un dato menor que —más allá de los aspectos jurídicos— la utilización indiscriminada de la prisión preventiva se encuentra tan arraigada que forma parte de nuestra *cultura judicial*. Por lo tanto, el cambio en las prácticas punitivas que el derecho internacional reclama, implica —en buena medida— un *cambio cultural* (que no solamente involucra a fiscales y jueces sino también a los propios abogados y por supuesto a los legisladores y al público en general). Como puede observarse, el desafío es de enorme magnitud, ya que consiste nada menos que en erradicar prácticas punitivas fuertemente arraigadas en la cultura jurídica, política y social.

A continuación me limitaré a rebatir los supuestos obstáculos jurídicos que se esgrimen en el plano doméstico para la aplicación los estándares internacionales sobre prisión preventiva. Una vez sorteados los «obstáculos», ya no quedará lugar para desobedecer al derecho internacional, al menos desde el punto de vista jurídico.

El «obstáculo» constitucional

Como hemos señalado, un argumento de uso frecuente entre nuestros jueces y fiscales consiste en señalar que el artículo 27 de la Constitución contiene una prohibición constitucional de excarcelar delitos cuya pena mínima sea de penitenciaría.

El argumento es tan frecuente como erróneo, puesto que el artículo 27 no establece una prohibición a texto expreso, sino que esta es producto de una interpretación *a contrario* del texto constitucional. En efecto, el artículo 27 solamente establece una *facultad* de excarcelar cuando sea presumible la aplicación de una pena de prisión, pero *no prohíbe expresamente la excarcelación en los demás casos*.

La interpretación judicial unánime:

soslaya totalmente que las prohibiciones, en tanto limitaciones a la libertad personal, no pueden ser *inferidas* sino que solo pueden surgir de un *texto expreso* que no existe en la especie, por lo que no hay contradicción alguna entre la letra constitucional y el derecho internacional. Y sabido es que en caso de duda sobre la preeminencia de la normativa internacional en relación con la constitucional, debe tenerse presente la regla de la *primacía de la norma más favorable*, pues el derecho internacional de los derechos humanos no es una restricción sino, por el contrario, una ampliación de la protección constitucional (Camaño Viera, 2007: 90).¹¹

11 Para un análisis más amplio de las exigencias del derecho internacional con relación a la práctica de la prisión preventiva en Uruguay, puede consultarse: Camaño Viera, 2006a.

Por otra parte, la jurisprudencia no ha prestado atención a la calificada doctrina constitucional que se ha pronunciado en el mismo sentido. Así Riso, luego de reconocer que la garantía del «plazo razonable» de la CADH es un derecho fundamental de rango constitucional al amparo del artículo 72, afirma que la interpretación a contrario del artículo 27:

significaría que por esa vía se extraería una excepción a un principio general de libertad, y para esto se requiere de texto expreso que no existe en la especie. En síntesis, *la interpretación a contrario del artículo 27 no puede ser admitida ya que se estaría indebidamente limitando el principio general de libertad*. Distinto sería que la Carta expresamente dijera que no se puede poner en libertad al acusado cuando puede recaer pena de penitenciaría, pero *la Constitución no dice esto* (Riso, 2005: 579 y 580, destacado nuestro).

En materia de interpretación constitucional, el rechazo del argumento a contrario ha sido esgrimido por Cajarville al comentar la reforma constitucional de 1997 al artículo 312 de la Carta, en los siguientes términos:

el argumento a contrario solo es procedente cuando se está interpretando una norma que hace excepción a un principio general. De una norma que limita su disposición a un caso determinado, lo único que se puede inferir en principio es que los casos no comprendidos en la hipótesis de esa norma no se rigen por ella; *si la norma refiere a un caso especial, los casos no comprendidos en la previsión de esa norma no se rigen por ella, pero no necesariamente deben regirse por una norma opuesta; en cuanto no alcanzados por la norma especial, les será aplicable el principio general*. De ahí que el argumento a contrario es legítimo cuando la norma especial hace excepción a un principio general; pero es absolutamente ilegítimo si esa norma está consagrando, para el caso a que refiere, la misma solución del principio general (Cajarville, 2007: 723, destacado nuestro).¹²

De la misma manera, como el artículo 27 de la Constitución no establece una excepción sino la confirmación del principio general de libertad (regulando el caso especial de la excarcelación cuando se presume que no recaerá pena de penitenciaría) este no admite una interpretación a contrario. En definitiva, *de una norma que establece la posibilidad de conceder la excarcelación para determinados casos no puede extraerse una prohibición general de excarcelar en otros casos, no previstos a texto expreso*.

Aunque la jurisprudencia no lo haya advertido, la interpretación a contrario de normas permisivas implica la auténtica *creación de una norma prohibitiva*; esto es, una «intervención creadora del intérprete» y no una actividad «puramente interpretativa» (Guastini, 1999: 216).

Tampoco nuestros jueces se han percatado de que la interpretación a contrario del artículo 27 destruye el principio de inocencia, también

12 Para tal aserto el autor se apoya en citas de Carnelutti, Cassinelli y Kalinowsky.

de rango constitucional. Tal como hemos señalado, el artículo 12 de la Carta establece: «Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal».

Con la tajante expresión «nadie» resulta por demás claro que *en ningún caso* puede imponerse una pena —o cualquier forma de confinamiento— si antes no tuvo lugar un debido proceso legal, es decir, un enjuiciamiento —con todas las garantías— que haya finalizado con una sentencia firme de condena. Por lo tanto, de admitirse la interpretación dominante del artículo 27, este sería contradictorio con el 12 de la Carta, que garantiza el principio de inocencia, mediante la prohibición de la imposición de cualquier forma de castigo estatal en forma anticipada a la existencia de una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada. De esta forma, la categoría de los llamados «delitos inexcarcelables» es incompatible con el principio de inocencia. Sin embargo, hasta el momento la jurisprudencia no ha advertido que la interpretación del artículo 27 como obstáculo a la excarcelación contradice abiertamente el principio de inocencia, también de rango constitucional (artículo 12).

Por el contrario, nuestra jurisprudencia afirma que en los casos de delitos con penas mínimas superiores a los dos años la prisión preventiva es *obligatoria*. Lo mismo sucedería en los delitos con pena mínima de prisión pero máximo de penitenciaría, cuando sea «presumible» que se aplicará esta última pena, dado que —como hemos visto— el artículo 27 de la Constitución remite a un pronóstico de pena «obstativa» a la excarcelación. Como puede apreciarse, en esta interpretación, al expedirse sobre la excarcelación *el juez estaría obligado a prejuzgar sobre la pena a recaer*. Esta consecuencia resulta inaceptable, dado que ninguna norma (legal o constitucional) puede obligar al juez a prejuzgar (es decir, a incurrir en una causal de recusación). Es absurdo sostener que la ley o la propia Constitución imponen al juez la violación del ordenamiento jurídico. De ser así, al momento de decidir la excarcelación, el juez estaría obligado a quebrantar su deber funcional de imparcialidad, mediante la formulación de un pronóstico sobre la pena que impondrá en el caso concreto.

Otra consecuencia de esta postura es que se acepta que la prisión preventiva sea *preceptiva* siempre que se pronostique la aplicación de una pena de penitenciaría (sea porque la ley establezca tal pena o porque el juez pronostique su futura imposición),¹³ desvirtuando así la

13 Antes de la aprobación de la Convención Americana, Abal sostuvo que el artículo 27 Constitución contiene una presunción absoluta de peligro procesal que amerita la imposición de prisión preventiva en todos los casos de eventual imposición de pena de penitenciaría. Si bien por un lado reconoce que para la apreciación del peligro «no pueden establecerse reglas generales», acto seguido afirma que la ley presume el peligro cuando la eventual pena sea de penitenciaría. Con ello se admite que la ley establezca una presunción absoluta de peligro procesal, por el solo hecho de imponer

naturaleza cautelar y por tanto excepcional de la prisión preventiva, afirmada firmemente en el sistema interamericano.

Calificada doctrina procesalista ha impugnado la categoría de los llamados «delitos inexcusables». En este sentido, Maier sostiene:

De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él *no puede ser regulado como obligatorio* [...] es el caso de los *delitos no excusables* [...] Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una «pena» antes de la sentencia y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada (Maier, 1996: 525).¹⁴

Aún más incisivamente, Bovino impugna la inexcusabilidad de ciertos delitos desde el principio de inocencia, denunciando además la intromisión del legislador en cuestiones de naturaleza jurisdiccional:

Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados «delitos no excusables» resulta ilegítimo no solo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la inexistencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones exclusivamente judiciales [...] Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro [procesal] en el caso sometido a su decisión (Bovino, 1997: 452-453, destacado nuestro).

En definitiva, la prisión preventiva no puede ser supuesta, ni siquiera por la ley, dado que ello implicaría desvirtuar la función jurisdiccional, que está llamada a cumplir un rol de *ponderación entre los distintos derechos e intereses en juego* (en especial, el derecho a la libertad personal y el interés en la efectividad de la persecución penal) antes de decidir si en el caso concreto procede imponer o mantener el encarcelamiento preventivo.

El artículo 27 de la Carta debe compatibilizarse con el artículo 12, el 72 y las normas de la CADH en las interpretaciones dadas por la Comisión y la Corte Interamericana, en tanto organismos reconocidos por el Estado uruguayo para establecer el alcance de la Convención. Resulta ilegítimo defender la interpretación que *hace surgir una prohibición de excarcelación de un texto que no la establece* en forma expresa. Máxime teniendo en cuenta que mediante esa interpretación se destruye el

una pena severa (es decir, por una razón —la pena— totalmente ajena a la valoración procesal sobre el peligro). El autor no fundamenta cuál es la norma que permite fundar la supuesta presunción absoluta, que no está prevista a texto expreso en la Constitución ni en la ley. Tampoco pondera el derecho a la libertad personal, el principio de inocencia, el deber de imparcialidad y la proscripción de penas anticipadas, todas garantías de rango constitucional (Abal, 1977: 114-116).

14 También Pastor (1993: 55) considera que en estos casos «la prisión preventiva funciona como pena anticipada», sin cumplir fin procesal alguno.

principio de inocencia, se sacrifica el derecho a la libertad personal y se estrangula la garantía del juicio previo.

La indefinición temporal de la prisión preventiva como obstáculo

Con relación ya no a su imposición sino a su mantenimiento, la jurisprudencia local ha afirmado en diversos fallos que la falta de una ley interna que establezca un plazo fijo para la duración de la prisión preventiva constituye un obstáculo para establecer en qué momento la duración del encarcelamiento deja de ser «razonable».¹⁵

Aunque la Comisión Interamericana hace mucho tiempo afirmó que la inexistencia de una ley interna que establezca un plazo de duración de la prisión preventiva *no es obstáculo* para desaplicar la garantía, y que debe procederse «caso a caso»,¹⁶ la jurisprudencia local sostiene justamente lo contrario: que el criterio casuístico constituye un impedimento para aplicar la garantía.¹⁷

De este modo, el criterio casuístico (establecido por primera vez en 1968 por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Wemhoff*, y recogido en forma constante por la jurisprudencia del sistema interamericano) se erige en un argumento para postular la *desaplicación* de la garantía. Por el contrario, los estándares internacionales establecen que la decisión sobre si el límite temporal ha sido rebasado no depende de plazos en abstracto sino de las características del caso concreto.

La asimilación sustantivista entre prisión preventiva y pena

Muy común en la jurisprudencia local es la introducción de valoraciones *sustantivas*, esto es, atinentes a criterios de imposición de la pena, a la hora de resolver sobre una excarcelación. Así, se afirma que la duración de la preventiva «está en relación con la gravedad y complejidad de los delitos cometidos, del número de involucrados, de la necesaria investigación requerida para desentrañar la trama, de la cooperación de los justiciables».¹⁸

De este modo se vulnera el principio de inocencia, pues esas valoraciones sustantivas implican un auténtico *prejuzgamiento* sobre aspectos propios de la sentencia de condena, habilitándose la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada. Y esto es justamente lo que el derecho internacional quiere prevenir, al conferirle carácter excepcional al encarcelamiento cautelar, evitando su asimilación con la imposición de la pena, en salvaguarda del principio de inocencia.

15 TAP 1, Sent. 74/94 en *Revista de Derecho Penal (RDP)* n.º 11: 305; TAP 3 Sents. 222/94 y 212/96, en *RDP* n.º 11: 306 y 309.

16 CIDH, Informe 12/96, párr. 69: «los Estados miembros de la Convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso».

17 Solo como ejemplo de esta tendencia, véase TAP 1, Sent. 74/94 en *RDP* n.º 11: 305.

18 TAP 2, Sent. 345/03, en *RDP* n.º 15: 457.

Al introducirse criterios sustantivos para valorar la duración de la prisión preventiva, es frecuente el argumento de la necesidad de establecer una «proporción» entre la duración de la eventual pena y de la medida cautelar.

Esto implica una inversión del principio que realmente debe aplicarse —si se quiere evitar cualquier posible asimilación entre pena y prisión preventiva— que es el de la «falta de proporcionalidad» o *inequivalencia*¹⁹ entre ambas. Es así que en un reciente caso contra Uruguay, la Comisión Interamericana afirmó, en forma por demás clara, que:

[...] La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. *No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza* (CIDH, Informe 35/07: párr. 56, destacado nuestro).

Es más, la propia Comisión ha establecido un «criterio indiciario», una guía a los efectos de interpretar cuándo se ha sobrepasado el plazo razonable, tomando en cuenta la necesidad de diferenciar la prisión preventiva de la pena, mediante una relación de *inequivalencia* entre ambas:

[...] la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente (CIDH, Informe 35/07: párr. 83).²⁰

La prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal

Anteriormente he afirmado que:

el éxito o el fracaso de la reforma del proceso penal estará condicionado por la reforma del régimen de la prisión preventiva, de modo que su imposición solo se justifique en la necesidad de preservar el desarrollo regular del proceso, respetando en toda su extensión el derecho a la

19 Sobre el principio de inequivalencia, véase: Sergi (2001: 131) y Bovino (2005: 116).

20 Si bien puede resultar criticable que la Comisión haya acudido a un criterio que tiene relación con la pena, lo ha hecho para afirmar la necesidad de establecer *criterios de diferenciación* entre el instituto procesal y el sustantivo, de modo de evitar cualquier posible asimilación. La tarea futura consiste en desarrollar cuáles deben ser los criterios que permitan distinguir —en términos de *inequivalencia*— ambos institutos.

libertad personal, el principio de inocencia y la garantía del juicio como condición previa a la imposición de cualquier forma de castigo por parte del Estado. De este modo, la regulación legal debe asegurar la aplicación verdaderamente excepcional del instituto cautelar (Camaño Viera, 2006b).

Asimismo, en el marco de la propuesta de una serie de reformas al Código Penal y al Código del Proceso Penal señalé la necesidad de una reforma integral al régimen de la prisión preventiva así como de la importancia de complementar tal reforma, con la aprobación de una legislación efectiva sobre medidas alternativas (Camaño Viera, 2011: 36-40). En dicha oportunidad critiqué el *lugar central* que ocupa la prisión preventiva en el funcionamiento de la justicia penal, que se ha transformado en una pena anticipada, generando un crecimiento desmesurado en la población carcelaria y ponderé como altamente positivo que el proyecto de reforma del Código del Proceso Penal estableciera expresamente el estado de inocencia así como el carácter excepcional de la prisión preventiva (Camaño Viera, 2011: 38). Sin embargo, también critiqué la introducción de criterios sustantivos para justificar la imposición de la prisión preventiva, tales como las «circunstancias, la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena» (Camaño Viera, 2011: 39).

Pues bien, el texto finalmente aprobado conserva las virtudes y defectos señalados, aunque también plantea otras cuestiones que corresponde señalar.

Así, resulta altamente positivo el reconocimiento expreso del estado de inocencia, vedando la asimilación de la prisión preventiva con la pena.²¹ También resulta un avance significativo el reconocimiento del carácter excepcional del encarcelamiento cautelar, al proclamarse que «en ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva».²²

Sin embargo, al analizar los casos en los que procede la prisión preventiva, se han contemplado una serie de situaciones que desnaturalizan esos principios generales.

En primer lugar, porque al regular los requisitos para disponer la prisión preventiva, se admite que la misma pueda ser decretada, no solamente en los casos de existir un riesgo de fuga o de frustración del proceso, sino también cuando «la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad» (artículo 224 *in fine*). Ello ciertamente desnaturaliza el carácter procesal de la prisión preventiva, por cuanto se introducen valoraciones subjetivas (la necesidad de asegu-

21 Artículo 217 del nuevo CPP: «(Estado de inocencia) En todo caso el imputado será tratado como inocente hasta tanto no recaiga una sentencia de condena ejecutoriada. La prisión preventiva se cumplirá de modo tal que en ningún caso podrá adquirir los caracteres de una pena».

22 Artículo 223 del nuevo CPP: «(Procedencia de la prisión preventiva) Toda persona tiene derecho a la libertad personal y la seguridad individual. En ningún caso la aplicación de la prisión preventiva será de aplicación preceptiva».

ramiento de la víctima o de la sociedad), que difícilmente puedan ser objeto de verificación y refutación procesal.

Por otro lado, se introducen criterios sustantivos para la valoración del peligro de fuga, tales como las «circunstancias, naturaleza del hecho y gravedad del delito» (artículo 226 lit. c), que nada tienen que ver con el riesgo procesal de frustración del proceso. Se trata de valoraciones que hacen al fondo del asunto y no al peligro procesal que entraña el riesgo de fuga.

Además, se presume el riesgo para la sociedad «cuando el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente» (artículo 227.2), lo cual significa habilitar la imposición de la prisión preventiva por el hecho de poseer antecedentes y no por un riesgo actual e inminente de carácter procesal.

Como puede observarse, en tales casos se habilita la asimilación de la prisión preventiva con la pena, en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 217 del mismo cuerpo normativo, pues se introducen criterios sustantivos así como otros basados en la supuesta peligrosidad del imputado.

Finalmente, en cuanto a la duración de la prisión preventiva, se admite su posible asimilación con la pena en diversas hipótesis previstas en el artículo 235.1, el establecer que la prisión preventiva cesará cuando «el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal» (lit. a), cuando «el imputado haya agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por sentencia de condena, aún no ejecutoriada» (lit. b), y cuando «el imputado haya sufrido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena ejecutoriada, le habría permitido iniciar el trámite de la libertad anticipada» (lit. c).

En tales supuestos, se pasa por alto la idea de la «inequivalencia» entre la pena y la prisión preventiva, según la cual la duración del encarcelamiento cautelar debe ser sensiblemente inferior con relación a la pena, pues de lo contrario se estaría habilitando la asimilación del instrumento procesal con el sustantivo, desvirtuando el principio de inocencia.

Ciertamente, se introduce un plazo máximo de duración cuando hayan transcurrido más de dos años sin haberse deducido acusación (lit. d), pero se trata de un plazo muy extenso y totalmente desvinculado de los aspectos procesales que pueden justificar el encarcelamiento preventivo. En tal caso, la razón del cese de la prisión preventiva se debe a la extensión injustificada del proceso, lo cual se vincula con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Desde este punto de vista, se trata de un avance con relación a la legislación vigente, que no establece un plazo máximo de duración de la prisión preventiva.

En síntesis, el nuevo texto legal tiene claros y oscuros en la regulación de la prisión preventiva. Por un lado pretende asegurar, con

carácter general la utilización excepcional del instituto, resaltando su naturaleza cautelar y por ende procesal. Sin embargo, al mismo tiempo contiene disposiciones que introducen criterios sustantivos e incluso de peligrosidad, que desvirtúan su carácter procesal y contradicen el propósito de una utilización excepcional del encarcelamiento preventivo, proclamada en el mismo texto legal.

Ante tal panorama, es difícil prever un cambio estructural de las prácticas en torno a la prisión preventiva, tan arraigadas en nuestra cultura judicial. Sería deseable introducir modificaciones al texto, eliminando los aspectos sustantivistas y peligrosistas que aún impregnan la regulación de la prisión preventiva, de modo de evitar la supervivencia de la utilización punitivista del instrumento procesal. Mientras tales reformas no se produzcan, habrá que aguardar con expectativa los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia que tienen en sus manos la posibilidad de erradicar progresivamente las prácticas perniciosas de nuestra justicia penal. Solamente un cambio radical podrá lograr desterrar la idea de que el castigo es el sometimiento a proceso, en lugar de resultar una consecuencia del debido proceso legal.

Bibliografía

- Abal, Alejandro (1977) *Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, Ed. Amalio Fernández.
- Bovino, Alberto (1997) «El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS.
- (2005) *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.
- CIDH, Informe 35/07.
- Cajarville, Juan Pablo (2007) *Sobre Derecho Administrativo, t. II*, Montevideo, FCU.
- Camaño Viera, Diego (2006a) «Límites normativos a la duración de la prisión preventiva», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 16, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 345-369.
- (2006b) «Prisión preventiva y estándares internacionales», en *Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay*, Montevideo, Fundación CADAL.
- (2007) «La falta de reconocimiento de los estándares internacionales sobre prisión preventiva en la justicia uruguaya», *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, disponible en: <www.anuariodh.uchile.cl/>.
- (2011) *Aportes a la reforma del Código Penal y el Código Procesal Penal*, PNUD-INR, noviembre, disponible en: <<http://www.uy.undp.org/content/dam/uruguay/docs/GD/undp-uyaportes-cod-penal-2013.pdfcod-penal-2013.pdf>>.
- Dulitzky, Ariel E. (1997) «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado», en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Ed. del Puerto.
- Guastini, Ricardo (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa.
- Maier, Julio B.J. (1996) *Derecho procesal penal, t. I., Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto.
- Pastor, Daniel R. (1993) «El encarcelamiento preventivo», en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.
- Pinto, Mónica (1997) *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.
- Risso, Martín (2005) *Derecho Constitucional, t. I*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Sergi, Natalia (2001) «Límites temporales a la prisión preventiva», en *Nueva Doctrina Penal, 2001-A*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

Crisis y después: seguimiento de las respuestas estatales a la emergencia humanitaria en el sistema penitenciario

Álvaro Garcé García y Santos

Introducción. Aumento de la prisionización y ausencia de inversión: el anticipo de la crisis

Con una población de alrededor de tres millones trescientos mil habitantes, Uruguay registra casi once mil personas privadas de libertad. De estas, algo menos de diez mil se encuentran en el sistema carcelario, distribuidas en unos treinta establecimientos.¹

A estas diez mil personas se agregan alrededor de ochocientos adolescentes institucionalizados en el sistema de responsabilidad penal juvenil; por otra parte, hay que sumar unos trescientos cincuenta pacientes internados por disposición judicial en hospitales psiquiátricos.

Solamente tomando en cuenta las personas privadas de libertad en cárceles, la tasa de prisionización es de 330 personas por cada 100.000 habitantes, la más alta de la región con excepción de Chile. Si consideramos a todas las personas privadas de libertad, independientemente de su condición jurídica, la tasa alcanza a los 350 privados de libertad por cada 100.000 habitantes. En un país cuyo crecimiento poblacional se encuentra estancado, estos datos son alarmantes.

Hasta mediados de los años sesenta el nivel de encarcelamiento en nuestro país fue similar al de los países más desarrollados de Europa Occidental, esto es, unas 50 personas cada 100.000 habitantes. En los años cuarenta, cincuenta y sesenta, la población reclusa nacional osci-

1 Tres cuartas partes de la población reclusa se encuentran en establecimientos de Montevideo o su zona metropolitana. Prácticamente la mitad de los procesados y penados están encarcelados por delitos contra la propiedad, en sus diversas modalidades.

laba entre las mil cuatrocientas a mil seiscientas personas, sin superar ese máximo. Su gran mayoría se alojaba en las cárceles de Miguelete y Punta Carretas.

Cuando ambas fueron sustituidas poco después del retorno a la democracia, el estado de los dos establecimientos era por igual ruinoso. Sin éxito, el cierre de estas cárceles venía siendo reclamado con insistencia desde los años treinta.

Entre 1963 y 2013 la población nacional aumentó menos de un 20%, pasando de unos tres millones de habitantes a los aproximadamente tres millones trescientos mil actuales. En el mismo lapso, la cantidad de privados de libertad se incrementó un 700%: sin audacias predictivas, las uniformes series estadísticas nos auguran un más que probable aumento del encarcelamiento para los años venideros.

El aumento de la prisionización juvenil, paradójico en un país demográficamente estancado, ha aparejado que el 75% de la población carcelaria sea menor de 35 años. Los dos grupos que presentan el mayor incremento son los adolescentes —inimputables pero pasibles de medidas privativas de libertad— y las mujeres.

En 1972 el Dr. Carlos Martínez Moreno advertía el comienzo de la prisionización juvenil y denunciaba su implícita debilidad como modelo social:

El régimen se ha dado a vivir el más peligroso de los sueños, el sueño de encarcelar a los jóvenes. El más peligroso y el más irreal, en la medida en que prefiere aprisionarlos a comprenderlos. Porque aparentemente no los entiende ni quiere ni cree que valga la pena entenderlos; considere más fácil cercarlos (Martínez Moreno, 1994: 219).²

Aquel incipiente panorama de los setenta se disparó en la pasada década. Desde 2006 a 2012 el crecimiento anual de la población reclusa no fue menor al 6%. El número de hombres privados de libertad creció un 45% en el período señalado, mientras que en el caso de las mujeres el aumento llegó al 75% en idéntico lapso.³

La prisionización y la falta de inversión precipitaron la crisis. Su magnitud fue asumida en marzo de 2005 cuando, al ser investido de la primera magistratura, el Dr. Tabaré Vázquez declaró la «emergencia humanitaria» en todo el sistema penitenciario nacional.

La primera acción-respuesta fue la Ley 17.897, de «Humanización y modernización del sistema penitenciario». La norma dispuso un régimen excepcional de libertades provisionales y anticipadas, en el que quedaban excluidos los autores de delitos graves. Entre 2006 y comienzos del año siguiente obtuvieron la libertad 849 personas, de las

2 El ensayo, titulado «El sueño de un país que sea una cárcel» había sido publicado por *Marcha*, el 15/XII/1972.

3 Los datos constan en los Informes del Comisionado Parlamentario a la Asamblea General; <www.parlamento.gub.uy>.

que un 40% fue posteriormente reintegrada a la cárcel,⁴ por reincidencia en el delito o incumplimiento de las obligaciones administrativas fijadas por la misma ley.

El efímero descenso de la tasa de encarcelamiento en 2006 fue seguido, a partir del segundo semestre del año 2007, por un nuevo empuje de la prisionización y el subsiguiente deterioro de las condiciones de reclusión. En vista de ello y tras recibir múltiples advertencias, a comienzos del año 2009, el Poder Ejecutivo tomó la decisión construir nuevas instalaciones penitenciarias.

Simultáneamente llegaba al país el entonces Relator Especial de ONU para la Tortura, Manfred Nowak. Esta misión, que causó un gran impacto en el ambiente político y en la opinión pública, fue decisiva para la mejora del sistema carcelario.

Al culminar su estadía el Relator expresó su asombro por el nivel de vulneración de derechos en las cárceles uruguayas, a las que comparó con las peores del mundo, en particular con las de Guinea Ecuatorial.

En los meses siguientes a la visita de Nowak se iniciaba la construcción de un nuevo módulo en Santiago Vázquez, uno en Libertad, otro en Maldonado, y avanzaban las obras de la cárcel departamental de Rivera.

Hacia una transformación de la gestión

El consenso para la inversión en locales y en personal técnico

En 2010 el Poder Ejecutivo recibió un sistema carcelario con 9200 personas y un conjunto de obras que, hallándose en plena ejecución, aún no estaban en condiciones de resolver la crisis.

Antes de comenzar su gestión, el presidente José Mujica convocó grupos técnicos con representación de los partidos políticos, en cuatro áreas, incluidas la seguridad pública y la cuestión penitenciaria.

La «Comisión Interpartidaria de Seguridad Pública» quedó instalada a comienzos de 2010, y sesionó durante el primer semestre de aquel año. En el mes de agosto el grupo de trabajo adoptó por consenso un documento en el que se recordaba que la seguridad pública es un derecho humano⁵ cuya gestión debe desarrollarse en términos de política de Estado, con la participación «de todo el sistema político o, al menos, de su gran mayoría» (Declaración Universal de Derechos Hu-

4 El guarismo es comparable al registrado en su antecedente más próximo, la Ley 15.743, de mayo de 1985.

5 Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/XII/1948 establece en su artículo 3 que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». En el mismo sentido, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que «todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales».

manos, 1948: 2). El documento postulaba la necesidad de «enfrentar los problemas de inseguridad con una concepción integral y una eficaz política en prevención, represión y sanción» y reafirmaba la necesidad de «seguir invirtiendo en políticas sociales» para resolver «los factores determinantes de la marginalidad y la delincuencia» (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: 2).

En materia presupuestal, los partidos se comprometieron a «aumentar los recursos del Ministerio del Interior en términos corrientes, en una cifra que pueda llegar hasta el doble de lo actual», dándose prioridad al sistema carcelario junto a otros cuatro objetivos (remuneraciones del personal, capacitación, mejora de la calidad de vida y desarrollo de la infraestructura destinada a la seguridad).

El documento proponía «la reestructura del sistema de privación de libertad, tanto para adultos como para adolescentes» y «diseñar e implementar un sistema de privación de libertad que no funcione como universidad del crimen ni perfeccionamiento de las redes de marginalidad», fijándose como objetivo institucional «la salida de las cárceles de la órbita policial» (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: 2 y 7).

El presupuesto quinquenal (2010-2014) dotó al Poder Ejecutivo de cifras históricas, a fin de comenzar la reforma del sistema carcelario. Además de la asignación de fondos se dispuso la creación del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR),⁶ con el cometido de gestionar el sistema penitenciario nacional unificado.

Previo al presupuesto, por razones de urgencia, la Ley 18.667, de 8 de julio de 2010, adelantó la asignación de unos quince millones de dólares al Ministerio del Interior, que fueron destinados a la culminación de las diversas obras comenzadas en 2009 (COMCAR, Libertad, Rivera y Maldonado) y cuya finalización era por entonces urgente.

La misma ley, aprobada pocos días después del trágico incendio en la cárcel de Rocha,⁷ previó la creación de hasta mil quinientos cargos técnicos en el seno del INR.

Aspectos institucionales: el comienzo de la unificación del sistema

Por Decreto 145/12 el Poder Ejecutivo fijó los plazos de la transición hacia un sistema nacional de cárceles integrado en el Instituto Nacional de Rehabilitación.

El plazo para la culminación del proceso fue establecido por el mismo decreto para el año 2015; por tanto, para este año deberían estar nucleadas todas las cárceles en el nuevo esquema institucional. Es indispensable lograr la estructura única y una conducción coherente,

6 Artículos 227 a 229 de la Ley 18.719, de 27 de diciembre de 2010.

7 En el incendio perecieron doce internos, que podrían haber sido veinte si el funcionario interviniente hubiera tardado medio minuto más para abrir el pabellón en llamas.

todo lo cual es condición indispensable para la salida del sistema carcelario fuera de la órbita policial.⁸

Aspectos preventivos: importancia del monitoreo de las condiciones de reclusión

Las visitas a establecimientos de detención constituyen una eficaz herramienta de prevención del maltrato.

La amplia experiencia internacional [...] ha demostrado que las visitas regulares a lugares de detención pueden ser sumamente eficaces para la prevención de la tortura y otros malos. La posibilidad de estar sujeto a un escrutinio externo inesperado puede tener un importante efecto disuasivo. Además, las visitas permiten a expertos independientes examinar de primera mano y no a través de intermediarios, el trato brindado a las personas privadas de libertad y las condiciones en las cuales están detenidas. A partir de la situación concreta observada y en las entrevistas con personas privadas de libertad, los expertos pueden hacer recomendaciones realistas y prácticas y entrar en diálogo con las autoridades, con miras a mejorar la situación. Asimismo, las visitas del mundo exterior pueden ser una importante fuente de apoyo moral para personas privadas de libertad (Asociación para la Prevención de la Tortura e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010: 20).

Sin perjuicio de las múltiples obligaciones que los Estados han asumido para erradicar la tortura y todas las formas de maltrato, la práctica demuestra la necesidad de establecer sistemas de control de las condiciones de detención. Cabe al suizo Jean Jacques Gautier, fundador de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), el mérito de impulsar la creación de mecanismos internacionales y nacionales para hacer el seguimiento constante de las condiciones de detención y del empleo de la fuerza.⁹

Como ha postulado la APT, el desarrollo de una estrategia global para la prevención de la tortura requiere tres elementos amplios e interrelacionados: a) un marco legal y políticas públicas para prohibir la tortura y otros malos tratos; b) que ambos sean implementados por actores relevantes (como los jueces y la policía); c) que ello se haga a través de mecanismos para vigilar la implementación de leyes relevantes (Asociación para la Prevención de la Tortura e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010: 21).

8 En 1971 las cárceles fueron transferidas del Ministerio de Educación y Cultura al Ministerio del Interior, quedando a partir de ese momento asignadas a esta secretaría de Estado.

9 Uruguay ratificó el Protocolo de la Convención contra la Tortura mediante Ley 17.914, de 08712/2005. Dicho instrumento genera a los Estados Parte la obligación de crear o mantener uno o varios mecanismos nacionales de prevención de la tortura. El artículo 83 de la Ley 18.446, de creación de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo designó a esta como mecanismo de prevención, debiendo coordinar sus tareas (en virtud del artículo 9 de la citada norma) con el Comisionado Parlamentario.

El monitoreo de las cárceles en Uruguay se ha cumplido desde 2005 por el Comisionado Parlamentario. Cada año la institución realiza más de cuatrocientas cincuenta visitas a establecimientos de todo el país, comunicando regularmente el resultado de ellas a la Asamblea General, por intermedio de una Comisión Especial de Seguimiento del Sistema Penitenciario y de Interlocución con el Comisionado Parlamentario,¹⁰ instituida en 2006.

De acuerdo a lo establecido por la Carta Orgánica del Comisionado, las visitas son de dos tipos: ordinarias y extraordinarias. Las primeras se cumplen de acuerdo al plan mensual de trabajo y son comunicadas con veinticuatro horas de antelación a los correspondientes servicios administrativos penitenciarios. En las visitas extraordinarias se supervisan procedimientos de requisa o se recaba información sumaria para la instrucción de una queja o denuncia. Estas visitas no son preanunciadas a las autoridades, y salvo excepciones, han sido llevadas a cabo por el titular.

El sistema carcelario en la actualidad

Sobrepoblación

La expresión más evidente de la crisis penitenciaria en Uruguay fue el grave nivel de sobrepoblación alcanzado a fines de la pasada década.

A mediados de 2009, unas ocho mil novecientas personas se encontraban privadas de libertad en veintinueve establecimientos de todo el país; por entonces las plazas disponibles no eran más de seis mil. Las instalaciones presentaban cuadros de deterioro que variaban entre lo regular y lo ruinoso.

La emergencia humanitaria tendía a agravarse. Quince de los veintinueve establecimientos existentes presentaban niveles críticos de densidad, que en algunos casos rondaban el 300%.

La cárcel «Las Rosas» (Maldonado), registraba un guarismo de 301%;¹¹ Rocha, 290%; el establecimiento femenino «Cabildo», 228%. Estos tres establecimientos ya han sido sustituidos por otras instalaciones, nuevas o recicladas.

A pesar de que la población reclusa ha continuado en aumento, el panorama general en materia locativa ha cambiado totalmente en

10 La Comisión se integra por cinco senadores y diez diputados. Su función consiste en servir como enlace institucional entre la Asamblea General y su mandatario especial para el sistema penitenciario. Este rinde un informe anual y regularmente presenta, a petición de la Comisión o por su propia iniciativa, informes temáticos. La Comisión, acompañada por el Comisionado, ha realizado visitas periódicas a los establecimientos.

11 En «Las Rosas» en cada verano era clásico constatar que un amplio conjunto de personas dormían sobre cartones, a la intemperie, en los patios abiertos del establecimiento.

los últimos años. Como resultado de las inversiones realizadas desde 2009 en adelante, se han construido más de cuatro mil nuevas plazas; a dicha cifra hay que restarle unas mil, correspondientes a establecimientos o sectores clausurados en virtud de su obsolescencia o pésimo estado de conservación.¹²

A fines de 2014, la densidad general del sistema se situaba en el orden del 120%. No obstante, a pesar de las mejoras aún subsisten áreas con fuertes niveles de hacinamiento: algunos pabellones femeninos en el interior del país, y sectores en los establecimientos más importantes, todavía alojan a más del doble de personas de lo que su capacidad admite.

A pesar de la nueva infraestructura penitenciaria, el permanente incremento de la población reclusa no ha permitido aún la completa resolución del problema del hacinamiento. Los guarismos de prisionización no pueden continuar aumentando indefinidamente; es por ello que urge la reforma procesal penal, en particular, el rediseño de la política criminal y la racionalización del empleo de la prisión preventiva (Scapusio Minvielle, 2009: 38).

Actualmente esta se aplica mucho más allá de su finalidad cautelar, puesto que opera como un indebido adelanto de la pena. La aplicación de medidas sustitutivas a la prevención con prisión es posible, contándose para ello con el aceptable marco establecido por la Ley 17.726. Sin embargo, en la práctica la aplicación de tales medidas continúa siendo insuficiente.

Con el propósito de dar respaldo administrativo, el Ministerio del Interior ha creado en Montevideo la Oficina de Seguimiento de Libertades Asistidas (OSLA). Dicha oficina realiza el seguimiento de las personas bajo medidas sustitutivas de la privación de libertad.

Uso de la fuerza

El mal empleo de los medios de coerción ha sido una constante en las cárceles uruguayas en las últimas décadas. Los abusos en la aplicación de sanciones con internación en celda de aislamiento, el uso excesivo de la fuerza durante las requisas y diversos tipos de maltrato físico fueron, hasta hace poco tiempo, una práctica generalizada.

A partir de mayo de 2012, el comando del INR ordenó adecuar estrictamente el empleo de la fuerza a los parámetros legales. Actualmente se verifican avances en esta materia, pero aún resta mucho por mejorar.

12 Entre 2011 y 2013 se sustituyeron las cárceles de Rivera, Rocha, Maldonado, Minas, cárcel femenina de Cabillo (Montevideo), los celdarios metálicos de la cárcel de Libertad («latas»), y el pabellón femenino del departamento de Canelones. Estas instalaciones totalizaban unas mil plazas inservibles; el reemplazo de las mismas representó un avance significativo.

La aplicación de sanciones con internación en celda de aislamiento se va lentamente adecuando a los parámetros legales y se han suprimido algunos de los peores calabozos. Hasta 2010 subsistían celdas oscuras en la mayoría de los establecimientos del interior.

Dichos calabozos fueron refaccionados o clausurados, y en algún caso fueron demolidos; en tal sentido, como ejemplo de buena práctica debe recordarse la supresión de cuatro celdas infames en la cárcel de Canelones. La medida fue dispuesta por el Jefe de Policía en 2012, poco antes del traspaso del establecimiento a la órbita del INR.

Lamentablemente, los servicios médicos todavía incumplen la obligación legal de examinar día a día a quienes están sancionados con aislamiento, certificando que están aptos para el cumplimiento de la medida disciplinaria.

En lo que refiere a las requisas también se aprecian cambios. La realización de tales procedimientos fue por mucho tiempo ocasión para el ejercicio de una violencia inusitada (agresión física, destrucción, menoscabo o sustracción de los efectos personales de los privados de libertad). Actualmente se cumplen de una manera mucho más acorde a la legalidad.

Atención médica y odontológica

Hasta el año 2007 la atención de la salud estuvo en todas las cárceles a cargo de los servicios policiales. Más allá del esfuerzo de algunos buenos médicos y paramédicos, el sistema como tal era omiso y encubridor de malas prácticas.

El primer problema que debía corregirse era la ubicación institucional de los servicios: el personal penitenciario a cargo de la salud —por encontrarse dentro de la cadena de mando policial— tenía fuertemente limitada su autonomía y su independencia técnica.

A partir de un convenio entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud Pública, en el año 2007 la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) se hizo cargo de la policlínica del Complejo Santiago Vázquez.

Con buenos resultados a la vista, aquella primera experiencia fue extendida a otros cuatro establecimientos (cárcel de Libertad, Centro Metropolitano de Reclusión Femenina y Punta de Rieles). Por limitaciones de orden presupuestal se detuvo el proceso de extensión de los servicios de salud de ASSE a todas las cárceles.

Consumo de drogas

La existencia de una cantidad indeterminada —pero seguramente muy amplia— de personas privadas de libertad y en carrera de consumo, representa hoy el problema más grave en el sistema carcelario nacional.

El consumo de drogas en cárceles aún no ha sido completamente admitido por la sociedad y por la propia Administración; no existe forma de superar este problema, que impacta en la salud y en la seguridad, si no se recorre previamente un camino de sinceramiento, por difícil que sea.

Algunas personas son capaces de detener por sí el consumo de drogas, temporal o definitivamente, pero otras no pueden hacerlo sin ayuda terapéutica. En el caso de las drogas más adictivas, como las que se consumen en cárceles, es indispensable el tratamiento técnico del adicto y de su entorno.

Para superar la dependencia —«la pérdida de la libertad de abstinense» (Hervé, 2004: 81)— resulta indispensable prevenir, informar, desintoxicar, fomentar la práctica de deportes, recomponer o sanar los lazos familiares, etcétera. Por fuerte que sea la voluntad, esta sola no alcanza.

La acción institucional en materia de prevención y tratamiento de drogas para privados de libertad es todavía ínfima con relación a la magnitud del problema.

Inclusión social de las personas liberadas

El Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados tiene como misión el fomento de la inserción social de las personas liberadas.

Sin perjuicio de la esforzada tarea que cumple dicha institución, de carácter semivoluntario, la reincidencia se sitúa en el 60%. Ello por sí da cuenta de las reales dificultades de inserción que enfrentan los liberados.

Con el propósito de revertir esta situación, desde el año 2010 se han celebrado diversos convenios entre el Patronato y otros organismos estatales, a fin de facilitar a los privados de libertad el aprendizaje de oficios.

Objetivos de la Administración penitenciaria en 2012 y su evolución posterior

A fines de 2012, las autoridades penitenciarias plantearon públicamente un conjunto de metas a corto plazo. En términos resumidos, dichos objetivos¹³ fueron:

- a) Dar cumplimiento del cronograma de unificación del sistema penitenciario. En ejecución del Decreto 145/12 del Poder Ejecutivo, el Ministerio del Interior se propone culminar en tiempo el pasaje de las cárceles que aún se encuentran dependiendo de las Jefaturas de Policía, a la órbita del INR.

13 Estos fueron públicamente asumidos por el jerarca del INR, Insp. Luis Mendoza Novo el 27/12/12, en ocasión del aniversario de la creación del mencionado instituto.

- b) Mejorar la coordinación de los programas de tratamiento de las personas privadas de libertad, mediante la incorporación de personal técnico.
- c) Avanzar en la clasificación y tratamiento de la población reclusa.
- d) Mejorar la coordinación de la atención médica e iniciar la construcción del hospital penitenciario.
- e) Fortalecer la Oficina de Seguimiento de Libertades Asistidas, de modo de dar apoyo efectivo a los magistrados que dispongan el empleo de medidas sustitutivas a la prisión preventiva.
- f) Promover mejores condiciones de trabajo para el personal penitenciario.
- g) Facilitar el acceso de las personas privadas de libertad a los distintos niveles de educación pública, y a las actividades de enseñanza no formal.
- h) Desarrollar nuevas oportunidades de trabajo en los diferentes establecimientos.

El avance en el cumplimiento de estas metas no fue homogéneo: la velocidad del cambio ha tenido que ver con dos factores: las dificultades materiales propias de cada contexto, y el diferente grado de compromiso e involucramiento del personal.

Han jugado en favor de tales objetivos, los siguientes factores:

- a) *El avance de la transición hacia un sistema nacional de cárceles.* Hasta el momento, el cronograma previsto en 2012 por el Poder Ejecutivo se ha venido cumpliendo en tiempo, y en algunos casos, antes del término previsto por el correspondiente decreto.
- b) *Inversiones.* El conjunto de inversiones iniciadas en 2009 empezó a tener algunos resultados, especialmente el abatimiento de los niveles de sobrepoblación.
- c) *Integración del personal técnico en los equipos de dirección de los establecimientos.* La designación de operadores penitenciarios civiles comenzó en 2011 y fue seguida de la incorporación de técnicos en las direcciones o subdirecciones de los establecimientos. Su resultado fue el cambio de algunos criterios de gestión, hasta entonces centrados únicamente en aspectos custodiales.
- d) *Restablecimiento de áreas de la legalidad perdida.* El Estado había prácticamente perdido el control de las principales cárceles, en las que imperaban grupos de internos en connivencia con funcionarios corruptos. A partir de 2011 dieron pasos —modestos pero reales— en la recuperación del ejercicio de la autoridad.
- e) *Supervisión de requisas.* La presencia de veedores parlamentarios en estos procedimientos contribuyó a superar la endémica violencia que los caracterizó durante años.

f) *Apoyo a libertades asistidas*. La creación de la oficina encargada del seguimiento de las medidas sustitutivas de la prisión ha dado un primer respaldo administrativo a los magistrados dispuestos a aplicar la ley de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Sin perjuicio de estos avances, persisten las siguientes áreas críticas:

a) *Riesgo de incendio*. Salvo excepciones, los locales penitenciarios carecen de la habilitación preceptiva de seguridad contra incendios. El riesgo de incendio subsiste en los establecimientos en los que se acumulan grandes cantidades de materiales combustibles.

b) *Control de ingreso*. La incorporación de tecnología para la revisión personal sustituyó en las principales cárceles el indigno método de inspección visual. No obstante, el ingreso de armas de fuego en COMCAR, y Libertad propició la grave crisis de seguridad de abril de 2012.

c) *Empleo de medios de coerción*. Las pautas legales de moderación, racionalidad, progresividad y proporcionalidad, son a menudo excedidas en la práctica. Además, se han constatado omisiones en el deber de comunicar a la Justicia la utilización de la fuerza y sus consiguientes resultados.

d) *Tratamiento de adicciones*. Como ya fue detallado, el consumo problemático de drogas, en particular, de pasta base de cocaína, genera trastornos en la salud y en la seguridad de amplios sectores de la población reclusa. Urge la implementación de programas de tratamiento, fundamentalmente en los establecimientos con mayor población.

e) *Protección a denunciantes y testigos*. La transparencia del sistema requiere la efectiva protección a quienes realizan denuncias o cooperan con la Justicia. En la práctica, la «seguridad» dada a quienes realizan denuncias de corrupción o maltrato, equivale a un indeseable aislamiento que torna más gravosa la privación de libertad.

f) *Trato a familiares*. La revisión ocular de la visita —que subsiste en establecimientos aún carentes de tecnología de control— constituye un trato degradante, tanto para quienes son revisados como para quienes realizan la tarea.

g) *Coordinación de actos médicos fuera de los establecimientos*. La frecuente demora en la realización de estudios, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, y en general, de actos médicos fuera de las cárceles, constituye una recurrente causa de vulneración de derechos.

h) *Alimentación*. La dieta continúa siendo insuficiente. De no existir una ayuda familiar suplementaria, la mayor parte de la población reclusa presentaría cuadros de desnutrición.

- i) *Prisión preventiva*. En 2012, dos tercios de la población reclusa se encontraban en calidad de procesados, a la espera de su sentencia definitiva de absolución o condena. El empleo de la prisión preventiva más allá de su finalidad cautelar es un inaceptable adelanto de la pena, que lesiona el principio constitucional de presunción de inocencia.
- j) *Duración de los procesos penales*. Como resultado de la supervivencia de un anacrónico modelo penal inquisitivo —lento y trabado— el desarrollo de los juicios se extiende por años, vulnerando el derecho a la pronta y eficiente administración de justicia.
- l) *Salidas transitorias*. El número de beneficiarios de salidas transitorias ha disminuido en los últimos años. En 2006, 833 personas (12,4% del total) gozaban de este beneficio; en 2012, la cifra había decaído a 529 personas (5,5%). Esta involución lesiona derechos y compromete la real aplicación del régimen de la progresividad.

El futuro inmediato de la reforma

Los resultados de la inversión realizada por el Estado —y por la sociedad, a través del aporte tributario de los ciudadanos— para mejorar el sistema carcelario son absolutamente precarios. Cada espacio de mejora podría rápidamente perderse si el esfuerzo no persistiera.

En líneas generales, la afirmación de la reforma carcelaria requerirá la debida prioridad, especialmente en la inminente instancia presupuestal. Sin perjuicio de la indispensable asignación de recursos, existe un conjunto de medidas concretas que la Administración penitenciaria debería adoptar en el corto plazo:

- a) Verificar la existencia de las divisorias irregulares en pabellones —las «tolderías» construidas con materiales inflamables— y en su caso disponer definitivamente la sustitución de las mismas por divisorias de materiales incombustibles.
- b) Gestionar, hasta concluir el trámite, con la habilitación de los locales penitenciarios por la Dirección Nacional de Bomberos.
- c) Controlar exhaustivamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los establecimientos penitenciarios.
- d) Exigir el cumplimiento de la obligación de dar cuenta a la Justicia de toda ocasión en la que se empleen medios de coerción, y sus resultados en cada caso.
- e) Disponer la realización de controles médicos preceptivos en traslados y conducciones de personas privadas de libertad, especialmente cuando se trate de denunciantes y testigos que realicen demandas judiciales sobre presuntos actos de corrupción.

- f) Establecer como orden de servicio y fiscalizar su debido cumplimiento, que los y las Sres. y Sras. Directores/as de los establecimientos, o en su caso, los funcionarios que se encuentren a cargo de los mismos, deben negarse a recibir a personas privadas de libertad que presenten señales de haber sido maltratadas, dando inmediata cuenta a sus superiores jerárquicos y a la Justicia.
- g) Acondicionar los vehículos utilizados para las conducciones y traslados de personas privadas de libertad, conforme las normas de prevención de accidentes y seguridad en el tránsito vehicular.
- h) Promover ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la declaración de insalubridad del trabajo penitenciario.

A modo de conclusión

Tras haber llegado al caos el sistema carcelario muestra algunas señales de cambio, todavía muy incipientes; estas transformaciones no son homogéneas ni completas. Las cárceles tienen un gran impacto en la seguridad humana: invertir en ellas es una forma de obtener una mejor calidad de convivencia entre todas las personas.

La errónea política criminal actual, es decir, el abusivo empleo de la prisión preventiva y un restrictivo criterio de asignación de beneficios legales (como las salidas transitorias y la libertad anticipada), es el principal obstáculo a los cambios intentados en el sistema carcelario.

A ello se agrega la necesidad de promover efectivamente la reforma procesal penal y la implementación de terapias para los adictos privados de libertad.

Como afirma el viejo aforismo «la acción es la medida del interés»; en el futuro inmediato, con el presupuesto quinquenal a la vista, podremos tener una noción más clara de cómo serán las cárceles en el Uruguay del Bicentenario.

Bibliografía

- Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) (2007) *Establecimiento y designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*, traducción de María del Rosario Baquero, Ginebra, APT.
- e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010) *Protocolo Facultativo de la convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Manual para su implementación*, San José de Costa Rica.
- Cagnoni, José Aníbal (2004) *Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Defensor del Pueblo*, 4.^a edición actualizada, Montevideo, FCU.
- Castro, Álvaro y otros (2010) *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales.
- Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10/XII/1948.
- Hervé, François (2004) *Les drogues et addictions*, Editions Flammarion, París.
- Martin, Claudia (2006) *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano*, Ginebra, Organización Mundial contra la Tortura (OMCT).
- Martínez Moreno, Carlos (1994) *Los días que vivimos*, edición completa de la obra de Martínez Moreno, Montevideo, Cámara de Senadores.
- Mieres, Pablo *et al.* (2007) *Transparencia y ciudadanía responsable*, Montevideo, Centro Latinoamericano de Economía Humana y Fundación Avina.
- Ronzoni, Raúl *et al.* (2008) *Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay*, Montevideo, Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina.
- Scapusio Minvielle, Beatriz (2009) «El sistema penal uruguayo y su repercusión carcelaria: necesidad de una reforma», en *Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay*, Montevideo, CADAL.

Resocialización y proceso penal

Carlos Uriarte

Reflexiones preliminares

En esta breve contribución reflexionaremos sobre la prevención especial positiva (resocialización), haciendo una breve referencia a los hitos históricos más relevantes en los cuales ella registra su instalación en nuestro medio, sus variantes y los distintos ámbitos en los que tuvo y mantiene vigencia. Sin perjuicio de la abrumadora predominancia de los discursos «re» en el derecho internacional de los derechos humanos, en nuestro derecho positivo, en la gestión penitenciaria y en el *sentido común* de nuestro colectivo social, insistiremos en su crítica y en las alternativas posibles. Paradójicamente, la urgencia de la situación penitenciaria de la hora postergan la relevancia de estas cuestiones, porque problemas de indudable evidencia exigen acuerdos —hasta teóricos— con las posturas «re» de cuño *humanitario*.

Aproximación conceptual

Suele aludirse a la prevención especial positiva como una expresión unívoca, cuando, en realidad, tiene un sinnúmero de versiones, quizás inabarcables. A los efectos de este trabajo daremos una idea aproximada, que permita conglobar buena parte de ellas, por lo menos las más razonables.

Digamos entonces que la teoría de la prevención especial positiva de la pena —el discurso de la resocialización («re»)— asigna a la pena la función de prevenir futuras conductas delictivas mediante el tratamiento institucional del condenado, tendiendo al cambio de sus valores y actitudes como forma de lograr que se conduzca en futuro sin cometer delitos. Se habla también, en forma indistinta y permutable,

de rehabilitar, reeducar, reintegrar, reinsertar, recuperar, cuyas expresiones, al igual que la de resocializar, hacen referencia a la adecuación del individuo a la normalidad de la vida social (Baratta, 1991; Uriarte, 1999: 74). Son las ideologías «re», según el conocido prefijo con el cual Zaffaroni las identifica (Uriarte, 1999: 74).

Algo de historia, en nuestro país

Narrar una historia importa adoptar una perspectiva, de por sí selectiva. La nuestra será predominante aunque no exclusivamente jurídica, pues a la postre, la problemática inherente a la resocialización se filtra en disposiciones jurídicas, de cuya interpretación depende la intensidad, extensión y calidad de la privación de libertad. En la teoría de la pena se funden —y confunden— el derecho penal y la criminología, de tal suerte que cuando los juristas aplican normas que aluden a las «re», no tienen otra alternativa que operar con nociones criminológicas o políticas que proporcionan otras disciplinas (o, por lo menos, así debería ocurrir).

Es probable que el primer discurso elaborado que registre nuestro derecho positivo, con respecto a los objetivos o pautas que deberían adoptar nuestras gestiones penitenciarias, sea el Informe elaborado en 1882 por la Comisión designada para la elaboración del Código Penal, la que, requerida al efecto, debió expedirse previamente sobre estas cuestiones.

A fines de 1882, dicha Comisión, presidida por Joaquín Requena,¹ elevó el mencionado Informe. Según este, los objetivos que debe cumplir la cárcel son la *represión* de delitos, la *regeneración* moral del delincuente y la *disciplina reformadora* (Alonso Criado, 1882).

Allí aparece reconocido el rigor de la privación de libertad (represión), que puede comprender dos dimensiones posibles: por un lado, el *merecido* castigo y, por otro, el reconocimiento del ostensible rigor de la privación de libertad, y de su *hábitat*, la cárcel. Es posible que, con el tiempo, la prevención especial positiva haya mistificado la dureza del encierro, tanto más cuando fue acompañada desde siempre por la prevención especial negativa, por la cual corría la parte dura de los discursos del encierro; es posible, en suma, que el discurso de la represión haya mutado con el tiempo y transformado en la prevención especial negativa. Ese proceso permitió *liberar* a la resocialización de las asperezas del encierro.

Acto seguido se agrega el propósito de *regeneración moral* que debe orientarla. La palabra moral tiene un inconfundible aire religioso y

1 Esta Comisión, con diferente integración, elaboró el proyecto que en definitiva se transformó en el Código Penal de 1889.

correccionalista,² propio de los aportes de la filosofía krausista, en particular, de Concepción Arenal. Es significativa la referencia que se hace en el Informe al Congreso realizado en Estocolmo en 1878, en el cual la penitenciarista española presentara su reconocida ponencia sobre estos temas (Arenal, 1901; véase Uriarte, 1996). Por supuesto que ese matiz moralista —con explícitas connotaciones religiosas—, sin perjuicio de su inspiración humanitaria propia del krausismo (cambiar al ser humano para el bien), dispersa los objetivos de la gestión penitenciaria. Quizás, por esa razón, el positivismo biologicista y racista de la antropología criminal italiana del último tercio del siglo XIX, que en nuestro país disputaba espacios discursivos en esa época hasta los años treinta, al tiempo que le fue inyectando *cientificidad* al discurso penitenciario, fue superando sus aspectos morales.

Pero la regeneración moral requiere del arrepentimiento, que puede no acompañar a la educación penitenciaria. Por esa razón:

Bástale á la sociedad conseguir que los culpables sean colocados en situación de no causarle daño; que por medio de una disciplina reformadora, puedan corregir sus vicios y crear hábitos de orden y trabajo que les alejen de la reincidencia en el mal, encaminándose a la práctica del bien. El arrepentimiento quizá no habrá conmovido el corazón del hombre, pero á lo menos el influjo de la enseñanza recibida, la reminiscencia de la vida penal, le habrá mejorado, le habrán hecho más obediente á las leyes (Alonso Criado, 1882: 308).

En suma, en defecto de la regeneración moral, la disciplina tendría un cierto efecto mecánico, propio del rigor.

En el Código Penal de 1889, el fin de la pena privativa de libertad se percibe en dos pasajes. En primer lugar, cuando en la Exposición de Motivos se hace referencia a los *incorregibles*, para quienes se prevé la pena de muerte cuando cometen delitos atroces; *a contrario sensu*, la cárcel tiene sentido para los *corregibles* (Vásquez Acevedo, 1893: XII). En segundo lugar:

Los condenados á penitenciaría por más de cuatro años, que hayan dado pruebas ciertas de buena conducta i corrección moral, durante la mitad de del tiempo de su condena, podrán optar, cumplidos que sean los tres cuartos de esta, á libertad condicional revocable por el resto de la misma (transcripción textual del artículo 93 del CP de 1889).

La *buena conducta* y la *corrección moral* ya se consolidan como el binario que da contenido al penitenciario de la época; la disciplina adopta la fórmula más concreta de la «buena conducta».

Otro hito importante en esta historia es la cuestión de la abolición de la pena de muerte, que marca el fin de las penas corporales y la

2 Propiamente, la moralina de la privación de libertad tiene su origen en las «casas de corrección» o *rasp huis* del siglo XVII y su atmósfera religiosa (Mathiesen, 2003; Melossi-Pavarini, 1985). Pero su contenido, en el sentido que le asignamos, se fue henchendo de matices éticos de la forma que referimos.

consolidación de la privación de libertad como eje de nuestro sistema penal. Esta cuestión atravesó el siglo XIX uruguayo pos-Constitución de 1830, desde el proyecto abolicionista de Dámaso Antonio Larrañaga de 1831 en adelante, con diversas iniciativas legislativas parcialmente abolicionistas que no tuvieron éxito (Fessler, 2012). Finalmente, el 23 de setiembre de 1907, se sanciona la abolición de la pena de muerte, y se la sustituye por la de penitenciaría por tiempo indeterminado [...]; vencidos los treinta años los penados podían solicitar su libertad condicional, que sería acordada por la Alta Corte de Justicia [...], si «han dado pruebas ciertas de *buena conducta y corrección mora*» (Alonso Criado, 1907: 578). Aunque más tarde, en 1934, el Código Penal deroga la pena de penitenciaría indeterminada, queda claro que en los albores del siglo XX, la conducta —con el agregado de «buena»— y la corrección moral continúan articulando la privación de libertad. Más adelante, la abolición se constitucionaliza en el artículo 163, inc. 1, de la Constitución de 1918 y se mantiene en el artículo 25 de la Constitución de 1934, cuya redacción permanece incambiada en el actual artículo 26.

En la Constitución de 1934 se mantiene la constitucionalización de la pena de muerte y se agrega el pasaje final del actual artículo 26, precedido de una coma: «persiguiendo la reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito». En un trabajo que publicáramos hace veinte años, dijimos que ese agregado del párrafo final del actual artículo 26 de la Constitución fue a inspiración del krausismo español y del positivismo, encarnado en los médicos de la época (véase con detalles, Uriarte, 1996: 390 y ss.).

En suma, el artículo 26 de la Constitución mantiene hasta hoy en su texto la proscripción de la pena de muerte —pena corporal suprema— y el advenimiento definitivo de la cárcel, como reina de las penas, atravesada por la ideología de la reeducación. El correccionalismo original, transido de moralidad, mutó por la ideología «re», portada por médicos, maestros o pedagogos o educadores, psiquiatras, trabajadores sociales, juristas, etcétera, tanto teóricamente, como operativamente, en diversas formulaciones.

En 1933 se crea la Dirección de Institutos Penales, designándose a Juan Carlos Gómez Folle como director general. En mayo de 1934, este eleva un Proyecto de Ley Orgánica, que si bien no se sancionó en esa oportunidad, contiene un elaborado discurso acerca de los fines de la pena. En efecto, proyectaba como objetivo fundamental:

convertir y mantener los Establecimientos de su dependencia en verdaderos claustros de transformación moral y reeducativa del delincuente, cumpliendo su misión de modo de llegar a la mayor disminución posible de la delincuencia y la reincidencia en el delito,

según los dictados de la ciencia penal moderna y los conceptos científicos de la pena (Gómez Folle, 1947: 36-37). Años después, Gómez

Folle vuelve sobre el tema hablando ya de «tratamiento reeducativo», *corrección y readaptación* (Gómez Folle, 1947: 31).

En estos pasajes: a) se asocia explícitamente a la reeducación con la disminución de la reincidencia; b) pese a que se continúa hablando de «transformación moral», se otorga rango científico a la actividad correctora; c) se vincula la reeducación al tratamiento. Esto es, aparece decididamente el *tratamiento reeducativo*, binario que cuarenta o cincuenta años después sería cuestionado como la «ideología del tratamiento», propia del positivismo.

En el marco de la estrategia de internacionalización y especificación de los derechos humanos adoptada por la ONU en la posguerra, en 1955 se adoptan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. La Regla 58 establece que el fin y justificación de las penas y medidas privativas de libertad es proteger a la sociedad contra el crimen (influencia del movimiento la Nueva Defensa Social, liderado por Marc Ancel).³ En ellas el tratamiento tiene como objeto inculcar en los condenados:

la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad (Regla 65).

Si bien la ideología «re» no aparece explicitada literalmente,⁴ la idea de una vida futura sin delitos que la informa está claramente consagrada.

Cabe agregar dos comentarios. En primer lugar, la Regla 57 reconoce la afflictividad inherente al encierro, «que despoja al individuo de su derecho a disponer de su persona», la que no debe agravarse so pretexto de medidas disciplinarias. En segundo lugar, la Regla 60 dispone que:

el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.

Estos pasajes —que no han tenido gran resonancia en la legislación que se inspiró en las Reglas Mínimas ni en las *criminologías oficiales* de los países—, consagran la minimización del encierro, que de tal forma adquiere tres dimensiones: enuncia la pérdida del derecho a disponer

3 Ancel (1965) proclamaba sus diferencias con el positivismo y su vocación humanista, pero en esencia, su equipamiento teórico es positivista (defensa social, resocialización, comprensión científica del delito y la personalidad del delincuente, etiología, etcétera). Por esa razón hemos preferido calificar a la versión moderada de la Nueva Defensa Social (Ancel vs. Gramatica) como «humanitarista» (Uriarte, 1996, 1999 y 2006a; véase Del Olmo, 1981: 90).

4 Al igual que la sanción indeterminada, tan en boga en aquellos años.

de su persona,⁵ que es mucho más que la mera privación de libertad; traza normativamente el umbral mínimo de respeto a los derechos; y, al mismo tiempo, propugna a que la cárcel sea lo menos cárcel posible.

Al influjo de las Reglas Mínimas, en el marco de lo que Del Olmo describe como un proceso de transnacionalización del control social⁶ (Del Olmo, 1981: 97), a partir de 1958 comienzan a sancionarse leyes penitenciarias en América Latina. En nuestro país, en 1966 una Comisión integrada por Adela Reta, Rodolfo Schurmann Pacheco y Roberto Mathó Regusci elabora un Anteproyecto de Ley Penitenciaria, que oficia de antecedente al Decreto Ley Penitenciario 14.470, de 2 de diciembre de 1975. Este deroga tácitamente los artículos 70, 71 y 72 del Código Penal y, con diversas modificaciones, permanece vigente hasta hoy (intacto en su estructura ideológica, que no le hace honor al antecedente nacional ni a las Reglas Mínimas).

En pocas palabras, el Decreto ley 14.470 es un *magma* de peligrosidad, corregibilidad, méritos, responsabilidad, comportamiento, conducta, readaptación, adaptabilidad, disciplina, niveles de confinamiento y seguridad, cooperación, profilaxis, tratamiento, aptitudes, formación moral, reeducación, etcétera. Este vocerío obra desparramado, de tal suerte que es imposible siquiera concebir un diseño institucional que lo ponga en práctica. Todo lo que pueda hacerse en orden a los derechos que también consagra,⁷ pasa por el cernidor de la disciplina y la conducta; en realidad, con toda esta superposición de criterios, fines, clasificaciones, indicadores, etcétera, lo que se logra es un amplio poder discrecional sobre los internos, en el cual las cuestiones custodiales prevalecerán sobre el *tratamiento* (Mathiesen, 2003: 80).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución 2200 A —XXI— de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966) (Ley 13.751, de 11 de julio de 1969) y la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita el 22 de noviembre de 1969) (Ley 15.737, de 8 de marzo de 1985), establecen como finalidad esencial del régimen penitenciario la reforma y readaptación social de los penados o condenados (artículos 10.3 y 5.6, de ambos Instrumentos, respectivamente).

El sistema interamericano de derechos humanos tampoco escapa

- 5 Suele decirse que lo único que pierde el preso es su libertad y no los demás derechos. Con esta afirmación se pierde de vista que la privación de libertad es una depresión masiva de derechos y necesidades humanas, como veremos más adelante.
- 6 Que ya era perceptible en el texto del «Informe Requena» de 1882: allí se da cuenta de la influencia del movimiento reformatorio operado en Estados Unidos y su proyección en Europa, a través de los informes de Tocqueville.
- 7 Paradójicamente, este Decreto ley es utilizado por monitoreos de derechos humanos, nacionales e internacionales, para enjuiciar nuestras prácticas penitenciarias. Utilizar este cuerpo normativo para defender derechos humanos, de por sí ya no habla bien del estado de nuestras prisiones.

a la ideología «re» de la época, aunque los Instrumentos de referencia fueron acordados —al igual que nuestro Decreto Ley Penitenciario— en los años en los que ya arreciaba la crítica, digamos, estructural, a la prisión y sus discursos declarados.

El actual artículo 327 del Código del Proceso Penal (en adelante CPP vigente) habla de *recuperación moral*, como requisito para la liberación condicional. Regeneración (1882), corrección (1889) y recuperación moral (1981, hasta hoy). Pese a sus matices semánticos,⁸ y sin perjuicio del profundo cuestionamiento que merece esta suerte de ortopedia penitenciaria, tan instalada aún hoy, nos interesa ahora señalar la apertura *vicariante* de la expresión «moral», utilizando, *mutatis mutandis*, la expresión con la cual Sebastián Soler calificaba a los tipos penales abiertos e indefinidos (Soler, 1956: 282 y ss.). En otro trabajo nos hemos extendido sobre el etnocentrismo inherente a esta expresión y los riesgos de su utilización para regir el destino de las personas, pues el juicio de moralidad o inmoralidad lo cierra el operador de turno, arbitrariamente. Fuera del contexto de su época—y por supuesto aun en él—, la utilización del juicio «moral» para resolver acerca de la libertad de una persona constituye una ostensible vulneración de sus garantías elementales (Uriarte, 1999: 44).

Por otra parte, en el artículo 328 del CPP vigente (libertad anticipada), si bien se ha superado la fórmula del 131 del Código Penal (versión Ley 10.573, de 19 de diciembre de 1944), que condicionaba su concesión a la «corrección moral» del condenado, se requiere *signos de rehabilitación manifiestos* y actualización del juicio de peligrosidad favorable, en el caso de que se hayan impuesto medidas de seguridad eliminativas.

Dejamos afuera de esta historia el caso de la suspensión condicional de la pena, pues sería muy extenso desarrollar satisfactoriamente el intenso debate acerca de cuál es el régimen actual, a partir de una profusa superposición de leyes que fragmentadamente han legislado sobre el punto. Sin perjuicio de ello, cabe señalar dos cosas. En primer lugar, debe señalarse la relevancia de la condición de primario, que en general es condición para la concesión de la suspensión condicional; la contracara no explicitada de esta exigencia es la presunción de peligrosidad de los reincidentes. En segundo lugar, se discute, en su caso, si el juicio que debe formarse el juez para conceder la suspensión es o no un juicio sobre su personalidad; en este caso, inevitablemente involucrará un pronóstico de resocialización o de peligrosidad. En estos casos, el instituto se alinea con la historia reseñada.

8 La expresión *recuperar* alude a la moral que el condenado en algún momento tuvo, perdió y vuelve a tener; la voz *corrección*, al contrario, supone que el condenado ha superado su *inmoralidad*; la *regeneración*, por su parte, supone la superación de la *degeneración*.

En conclusión, desde la historia que nos viene desde el siglo XIX, reforzada por la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho procesal penal y el derecho penitenciario —con las variantes que hemos mencionado, que no hacen a la esencia—, tenemos un marco jurídico de referencia en el cual está fuertemente instalada la ideología de la resocialización.

El Proyecto de Código Penal y el Nuevo Código del Proceso Penal (Ley 19.293, de 19 de diciembre de 2014, con vigencia diferida al 1º de febrero de 2017)

A la fecha (agosto 2015), el Parlamento tiene a estudio un Proyecto de Código Penal y ha sancionado el nuevo Código del Proceso Penal, que incluyen disposiciones sobre la temática «re».

Con fecha 9 de noviembre de 2010, el Poder Ejecutivo hizo suyo y remitió al Poder Legislativo un Proyecto de Código Penal, elaborado por la Comisión creada por el artículo 22 de la Ley 17.897, de 14 de setiembre de 2005,⁹ que está a consideración del Parlamento.

En la Exposición de Motivos se expresa que, salvo excepciones puntuales, la cuestión del «régimen de la pena [...] consiste en el régimen procesal penal [...] que debe proyectarse de manera coherente con el sistema procesal [...] que está siendo objeto de revisión» (n.º 33). La Comisión anuncia, entonces, en primer lugar, que será parca en esas cuestiones, al igual que el CP de 1934; en segundo lugar, no queda claro cuál será el espacio para la legislación penitenciaria. Como sea, de ello se encargará la legislación procesal.

Sin perjuicio, en el artículo 89 del Proyecto se hace referencia a la suspensión condicional de la pena (Libro I, Título VIII, Capítulo I, Extinción del delito), que debería concederse preceptivamente cuando se verifiquen los requisitos legales (pena de prisión o multa) —que no contenga en forma aditiva, condena de inhabilitación o suspensión—,¹⁰ a primarios absolutos o legales; y, al cabo de un año, si el condenado no ha cometido nuevo delito, el juez dispondrá que se tenga la sentencia por no pronunciada.¹¹

El artículo 93.A del Proyecto dispone que «El trámite para el otorgamiento de la libertad anticipada deberá ser regulado por el Código del Proceso Penal». Solo establece como condición que:

9 Véase en Malet Vázquez y Lackner (2011) y, más ampliamente en Silva Forné (2012), lo concerniente al proceso de reforma al que venimos haciendo referencia. En las referencias al texto del Proyecto nos manejaremos con la versión que adopta Silva Forné (2012: 319 y ss.).

10 Cuestión hoy debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia.

11 La redacción del primer inciso del artículo 89 es algo confusa, pues no distingue con claridad los dos momentos jurídicos de la suspensión condicional: al concederla y al disponer, al cabo del un año, la extinción del delito.

Si el penado ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, la Suprema Corte de Justicia *concederá* la libertad anticipada. La resolución será fundada cuando fuere contraria a los *informes* (la cursiva es nuestra). El Proyecto deriva al régimen procesal la reglamentación de las condiciones que permitan al juez conceder la libertad anticipada y, en el caso citado, la determinación del contenido de los *informes*, con una suerte de ruego para que la determinación de estos contenidos se haga «si es posible, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas por nuestra Comisión» (véase «Exposición de Motivos» en Silva Forné, 2012: 328).

Sin embargo, en la Exposición de Motivos se dice expresamente que se está derogando la referencia del actual artículo 328, Nal. 3, del CPP, conforme al cual los informes pueden hacer referencia a que «los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos».¹² Coherentemente, debería concluirse que esta circunstancia queda fuera de la recomendación referida en el párrafo anterior.

Con respecto a la libertad condicional, se sigue el mismo criterio de dejar a la legislación procesal en ciernes la regulación del trámite. Sin perjuicio, ya no figura la expresión «recuperación moral» incluida en el actual artículo 327 del CPP vigente, a la que hiciéramos referencia.¹³

En este estado de cosas, hemos de ir al encuentro del nuevo Código Proceso Penal, cuyo Proyecto original fue elaborado por otra Comisión también creada por la Ley 17.897 (artículo 21) y remitido por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General el 8 de diciembre de 2010.

El nuevo CPP establece que las libertades condicional y anticipada constituyen beneficios que pueden otorgarse a los penados «cuando teniendo en cuenta su conducta, personalidad, forma y condiciones de vida, pueda formularse un pronóstico favorable de reinserción social» (artículos 295.1 y 298.1).¹⁴

Bien miradas las cosas, pese a las expectativas que la Comisión del Código Penal depositó en el nuevo CPP, este deriva, a su vez, a la legislación o reglamentación penitenciaria la sustancia, los correlatos reales, que llenarán las palabras conducta, personalidad, forma y condiciones de vida, y, por ende, el pronóstico de reinserción. Hoy por hoy, como vimos, debería ser el Decreto Ley 14.470 el que se encargaría de eso, pero nada concreto surge de este, salvo en lo referente a la «buena conducta»; en suma, será el régimen disciplinario del viejo Decreto ley

12 Por error en la Exposición de Motivos se habla de «signos de rehabilitación anticipada» (véase Silva Forné, 2012: 327).

13 En la Exposición de Motivos se hace alusión a los informes del Instituto Nacional de Criminología, en los que se *constata* la «*corrección moral*» *praxis* que retoma la vieja expresión del Código Penal de 1889. Pero, en realidad, se está derogando —o derivando a la ley procesal— el paquete conductual-moral del actual artículo 327 del CPP.

14 La brevedad y especificidad temática acordada para este trabajo, nos impide extendernos en los alcances jurídicos de la reforma proyectada, para cada instituto en cuestión.

penitenciaria el que determine el pronóstico favorable y la libertad. Todo el pretendido andamiaje garantista, penal y procesal penal —o por lo menos, hasta donde lo consagre— se difumina o desvirtúa en la jerigonza tradicional del encierro, que atraviesa a las disposiciones penitenciarias.

Y la *resocialización* vuelve recidiva, se consolida, de entre las oscilaciones del nuevo CPP, y se afirma como llave de paso hacia la libertad. Con algunas particularidades, que la hacen incluso más cuestionable.

Por un lado, los artículos 295.1 y 298.1 del nuevo CPP hablan de «pronóstico favorable de reinserción social», que se forma con la polisemia de sus insumos criminológicos: conducta, personalidad, forma y condiciones de vida. De la conducta algo dijimos. La cuestión de la personalidad se llenará de peligrosidad. Y con la «forma y condiciones de vida», obviamente se está haciendo referencia a lo que le espera extramuros, que no depende del que egresa sino de los que lo encerraron: ¿quién —*per se*— puede generar formas de vida plausibles desde la privación de libertad? Cuando el sistema vaya a constatar *la forma y condiciones de vida* que esperan al egresado, en realidad realiza —sin saberlo— una autoevaluación; no parece justo ni razonable ponerlas de cargo del liberado.

Por otro lado, se habla de *pronóstico favorable de reinserción social*. Aquí aparece el juego de los diagnósticos y pronósticos. Se supone que si la finalidad de la intervención punitiva es resocializar, y si, a los efectos de la concesión de la liberación anticipada o condicional, alguien ha de evaluar si el objetivo se ha logrado, hay que constatar si el penado se ha resocializado o no. Para ello habrá de valerse de su conducta y la personalidad.

De esta última no podrá considerar la pesada mochila de la prisionización, esto es, el componente de cultura penitenciaria que se lleva la persona evaluada, que obviamente no debería jugar en su contra;¹⁵ esto es, debería realizarse una suerte de juego mental de cirugía psicosocial, para abstraer y quitar el lastre o la resaca del encierro. Y luego se deberá discernir la personalidad que el sujeto tenía antes de ingresar —que ameritó su resocialización—, y el componente de cambio, de mejora cualitativa, conforme al concepto de resocialización que dimos al principio.¹⁶ De hecho, estas *operaciones* penitenciarias comportarían (quizás) un diagnóstico, que debería concluir si el sujeto está resocializado o no, a los efectos del egreso. Quizás por esta razón en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, a diferencia del nuevo CPP, se hable de «constatación» y no de pronóstico (apartado 45, Parte General).

15 Como vimos, las propias Reglas Mínimas estiman la negatividad de la privación de libertad (Regla 60).

16 Cuyos componentes pasarán por la pluma del informante de turno, felizmente desbarazado de la moralina que aún portaba el artículo 327 del CPP, que desaparece en el Proyecto.

El solo hecho de plantear estos pasos —no exento de cierto humor— que debería seguir la evaluación, demuestra su absoluta irrealidad e imposibilidad de puesta en práctica. Y ya anuncian la cuestión de si la resocialización es un pronóstico, por lo que diremos a continuación (véase apartado siguiente).

En el nuevo CPP, la suspensión condicional de la pena es siempre facultativa (artículo 302, inc. 1) (en el confuso régimen anterior y en el caso previsto en el artículo 11, inc. 1, de la Ley 17.726, de 26 de diciembre de 2003, su concesión era preceptiva); además el plazo de vigilancia por la autoridad se lauda finalmente en dos años (artículo 303.1). Pero, sin extendernos en el tema y con relación a lo que venimos exponiendo, el nuevo CPP exige que concurren dos requisitos: primariedad y pena inferior a tres años (artículo 302. a y b). No dice el Código cuál o cuáles serán los criterios para no concederla, aun cuando se den los requisitos formales, consagrando una absoluta discrecionalidad, por lo menos en la literalidad de los términos del artículo.

La crítica a la resocialización: perspectiva teórica, como discurso en sí

No nos extenderemos en la abundante crítica a la resocialización (véase al respecto, Uriarte, 1999, 2006a y 2006b); nos detendremos en un flanco muy débil de ella, no muy destacado en la doctrina penal o criminológica, que, desde nuestro punto de vista, pone muchas cosas en su lugar (Feijoo Sánchez, 2007: 195 y ss.).

La hipótesis crítica de la resocialización como discurso teórico en sí, que manejaremos, es la siguiente: si el sistema da por sentado que el sujeto ha delinquido por deficiencias en su proceso de socialización y es pertinente trabajar sobre, con o junto a él y no sin él,¹⁷ para resocializarlo, es porque estima que volverá a delinquir. Esto es, la prevención especial positiva está diseñada para prevenir delitos que, en principio, se presume habrán de ocurrir. Si, al cabo de la actividad «re» en la privación de libertad, el sistema concluye que el penado está resocializado, es porque ha desaparecido la circunstancia que denotaba la posibilidad de cometer otro delito.

En consecuencia, la resocialización encierra, en forma inherente, el juicio o pronóstico de peligrosidad: es menester, piensa el sistema, intervenir para evitar un nuevo delito, porque es probable que ocurra si no se interviene en tiempo. El juicio de peligrosidad está en las entrañas de la resocialización.

Esta identificación es recogida plásticamente en los artículos 295.1

17 Damos por provisoriamente solucionada la objeción ética a la resocialización, que requiere el consentimiento previo del interno para la intervención resocializadora (cuestión que, como vimos, en nuestro país viene insinuada desde 1882).

y 298.1 del nuevo CPP, cuando hablan de «pronóstico favorable de reinserción social». El condenado no será liberado condicional o anticipadamente si es probable que reincida, si es peligroso.

Si la resocialización, a lo menos —esto es, si no fuera lo mismo que la peligrosidad—, fuera un equivalente funcional a ella, cae la base teórica humanista de la prevención especial positiva. Las buenas intenciones humanitarias subyacentes en la Reglas Mínimas de Ginebra, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos sociales y Políticos y en nuestra propia Constitución se desvanecen ante la esencia peligrosista de las «re».

Dentro de la economía de esta contribución, haremos algunas reflexiones, a propósito de la peligrosidad, derechos humanos, garantías penales y procesal penales.

Si se pronostica que alguien habrá de cometer —o no— un delito en el futuro, se parte de un marco antropológico determinista, que cancela la autodeterminación y las opciones inherentes a la dignidad humana; se cancela a la persona, como tal, que deja de *ser*, en tanto alguien se adueña de lo que *será*. Hablar de derechos humanos dentro de este *passé partout* es un profundo contrasentido. Aun en el caso que la persona consienta el tratamiento resocializador, enajena parcelas de su dignidad personal, lo que no es admisible desde la perspectiva de derechos humanos.

Por otra parte, todo el andamiaje de la dogmática penal y procesal penal de garantías se derrumba si al final del tracto punitivo se opera con la peligrosidad.

En efecto, los principios y garantías del derecho penal mínimo —o liberal— caen todos con la peligrosidad. Así, caen o se degradan: el principio de tipicidad, por cuanto la peligrosidad no es susceptible de ser recogida en tipos penales que pretendan un mínimo de cerramiento; el principio del derecho penal de acto, pues la peligrosidad concierne a lo que la persona *es* y no de lo que hizo; el principio de lesividad, que se asocia a un acto externo del ser humano, al contrario de la peligrosidad, que, en todo caso, es una disposición *interna* del individuo; el principio de culpabilidad, que supone la posibilidad de optar, propia de un sujeto de derecho, en tanto la peligrosidad, supone una predeterminación, propia de un objeto *lanzado*; ¹⁸ el principio de proporcionalidad, que supone una relación acordada entre el acto, su entidad (subjetiva y objetiva) y la pena, en tanto la peligrosidad rompe esa medida, pues pasa a ser un juicio a futuro, vinculado a posibles o probables hechos futuros (véase nota anterior).

18 De nada vale que el Proyecto de Código Penal retire de la individualización de la pena el criterio de la peligrosidad (artículo 71), cuando al final del camino, en sede de ejecución de la pena, ella se retoma como criterio decisivo para resolver al *quantum* de privación de libertad *real*.

Finalmente, los principios de derecho procesal penal —las garantías del debido proceso—, también resultan profundamente conmovidos por la peligrosidad. Buenos criterios para demostrar esto son las máximas ferrajolianas, que emanan del principio de legalidad *estricta*. Si caen los principios de tipicidad, de derecho penal de acto, de culpabilidad y de proporcionalidad, no es posible construir adecuadamente un derecho procesal *cognoscitivo*, sobre la base de conceptos refutables o verificables (Ferrajoli, 1997: 35 y ss.); «todas las garantías procesales condicionan la efectividad de las garantías penales, y resultan a su vez vaciadas por la ausencia de estas» (Ferrajoli, 1997: 98).

Un pronóstico de futuro no es procesalmente refutable. Entonces, caen: el principio de jurisdiccionalidad, pues el proceso *constituye* la peligrosidad y no la *reconoce* a través de un proceso de *cognición o comprobación*;¹⁹ el principio del contradictorio, que se construye sobre la base de la refutabilidad de las pretensiones procesales (la peligrosidad es funcional a un proceso inquisitivo y permuta el contradictorio jurídico por discursos técnicos, en este caso, con correlatos objetivos indefinidos); el principio de inviolabilidad de la defensa, de suyo inescindiblemente unido al contradictorio; la presunción de inocencia, que supone un acto y la culpabilidad, con respecto a los cuales el juicio contrario de responsabilidad sea válido y posible; el principio de impugnación y de motivación de las resoluciones judiciales, pues el juicio de peligrosidad que las sustente es apodíctico; el principio del *nos bis in idem*, pues la peligrosidad, en el mejor de los casos —esto es, estimada desde una infracción ya ocurrida—, por definición, supone un plus de castigo *ex ante* por un hecho que *probablemente* habrá de ocurrir.

Volviendo a la legislación penal proyectada y al nuevo CPP. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal se hace caudal de la adopción de la culpabilidad como reprochabilidad por no haberse el sujeto motivado en la norma (que supone la libre opción de hacerlo o no, según el artículo 30 proyectado) (n.º 4); se suprime el enfoque peligrosista de la reincidencia (n.º 29),²⁰ así como la peligrosidad como criterio de valoración de las alteratorias (n.º 30), y, asimismo, se suprime la habitualidad (n.º 31); finalmente, se suprimen la peligrosidad como criterio de individualización de la pena (artículo 71 proyectado) y las medidas de seguridad eliminativas, construidas *in totum* sobre la peligrosidad en el Código Penal vigente.

Pero, como vimos, la Comisión del Código Penal dejó a la legislación procesal penal la reglamentación del régimen de ejecución de la pena; y esta instaló el pronóstico de resocialización como eje de la ejecución de la pena, que es esencialmente peligrosista.

19 Principio de jurisdiccionalidad estricta de Ferrajoli, 1997: 35 y ss.

20 No creemos, empero, que la reincidencia pueda desprenderse del enfoque peligrosista ni de la agresión al *non bis in idem*, que le son inherentes, pese a las buenas intenciones de la Comisión.

Crítica a la resocialización: perspectiva operativa

La resocialización se da en el tracto de la construcción punitiva de los conflictos sociales. En el mejor de los casos —y esquemáticamente—, esta consiste en describir un conflicto como delito, identificar un responsable, extraerlo del mismo y devolverlo resocializado. Como consecuencia de la intervención punitiva, el conflicto resulta fragmentado en conducta/s, víctima/s, ponderado en su lesividad (en el mejor de los casos) y en el grado de responsabilidad (culpabilidad) del autor-partícipe.

Si el delito es un ente jurídico construido, no es un dato natural, óntico. Y dado que la *extracción* del sujeto responsable supone una grosera afectación de la libertad, que es rodeada, a su vez, de una compleja construcción jurídica garantista (dogmática penal, procesal penal y ejecutivo penal). La resocialización es un componente de esa compleja trama; es una construcción más, que pretende ceñir el pro-teiforme cotidiano de la ejecución de la pena y alinearlo en torno a una finalidad. Y el problema es que ese propósito es absolutamente infructuoso: en realidad, la resocialización no está diseñada para operar en la práctica institucional. Sin perjuicio de que todo lo que digamos puede extenderse con matices a otros ámbitos institucionales punitivos, nos concentraremos en la privación de libertad.

La mejor organización de la privación de libertad debería tener, a lo menos: un listado de derechos y un umbral tolerable de su afectación (no hay derecho que no sea afectado en el encierro); un registro de internos; criterios de agrupamiento; características de los locales; alimentación; ropa de cama; instalaciones higiénicas; programa de actividades cotidianas laborales o de otro tipo; atención médica; enseñanza y formación, de distintos niveles; espacios de ocio o recreo; mecanismos de resolución de conflictos; un sistema de disciplina y sanciones; protocolos de coerción; contactos con el mundo exterior; mecanismos de presentación de quejas; servicios religiosos; biblioteca; traslados organizados, dentro y fuera de los locales; reglas para personal penitenciario y su capacitación; monitoreos externos de derechos; participación de técnicos, en distintas áreas; etcétera. La mejor ley penitenciaria no nos va a decir mucho más que esto; desde el punto de vista legal la resocialización es esto; a lo sumo permite formular esas instancias como derechos. Propiamente, la prevención especial positiva no puede ceñir el cotidiano del encierro porque deja muchas cosas afuera de su enfoque, que la realidad penitenciaria se encarga de llenar a su manera, caprichosamente, anárquicamente, inercialmente. La institución punitiva convive con cuestiones que le son inherentes, que quedan afuera del discurso «re», que queda reducido a un constructo *virtual*.

El abordaje de la institución punitiva desde la perspectiva *punitiva* «re» ilumina *parcelas*, administra *luces* y *sombras* en el cotidiano institucional, que es mucho más complejo y rico.

Los saberes de la privación de libertad han construido el encierro, en el mejor de los casos, desde la resocialización-tratamiento-disciplina, lo cual supone una forma de elaborarlo, de aprehenderlo, de programarlo, de gestionarlo, en fin, supone una forma de lectura y administración de la realidad. De acuerdo con ella *veremos*: a) criminales, diversos de la población no «prisionizada» (el delito es un síntoma de la diversidad); b) conductas (delitos) causalmente explicables (etiología multifactorial); c) discursos técnicos que individualizan y describen esos factores y trabajan sobre la posibilidad de cambiar el comportamiento;²¹ d) en el mejor de los casos veremos regímenes progresivos, evaluaciones de etapa, etcétera; e) orden y disciplina para el tratamiento.

Este abordaje, prohijado en la construcción punitiva de conflictos sociales, peca del mismo vicio que esta: es un mecanismo reductor de problemas humanos; es un mecanismo fragmentador de lo humano (Álvarez Uría, 1991: 96). Todos los conflictos del encierro se *colorean* con este abordaje: solo se ven ciertos conflictos, de cierta manera. En este enfoque la institución no se mira a sí misma.

Desde este punto parten en encrucijada los enfoques críticos y la crítica institucional, que desplazan su mirada desde el *criminal encerrado* al *encierro del criminal*. En esa inversión de los términos pasamos de un enfoque que mira solo al institucionalizado, los factores que lo han llevado hacia el delito y su remoción a través de la gestión institucional, a un enfoque que mira hacia la organización de la institución, los efectos que produce y los discursos que construyen su cotidiano; desplazamos la mirada desde el infractor hacia la construcción social (institucional) del *interno*. El *interno*, bien miradas las cosas, es un producto construido, ora formalmente (por ejemplo, ingreso o admisión, clasificación, derivación, progresión, etcétera), ora informalmente (selección, prisionización, estereotipo, estigma, etcétera).

Alguna vez hablamos de la heurística de la institución de privación de libertad y de la estrategia de mirarla *por dentro* y *por fuera* de lo punitivo (Uriarte, 2006a).

Este posicionamiento que proponemos para observar el encierro, nos sugiere una nueva dimensión crítica de la llamada *ideología del tratamiento* y de las teorías de la prevención especial, en general. El grueso de la crítica criminológica ha cargado sus tintas sobre lo que los discursos positivistas del tratamiento *aluden e incluyen*, digamos, *por dentro* de lo punitivo. Nos proponemos, en cambio, aislar la construcción delito-etología-tratamiento-resocialización-disciplina y hurgar fuera de ella, digamos, *por fuera* de lo punitivo; nos proponemos ver qué es lo que la construcción punitiva *elude y excluye*.

21 La etiología multifactorial en la privación de libertad siempre se reduce a los *factores endógenos* e inevitablemente cae en una biologización del crimen.

Esta es la base epistemológica para pensar los conflictos de la privación de libertad en términos más complejos, paradójicamente sin la idea de delito y pena; sobre esta base, habremos de generar el espacio para construir de manera alternativa la realidad institucional del encierro.

Para ser más claros juguemos con imágenes, volviendo sobre una metáfora que concibiéramos hace casi diez años (Uriarte, 2006a). Supongamos que la institución es una habitación oscura y que los enfoques punitivos positivistas nos equipan con una linterna cuya luz nos orienta en ella; el haz luminoso de la linterna, como el tracto punitivo positivista, nos muestra parcelas, fragmentos del espacio, nos da una visión insular y grumosa del espacio.²² Proponemos en vez de alumbrar con la linterna encender la luz de la habitación y ver qué universos de problemas, conflictos o realidades, quedan fuera de la luz de la candela.

Esto a la vez que ser algo académico también es la voz de la experiencia, pues en el cotidiano institucional rara vez se habla de resocialización, rehabilitación, o aun de tratamiento. Los problemas de la cotidianeidad institucional son otros; allí nos convocan otros conflictos, otras urgencias. Los discursos típicamente punitivos o de inspiración punitiva aparecen en circunstancias específicas (realización de informes, internos o externos, *hacia adentro y hacia afuera*, declaraciones hacia el exterior, encuentros con jerarquías o público en general, etcétera), en cuyas ocasiones la institución se viste con ropaje de discurso punitivo.

Ocurre que ese cotidiano institucional no está suficientemente teorizado. Entonces: ¿qué es lo que queda fuera del tracto punitivo-positivista?; ¿qué es lo que se ve cuando la institución se mira a sí misma? Encendamos la luz y veamos lo que los discursos punitivos tradicionales dejan afuera.

El horizonte de proyección de la mirada virtual esconde *paisajes* institucionales como los siguientes:

- Administrar una institución de encierro es, en cierta forma, administrar un *caos*. En ella conviven heterogéneos universos de personas, verdaderos *colectivos* institucionales: internos, funcionarios de custodia (*llaveros*), educadores de nivel terciario, profesionales universitarios tradicionales (psicólogos, asistentes sociales, médicos, abogados, etcétera), sectores de dirección y administración, cocine-

22 Es inevitable, en este punto, recordar a Zaffaroni (1988), cuando explica que «la ciencia no piensa» con el ejemplo de la planta que alguien pone al sol en la ventana: la ciencia nos dirá que ocurrirá un heliotropismo positivo, pero no nos dirá quién y por qué razón puso la planta en la ventana. No resistimos la tentación de jugar con el símil y decir que cuando la linterna de nuestro ejemplo alumbraba, por cierto que nos permite ver y describir lo que vemos, pero nos encubre las parcelas oscuras y el hecho de quién y por qué razón puso la linterna en nuestra mano. Esta pregunta, como la de Zaffaroni, es política. En nuestro ejemplo del texto principal, se verá el paisaje iluminado, pero no la mano que orienta la linterna.

ros, intendencias, etcétera). Estos colectivos, que suelen plantear demandas encontradas, no están unidos por una característica en común, salvo la de pertenecer al mismo estamento y al elenco de personas que conviven en el encierro.²³ En el caso de los internos, su convivencia es forzada; en otros casos, muchas veces ocurre algo similar, pues si pudieran irse se irían.

- Las instituciones de encierro sufren gran conflictividad estamental, que no se reduce a la que tradicionalmente existe entre internos y *llaveros*, sino que es más proteica y se extiende a todas las vinculaciones entre los distintos sectores (educadores vs. funcionarios de custodia; entre estos y los técnicos; entre todos ellos y la administración y dirección; etcétera). Esa conflictividad —en el mejor de los casos, cuando puede explicitarse— suele manifestarse mediante variedad de demandas y discursos, originados en heterogéneas, contradictorias y enfrentadas estrategias. No es exagerado afirmar que al interior de estas instituciones existen tantas versiones y proyectos de ellas como estamentos tengan. Estas instituciones no tienen *un* discurso sino un complejo y caótico entramado de discursos.
- No es posible controlar cabalmente el número y características de los ingresos y egresos; su población *instantánea* está en permanente y cotidiana renovación y crecimiento (por excepción, ocurren descensos en esta población). Esta periódica mutación es un *caos* que se organiza y se desorganiza día a día.
- Asimismo, no es posible, aunque en menor grado, controlar el tránsito de otros estamentos que por razones extrañas a la vida del encierro, se desplazan interinstitucionalmente en mérito a promociones, descalificaciones o simples circunstancias vitales personales, ajenas al *cosmos* institucional al que pertenecen.
- En este punto podemos extendernos con más propiedad sobre algo que ya hemos afirmado: los discursos de las instituciones nunca coinciden con la realidad (Zaffaroni, 1994: 14); ninguna institución hace exactamente lo que dice ni dice exactamente lo que hace. No hay institución que escape a esta regla, y las instituciones de encierro no constituyen una excepción. Pero, a esta altura, tenemos claro que este tipo de afirmaciones, en realidad, les va a los discursos de salida *hacia fuera* de estas instituciones, que en esas circunstancias homogenizan sus discursos en torno de la *rehabilitación*, al cabo de transacciones informales nunca explicitadas.
- Más conocidas son las cuestiones en torno de la corruptela en este tipo de instituciones, aunque por regla general no son adecuada-

23 Véase al respecto Laura Eugenia Garcés, *La articulación de los distintos estamentos de la institución de menores. Aportes a la teoría de la institución total*, citada por Domínguez Lostaló y Di Nella (1996).

mente profundizadas ni ponderadas. La economía política formal del encierro —su presupuesto— mueve mucho dinero, por ende, poder. Su economía política *informal* (la corruptela) moviliza, asimismo, buen dinero. Según sea su organización serán sus niveles de corrupción;²⁴ la corrupción también es una variable a considerar a la hora de organizar el encierro.

- Existen infinidad de conflictos que no son registrados por el enfoque punitivo/positivista/resocializador/disciplinario, pues no está equipado para ello. En realidad existe una tendencia inercial a que exista, con mayor o menor intensidad, una suerte de *estado* de conflictos *sordo* y *silencioso*, que ocurre *allá abajo* y no es perceptible por la institución *de arriba*.²⁵ La institución *de arriba* se entera de ellos cuando *explotan* los motines, cuando ocurren las fugas, o peor las muertes; todos estos casos son, en realidad, la punta visible de un *iceberg*, pero irrumpen sin historia, casi como alumbramientos misteriosos; por regla general son explicados en términos simplistas o caricaturizados. Desde este punto de vista, la institución *formal* del encierro padece de cierto *autismo*, que en buena medida se debe a su acendrado positivismo.
- Las sombras que va dejando el enfoque punitivo son *iluminadas* con otro discurso, el de la seguridad custodial y su ideología. En los conflictos entre el tratamiento/trato y la seguridad custodial, esta lleva las de ganar atento a su gran *expansibilidad*.²⁶ Ahora bien, que la seguridad ocupe esos espacios no significa que sea una mejor clave de lectura para operarlos, pues es aún más acotada y *autista* que la del tratamiento resocializador.
- El eje de la conducta, como pauta de diagnóstico, progresividad o disciplina, fragmenta la realidad al percibir solo una parte de los conflictos, en tanto cristalicen en conductas. El enfoque conductista deja afuera a la institución y su interacción con el interno. La convivencia en el encierro y las historias de vida no son un encuentro o secuencias de conductas, sino mucho más y distinto; los conflictos del encierro tampoco son una mera superposición de con-

24 Algunas máximas, pueden desde ya acordarse: a mayor regimentación, mayor corrupción; a mayor cerramiento —mayor cerramiento al exterior—, mayor corrupción; a mayor fragmentación estamental, mayor corrupción.

25 Véase al respecto Zaffaroni (1991), cuando habla de la *transa* corriente y extendida entre funcionarios y presos en las cárceles.

26 Las necesidades de la seguridad y sus posibilidades son infinitas (Christie, 1993); siempre hay una *vuelta de tuerca* que permite *aumentar* la seguridad, lo que en propiedad significa aumentar el encierro. Además, los episodios que convocan a la seguridad son siempre ostensibles, fácilmente perceptibles o representables (muchas veces míticos y paranoides), intimidantes, urgentes, irresistibles. El *tratamiento resocializador*, en cambio, no dispone de semejantes lanzadores que justifiquen su necesidad, de allí que en sus conflictos con la seguridad será inercialmente desplazado. La resocialización siempre es desplazada y termina encubriendo a la prevención especial negativa.

ductas. Por otra parte, si el *tratamiento resocializador* se asienta en forma excluyente sobre la conducta quedará, también por esa circunstancia, cautivo de estrategias disciplinarias y custodiales. El enfoque disciplinario de los conflictos es patéticamente conductual.

- Cuando ocurre, el diálogo *pedagógico-resocializador* entre el técnico de la institución y el interno, enmarcado en lo punitivo, es una *anamnesis criminal* (Baratta, 1991) cautiva de un episodio, que visto desde la etiología multifactorial fragmenta al interlocutor y su historia de vida.²⁷ La *anamnesis criminal* deja afuera al que interroga y detrás de él a la institución, lo que desnaturaliza el diálogo y por regla general enfrenta a sus protagonistas; la *anamnesis criminal* se plantea desde las necesidades de la institución, no desde las del interno (Baratta, 1991).
- Los servicios necesarios para atender los requerimientos de los internos son mucho más que los ofrecidos por la institución: la cárcel es un *incompleto —incompletud— institucional* (García Méndez, 1997). Hay que revertir la idea de que las instituciones poseen o deben poseer *todos* los servicios para los privados de libertad: «se trata, a menos que sea absolutamente imposible, de que los servicios normales concebidos para toda la población penetren en las instituciones totales» (García Méndez, 1997: 225).²⁸
- Introducimos, además, la idea del *incompleto técnico* (García Méndez, 1997): los roles técnicos tradicionales son solo una parte de la totalidad de los roles y las competencias implicadas o potencialmente implicables. En realidad, los saberes del encierro son aquellos que encuadran en la perspectiva etiológica positivista.
- En un nivel de mayor refinamiento, hay dimensiones que también quedan afuera, no solo del enfoque resocializador, sino de la cultura académica escrita en la que se transmiten todos los discursos del encierro, que excluye los sonidos (ruidos, gritos, golpeteos, resonancias) (Castex, 1997), ciertos *silencios* y sus significados, los olores, que también integran la realidad violenta del encierro cotidiano. De todo esto, el imaginario social y académico solo rescata anecdóticamente la *jerga* del lenguaje.
- En un plano de mayor refinamiento, el enfoque punitivo/etiológico-resocializador, así como también algunos discursos críticos, dejan afuera la dimensión específica y el significado existencial que en el

27 El expediente visto desde esos enfoques releva momentos; si el interesado tuviera que contar su expediente lo construiría de otra manera, seleccionando otros momentos, otras secuencias y con otro lenguaje (Hassemer, 1984). El expediente, el caso, es una construcción institucional.

28 La *institución total* de Goffman (1972) tiene de *total* el aislamiento masivo y la regimentación de todos los aspectos de la vida del interno, no así la posibilidad de que en ella se presten *todos* los servicios.

encierro tienen el *tiempo*, el *espacio*, la *deprivación* y el *movimiento*. Esto es particularmente relevante en el caso de los jóvenes, quienes tienen una vivencia específica del tiempo, del espacio, la deprivación y el movimiento, sobre la cual el encierro repercute en forma devastadora (véase con mayor desarrollo, Uriarte, 2006a).

Este paneo de exclusiones permite concluir en la *incompletud* del enfoque punitivo-etiológico-resocializador-tratamentista-disciplinario, y en sus limitaciones estructurales para *andar* en el encierro. Este, desde esos lentes nos muestra una institución *virtual*, esto es, una imagen con cierta irrealidad que excluye dimensiones, que administra parcelas y que también parcela al ser humano.

En consecuencia, la teoría de la prevención especial positiva (la resocialización) no es operable en el cotidiano de la privación de libertad, pese a que ha sido diseñada para ello.

Esta fundamental inoperancia hace que, desde su perspectiva, la cárcel aparece como una *institución virtual*. Si seguimos el tracto positivista por el cual —como vimos— discurren las teorías «re» (factores, delito, extracción del responsable, institucionalización, resocialización) vaciamos el cotidiano de la privación de libertad de realidad; la lectura que el enfoque etiológico tradicional hace de la institución del encierro es en extremo acotada, simplista. En consecuencia, es una teoría que deja afuera gran parte de los conflictos del encierro; no es operativa en él.

Por esas razones, profundas razones, en los hechos la prevención especial positiva cede el terreno del cotidiano a la prevención negativa, a la seguridad custodial. Esta circunstancia, a veces es ostensible (en el secular conflicto entre *llaveros* y técnicos o educadores), a veces es clandestina, cuando las ideologías *re* mistifican los avances custodiales. Por ello se ha concluido (Zaffaroni, 1991) que la prevención especial negativa, en tanto es la lectura más real del encierro, se adueña de la gestión cotidiana; en realidad, y sin tanta exquisitez teórica, es la seguridad custodial la que termina mandando. Hablemos pues, de violencia institucional inherente.

Pinceladas para un discurso alternativo

En algunos enfoques criminológicos, suele decirse que en los Estados Unidos la resocialización entró en crisis cuando Martinson (1974), al cabo de investigar 231 estudios de evaluación sobre prisiones norteamericanas, llegó a la conclusión de que la resocialización había fracasado: *what works?*; *nothing works?*, concluyó preguntándose. Y suele concluirse —con cierta ingenuidad—, que a partir de esa publicación se desató una debacle, que, en grosera y apretada síntesis, se encauzó en dos líneas discursivas: por un lado, se afirma que se hizo un vacío que fue llenado por la prevención especial negativa (la glorificación

del castigo y la seguridad, la *incapacitación selectiva*, la regla *three strikes and your out* (Wilson y Kelling, 2001; véase con detalle, Medina Ariza, 2011: 129 y ss.) de muy bajo tenor teórico (para una crítica contundente, véase Pecoraro, 2001); y por otro lado, una propuesta que, de alguna manera, puede denominarse «la rehabilitación de la rehabilitación»,²⁹ que tiene cierta actualidad.

Ni Martinson fue el primero que cuestionó la resocialización (basta recordar a Cremmer (1940), o a Goffman (1972), quienes hicieron una crítica profunda y estructural de la prisionización); ni el cierre custodial de los ochenta ocurrió a raíz de las investigaciones de Martinson. Los enfoques europeos de la criminología crítica han dado cuenta de la «crisis» estructural de la prisión y del contraste entre sus discursos declarados y la realidad, y también han mostrado caminos alternativos, por fuera y por dentro de la prisión.

La irrupción de la prevención especial negativa (incapacitación; la vieja «inocuidación» vonlitziana), alude a lo que hoy llamamos «neopunitivismo»,³⁰ y su instalación en la teoría y *praxis* penitenciaria, responde a circunstancias mucho más complejas que la «crisis» de la resocialización y de las peripecias vividas por Martinson.³¹

Honestamente, no parecen serias las *investigaciones* que promueven la «re» de la «re», por múltiples razones sobre las que no podemos abundar en esta contribución.

Y llama la atención la invisibilización de los aportes algunas propuestas críticas para la gestión del penitenciario y su nula recepción en las prácticas oficiales (Bergalli (1987), Baratta (1991), Pavarini (1995),³² Mapelli Cafarena (1983 y 1987), Muñoz Conde (1985), Zaffaroni (1991), Domínguez Lostaló (1996 y 2001), Puppo Bosch (1990), Uriarte (2006a y 2007, Rivera Beiras (2008, 2009), etcétera.

Como veremos con mayor detención más adelante, ese nudo gordiano se desata, a nuestro juicio, de la siguiente forma: a) minimiza-

29 A partir de *meta investigaciones* (investigaciones de investigaciones, metodología similar a la empleada por Martinson), se han deflactado aspectos exitosos del tratamiento resocializador, que no pasan de meros mecanismos cognitivo-conductuales (obviamente estas investigaciones fueron realizadas por psicólogos de orientación conductista), o relevan historias de vida que *no requieren de resocialización*. Esto último forma parte del *sentido común*: hay autores de delitos que no son *delincuentes* (Medina Ariza, 2011: 129 y ss.).

30 Algunos hablan de «neorretribucionismo» y, con todo respeto, Kant no se sentiría muy halagado con este sesgo discursivo, que empobrece la doctrina retribucionista, aterrizándola en el más puro y desenfrenado castigo.

31 Habría que considerar, entre otras cosas, la influencia del poder neoconservador y del reaganismo, sumados a cierta crisis fiscal norteamericana en los ochenta (Feijoo, 2007: 222).

32 Véase el prólogo de Ofelia Grezzi, quien en pocas y sabias pinceladas relata «semblanzas» de nuestra historia penitenciaria. Con su característica y proverbial economía política de palabras, traza rumbos acerca de dónde venimos y por dónde podemos marchar.

ción del daño institucional (que directamente no tiene nada que ver con lo educativo) y de sus conflictos; b) generación y discernimiento de los mejores espacios educativos posibles, dentro del severo condicionamiento institucional del encierro (o de la estructura de control institucional en situaciones no privativas de libertad), lo cual es, propiamente, una cuestión política; c) pautaación de la praxis educativa independiente de la reiteración o reincidencia futura en el delito; d) pautaación de la praxis educativa independiente (desconectada) incluso de la infracción cometida, la cual de principio no puede ser encarada como un defecto de socialización (el delito cometido es un dato más en la biografía personal del autor y no una clave de lectura que cancele la diversidad de su experiencia vital; e) pautaación de la gestión en clave de derechos y necesidades humanas; f) en general, pautaación de los servicios asistenciales desde los servicios comunes de la sociedad, a partir de la idea de «incompletud institucional» de Gomes da Costa (citado por García Méndez, 1997: 126); en el mismo sentido se orientan las propuestas de atención *normalizada* y *global* de la diversidad, de Funes y González (1997: 325), o en el marco de intervenciones comunitarias, de Domínguez Lostaló y Di Nella (1996 y 2001). Estas propuestas apuntan a la ruptura con las ideologías y prácticas de *exclusión*, que se *encierran* en el encierro y reproducen la *totalidad* de la institución total, valgan las redundancias.

De nuestra parte, hemos planteado un programa de gestión de la privación de libertad, como gestión orientada a la realización de derechos y necesidades humanas (Uriarte, 2006a), la que, además, aterrizamos como proyecto institucional (Uriarte, 2007).

Resocialización y su consagración jurídica. Lectura alternativa del artículo 26 de la Constitución, los pactos y declaraciones de Derechos Humanos

Ya hemos señalado que el derecho internacional de los derechos humanos está atravesado por la idea de la resocialización, a la que se considera un derecho humano (humanitario).

Con relación a la crítica que realizamos a la ideología resocializadora o reeducativa, desde el punto de vista teórico y desde los derechos humanos, queda claro que la reeducación, en tanto ideología peligrosista confronta con la dignidad del ser humano y, por ende, con todos los derechos fundamentales que, en esencia, son la proyección normativa de esta.

Y, por otra parte, desde el punto de vista operativo, la resocialización no es adecuada como objetivo para gestionar la privación de libertad.

Queda claro que operamos dentro de lo que en criminología se llama paradigma crítico, en las antípodas de los enfoques positivistas.

Como hemos visto, el artículo 26 de la Constitución de la República fue completado en 1934 bajo la perspectiva positivista. Si además tenemos presente que un gran capítulo de la ideología etiológica, el tratamiento resocializador, también ha entrado específicamente en crisis, en la instancia de interpretar al artículo 26 se nos presenta una disyuntiva de hierro: o bien lo despojamos de todo contenido, y concluimos en el vaciamiento ideológico conceptual de la norma, en la línea de la no intervención radical; o bien, reelaboramos su contenido, adoptando el marco del paradigma crítico, dentro del límite de resistencia semántica.

Si adoptamos una orientación minimista en la lectura de los textos jurídicos que limiten o pongan límite a la intervención punitiva (minimización de la intervención punitiva), nos inclinamos por esta segunda alternativa, para la cual hemos de efectuar alguna precisión hermenéutica.

El cambio de paradigma sacude la epistemología misma de la cuestión criminal. El equipamiento conceptual de cuño positivista no nos sirve para entender el funcionamiento de la cárcel; organizar la cárcel a partir de que es admisible y posible reeducar a quienes están encerrados, es como hemos dicho, una vana y mistificadora ilusión.³³

Al cambiar el objeto y el método del saber criminológico, cambia su epistemología y con ella debe cambiar la disposición de los saberes que se aproximan a la cuestión criminal. Mantener el concepto de reeducación, de profilaxis del delito, con su contenido positivista en el paradigma crítico, es como mantener la idea común de que los cuerpos caen porque son pesados, después de la física newtoniana.³⁴

Una racionalidad mínima que le es exigible al derecho hace que esa información de la realidad de la cárcel y del estado actual de la reflexión criminológica sea asumida por aquel y reformulada en términos de derecho.

Cuando en nuestro país no era buena estrategia defender a los castigos corporales, y entre ellos, a la pena capital, de la mano del positivismo vino el perfeccionamiento de la ideología del tratamiento y la mediatización entre el sistema punitivo y el cuerpo de los encerrados. El cambio del discurso del año 34 permitió mediatizar el castigo del cuerpo contenido en las mismas cárceles. La trampa del positivismo fue mistificar el castigo del cuerpo, pues nos hizo creer que el cuerpo no era castigado en las cárceles, y postergar por cincuenta años más la necesidad de reducir la violencia del encierro.

33 Es como pretender educar para la libertad en un ascensor (Zaffaroni, 1991).

34 Los cuerpos no caen porque son pesados, sino que «son» pesados como consecuencia de la relación que hay entre la masa del cuerpo que cae y el cuadrado de la distancia existente entre el cuerpo y el centro de la tierra, valga la aclaración.

El constituyente del año 34 creyó que con la incorporación del discurso reeducador aliviaba la violencia del sistema penal, cuando en realidad solo se operó un cambio de discurso, para ajustarlo a las necesidades disciplinarias de la época.

El derecho, entonces, por virtud de la ruptura del paradigma positivista, está como hace cincuenta años, de cara al encierro violento; simplemente, nos equivocamos de camino y hemos de volver sobre nuestros pasos, al comprobar el engaño de la opción positivista/co-reccionalista.

El artículo 26 tiene que ser interpretado en el sentido de la reducción del encierro violento; o, lo que es lo mismo hemos de reformular la minimización del encierro violento en términos de derecho. La Constitución no puede amparar el encierro deslegitimado, ni la agresión cotidiana a la dignidad del ser humano, a su integridad física, a su seguridad jurídica. La racionalidad jurídica del programa penitenciario ha de ser reelaborada según las pautas minimistas. No vemos cómo puede sostenerse nuestra organización constitucional del estado de derecho, amparando bajo el velo mistificador del positivismo una dosis de considerable violencia, con un encuadre ideológico que jamás la encarará. Al contrario: nuestro texto constitucional debe interpretarse en el sentido de la mejor realización posible del estado de derecho y de la mejor tutela posible del ser humano.

Detrás de este planteo hay una opción por el derecho: el planteo minimista es un planteo de cambio social, eso está claro. El artículo 26 tiene a la vez, una posibilidad conservadora y una potencialidad renovadora.³⁵ El artículo 26, interpretado como hasta ahora, implica en sí un proyecto incompatible con los derechos humanos —recuérdese la crítica a la resocialización en sí—, pero además, y si así no fuera, implica un programa irrealizable.

Al contrario, el artículo 26 ha de ser el programa de ejecución mínima, el bastión jurídico de reducción de la violencia penitenciaria.

La empresa de recrear el sentido del artículo 26, para adecuarlo al cambio de paradigma, puede tropezar con algún obstáculo de hermenéutica jurídica.

Anticipamos que la adecuación del artículo 26 de la Constitución al cambio paradigmático de la cuestión criminal puede ser trabada en vía formal. Se nos puede decir que la reforma de la Constitución solo puede ser encarada por los procedimientos de reforma que la misma establece (artículo 331) y que una reinterpretación como la propuesta es una reforma constitucional encubierta. Esta cuestión no es novedosa: entre muchas discusiones con relación a la interpretación de las constituciones está, precisamente, la tradicional confrontación entre quienes se orientan a «actualizar» el significado de la Constitución y las

35 En el sentido que sugiere Cárcova (1991: 16).

visiones «originalistas», que fijan los significados de los textos constitucionales en el pasado (Gargarella, 2008: 123).

Gargarella, si bien cuestiona el anclaje de las constituciones en el pasado (incluso, puede cuestionarse qué significa «pasado» y cuándo se instaló en el texto de las constituciones),³⁶ tampoco se lo ve proclive a dejar todo en manos de los jueces, por cuanto en temas constitucionales pueden estar en juego cuestiones inherentes a la democracia, sobremanera en derechos sociales (dimensión inequívoca que tiene la resocialización). Concluye admitiendo la inevitable tarea del Poder Judicial con el poder de revisar la validez constitucional de cualquier norma, aunque plantea cierta reorganización de la actividad judicial, «participando en el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas», por fuera del escenario de las luchas políticas e influyendo favorablemente en la imparcialidad de las decisiones colectivas (Gargarella, 2008: 146). Y va más lejos: sugiere que el Poder Judicial exija al poder político que «dé razones públicamente aceptables de sus decisiones». Pero es claro que todo esto requiere el desarrollo de nuevas institucionalidades, hoy inexistentes.

Guastini señala algunas pautas relevantes, en materia de interpretación judicial (1999: 84 y ss.): a) Las constituciones no se prestan para interpretaciones literales, pues tienen cierta indeterminación semántica en materia de principios (la reeducación puede ser uno de ellos). b) Pero tienen un contenido prescriptivo que hay que encontrar; en el caso ¿qué quiere decir reeducar? c) La Constitución exige una interpretación evolutiva, por la cual se atribuyen al texto significados siempre mutables, para adaptar el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales (1999: 86).

En fin, más allá de las dificultades que plantea la interpretación constitucional, lo cierto es que es razonable plantear la reinterpretación de la expresión reeducación, en el texto del artículo 26.

Si asumimos, además, que el derecho es un obstáculo al cambio social (Novoa Monreal, 1986) es preciso adoptar en su aplicación estrategias hermenéuticas que permitan su adecuación plástica al cambio de los tiempos y de los conocimientos; es preciso fabricar respiraderos que permitan su oxigenación, aun ante el texto constitucional.

Es oportuno recordar algunas ideas de García Pelayo (1967: 128 y ss.) al respecto. Este jurista expresa que la Constitución no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia. Ella se convierte en un proceso dinámico, entre otras vías, por la integración de nuevos pensamientos o en la sustracción de los antiguos a las palabras ya existentes. Cuando la norma se expresa en lenguas vivas, sus prescripciones

36 En este trabajo creemos haber dado cuenta de ese tema, en lo que refiera a la reeducación.

quedan sometidas a los cambios de significación de las palabras, que se convierten así en vía de penetración de nuevos pensamientos, ideas y conceptos, y de la transformación del sentido de la Constitución con arreglo a ellos. Es claro —continúa diciendo— que la Constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto; en ese sentido habla de *mutación* constitucional en vez de reforma constitucional. Entre las posibilidades jurídicas de la mutación —concluye— está la interpretación de los términos de la Constitución de tal modo que los preceptos obtienen un contenido diferente de aquel para el que fueron pensados.

Por consiguiente, la exposición del Derecho Constitucional de un pueblo supone dar un corte al transcurso histórico y exponer la situación en un momento del mismo, tal como deriva no solo de los textos constitucionales, sino de todo lo que este transcurso ha aportado a la estructura constitucional.

En sentido concordante con lo expresado por García Pelayo, el derecho debe llenarse de realidad, afirmación que incluye al reacomodamiento de la realidad según el cambio de paradigma. La lectura de la cárcel en clave crítica está en las antípodas del enfoque positivista. De lo que se trata es de reacomodar el artículo 26 al enfoque crítico.

Por supuesto que siempre queda la opción por el positivismo. En tal caso, la discusión se entablará en el plano ideológico, en la medida en que se demuestre que el plano jurídico tolera la interpretación alternativa (la que, como hemos dicho, es la más coherente con la filosofía constitucional, siempre y cuando esta se acompañe a la sensibilidad de la criminología actual en sus vertientes críticas).

Pero la opción por el positivismo no es posible ni aconsejable, al ser el proyecto etiológico materialmente imposible, de un lado, y al estar enfrentado con los derechos humanos, de otro lado. Habitualmente se expresa, en términos de denuncia, que el artículo 26 «no se cumple» en la realidad, porque las cárceles no reeducan ni realizan la profilaxis del delito. Esa afirmación encierra su propia perdición si no se discierne la imposibilidad fáctica de la reeducación o de la profilaxis del delito.

Para afirmar que una norma no se cumple, es necesario el supuesto de que sea posible su cumplimiento; la norma del artículo 26, en el enfoque positivista, es inaplicable porque la condición de su aplicación —la reeducación y la «profilaxis» del delito— empíricamente no puede darse.³⁷ Si por el contrario asignamos a la norma un sentido que le confiera viabilidad como proyecto real, podemos relevar su violación en otros términos, con mucha mayor certeza jurídica.

El hecho de que planteemos la interpretación de la norma del artículo 26 como la elección de la mejor alternativa semántica posible (Zaffaroni, 1985; Nino, 1992), puede también llamar a perplejidad.

37 Véase lo que al respecto de las normas inoperantes dice Nino (1992: 289).

Nuestra intención es hacer aflorar la cuestión ideológica y valorativa a la superficie y no encubriarla en un haz de racionalizaciones hermenéuticas. Proponemos por este camino la discusión abierta de los principios valorativos involucrados en la cuestión criminal, sobre todo en orden a los derechos humanos, por un lado, y la reformulación del saber criminológico, por otro (véase al respecto, Nino, 1992; Cárcova, 1991; Marí, 1991).

Tres perspectivas de análisis confluyen a la hora de encarar la formulación dogmática jurídica del programa de ejecución mínima de la privación de libertad (o de la cotidianidad penitenciaria).

El texto del artículo 26 deberá ser recreado a partir de la reorientación del dato real —el encierro violento—, y de su minimización en términos de obtener los mejores niveles posibles de realización de derechos; este enfoque supone una ruptura con la hermenéutica penitenciarista tradicional (Cuello Calón, 1958; Garrido Guzmán, 1983; García Valdez, 1982 y 1985; Marco del Pont, 1974; García Ramírez, 1975, etcétera), vinculada al positivismo jurídico.

El objeto que nos proponemos condiciona al método. Debemos equiparnos hermenéuticamente de forma tal que nos permita la mejor captación y limitación del fenómeno. En este sentido, la norma del artículo 26 debe ser considerada a partir de un triple enfoque.

Desde la perspectiva del control social, aspiramos estratégicamente a reducir la violencia del sistema penitenciario, dotando al derecho de mayor firmeza en la contención del control punitivo; sobremanera en aquellos aspectos en los cuales el penitenciarismo de la defensa social, cautivo del positivismo, era incapaz de hacerlo. Bien se puede decir que, desde esta perspectiva, el minimismo es una estrategia política.

Desde la perspectiva ideológica, la reformulación de saber criminológico en orden a los derechos humanos nos coloca en las antípodas del positivismo etiológico. Una lectura a la cárcel en clave crítica desde los derechos humanos, iluminará aquellos aspectos donde la misma opera con criterios positivistas, y nos proveerá de un enfoque alternativo.

Desde la perspectiva dogmática, un designio de mínima coherencia antropológica (Zaffaroni, 1985, 1989 y 2000), nos obliga a reelaborar creativamente las normas jurídicas en el sentido que ambienten la mejor realización posible de derechos humanos. En tal sentido, y a esta altura de la reflexión criminológica, no se trata únicamente de proscribir del ámbito penitenciario aquellos hechos de violencia abierta —que, por supuesto, el penitenciarismo de la defensa social también condenó— sino de desarrollar otra sensibilidad de la violencia, que permita condenar, diríamos, anticipadamente, pautas penitenciarias ambientadas por el positivismo. Como veremos, esta «anticipación» es imperiosa, pues aquellas pautas, traducidas en praxis cotidiana, culminan por regla general en la violencia abierta.

La conveniencia de esta metodología es manifiesta, si consideramos las limitaciones de enfoques más fragmentados.

Así, un enfoque limitado a la consideración cerrada y pura de la norma, propia del penitenciarismo tradicional, incluso en sus vertientes más humanitarias (caso, por ejemplo, de García Ramírez, 1975) no permite discernir los complejos procesos institucionales que operan en la cárcel, así como tampoco permite operar el derecho de forma que absorba o disminuya la brecha que existe entre él y la realidad. En general estos planteos cuentan, además, con la complicidad insidiosa de conceptos y actitudes de cuño positivista biológico —por ejemplo, pronóstico de la peligrosidad o de reinserción social, manejo exacerbado de la disciplina, criterios excesivamente jurisdizantes en el agrupamiento de internos, predominio de los criterios custodiales en la organización de momentos estratégicos, etcétera— que se operativizan en pautas de «normalización», que no están limitadas por el derecho. En estos casos, la normalidad técnica sustituye al derecho y opera desprovista de garantías (Puppo Bosch, 1990 y 1995).

Un enfoque limitado a los procesos de control social institucional, y que trasunte un programa alternativo a los enfoques positivistas,³⁸ si bien aporta la mejor información, puede quedar en un reduccionismo sociológico (García Méndez, 1987), si no se traduce en planteamientos jurídicos. Toda estrategia minimista que no tenga un soporte jurídico alternativo, puede ser implementada por el poder punitivo para generar caos y aumentar la violencia que se denuncia. El programa mínimo dentro de la cárcel requiere siempre de un momento jurídico, que permita su impositividad inexorable (Recasens, 1975).

Obviamente, este triple enfoque minimista de la norma no le quita valor a los aportes parciales. Simplemente pone de manifiesto que, en algún momento, es necesario un esfuerzo de síntesis integradora que permita dotar a la propuesta minimista de mayor «efectividad» práctica.³⁹ Apuntamos a evitar que el derecho implemente en forma mistificada conceptos que encubran la operativa del poder y su violencia, retrocediendo en su contención, generando espacios de menor vigencia de derechos.

Precisamente, el derecho penitenciario debe recoger la crítica del derecho penal en orden a la desmistificación del discurso punitivo y penitenciario de cuño positivista, en cuanto encubre momentos de poder no legitimado. Se trata, en primer lugar, de concretar la crítica con la elaboración de un discurso jurídico alternativo, que reelabore dialécticamente el discurso penitenciario tradicional y supere sus mistificaciones; de esta manera, la barrera de contención de poder se «adelantará», generando mayores espacios de vigencia de derechos. En

38 Por ejemplo el planteado por Baratta (1991).

39 Efectividad en el sentido de vigencia efectiva de derechos (Zaffaroni, 1984 y 1986).

segundo lugar, la desmistificación implicará una decodificación de la operativización del discurso cuestionado. En este punto se trata de dejar en situación de violencia abierta, circunstancias que antes se cubrían con el velo ideológico del discurso preventista especial.

Bibliografía

- Alonso Criado, Matías. *Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay*, tomo I, Montevideo, 1876; tomo II, Montevideo, 1877; tomo III, Montevideo, 1877; tomo IV, Montevideo, 1878; tomo V, VI, VII, Montevideo, 1879; tomo XI, 2.^a parte, Montevideo, 1882 y 1889 (y Manuel Alonso); tomo XIII, 1890; tomo XVIII, 1896 y 1907.
- Álvarez Uria, Fernando (1991) «Sociologías de la cárcel», en *Cuadernos de la cárcel*, 2.^a edición, Buenos Aires, Ed. No Hay Derecho.
- Ancel, Marc (1965) *La nueva defensa social (un movimiento de política criminal humanista)*, Buenos Aires, La Ley.
- Arenal, Concepción (1901) «El Congreso Penitenciario de Estocolmo», en *Obras Completas* de Concepción Arenal, tomo XXI, vol. IV, artículos sobre Beneficencia y Prisiones, Madrid, Librería de Victoriano Suárez.
- Baratta, Alessandro (1991) «Resocialización o control social —por un concepto crítico de reintegración social del condenado—», en João Marcello de Araujo Junior (org.) *Sistema Penal para o terceiro milenio. Atos do Coloquio Marc Ancel*, Río de Janeiro, Secretaría de Estado de Justiça do Rio de Janeiro, editora Revan.
- Bergalli, Roberto (1987) «Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La Situación en España», en *La Questió penitenciària. Papers D'Estudis I Formació*, número especial, Barcelona, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, abril.
- Cárcova, Carlos María (1991) «Teorías jurídicas alternativas», en revista *No Hay Derecho*, año 1, n.º 3, abril-mayo, Buenos Aires.
- Castex, Mariano (1997) *El poder penal*, Buenos Aires, Oficina de publicaciones del CBC.
- Christie, Nils (1981) *Los límites del dolor*, México DF, Fondo de Cultura Económica.
- (1993) *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Cremmer, Donald (1940) *The prison community*, Boston, The Christopher Publishing House.
- Cuello Calon, Eugenio (1958) *La Moderna Penología*, Barcelona, Bosch.
- Del Olmo, Rosa (1981) *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI, México.
- Dorado Montero, Pedro (1973) *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma.
- Domínguez Lostaló, Juan Carlos (1981) «Detención y prediagnóstico del menor infractor», ponencia presentada en el Curso para Personal de Centros de Menores infractores, San José de Costa Rica, ILANUD, diciembre.
- y Di Nella, Yago (1996) *¿Es necesario encerrar? El derecho a vivir en comunidad*, Buenos Aires, La Plata, Programa de Investigación, Formación y Asistencia Técnica en Alternativas al Control Social (PIFACS), Cuadernos del Caleuche, Facultad de Humanidades, UNLP.
- (2001) *Hacia un Programa integral de desarrollo comunitario para la seguridad humana en Latinoamérica. Prevención del conflicto so-*

- cial en el marco doctrinario y técnico de las Naciones Unidas*, La Plata, PIFATACS, Ediciones de la Asociación Civil del Caleuche.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2007) *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, B de F.
- Ferrajoli, Luigi (1997) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- Fessler, Daniel (2012) *Derecho penal y castigo en Uruguay (1978-1907)*, Montevideo, CSIC, Universidad de la República.
- Foucault, Michel (1984) *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid.
- Funes, Jaime y González, Carlos (1997) «Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria», en *Derecho a tener derecho. Infancia, derechos y políticas sociales*, t. 1, Unicef, IIDN.
- García Méndez, Emilio (1987) *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, Hammurabi.
- (1997) *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá.
- García Pelayo, Manuel (1967) *Derecho Constitucional Comparado*, 8.ª edición, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente.
- García Ramírez, Sergio (1975) *La prisión*, Fondo de Cultura Económica, México.
- García Valdez, Carlos (1982) *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, Tecnos.
- (1985) *Teoría de la Pena*, Madrid, Tecnos.
- Gargarella, Roberto (coord.) (2008) *Teoría y crítica del Derecho Constitucional, tomo I, Democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Garland, David (1999) *Castigo y sociedad moderna*, México DF, Siglo XXI.
- Garrido Guzmán, Luis (1983) *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDERSA.
- Giribaldi Oddo, Alfredo (1949) *Estudios Jurídicos*, vol. II., Montevideo, Florensa y Lafon.
- Goffman, Erving (1972) *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorroutu Editores, Buenos Aires.
- Gómez Folle, Juan Carlos (1947) *Institutos Penales del Uruguay*, Montevideo, Talleres Gráficos de Institutos Penales.
- Grezzi, Ofelia (1995) «Prólogo» a *Los confines de la cárcel*, Montevideo, Carlos Álvarez.
- Guastini, Riccardo (1999) *Estudios sobre interpretación jurídica*, México UNAM.
- Hassemer, Winfried (1984) *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch.
- Mapelli Caffarena, Borja (1983) *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- (1987) «Criminología crítica y derecho penitenciario», en *Criminología y Derecho I*, Montevideo, FCU.
- Malet Vázquez, Mariana y Lackner, Ricardo (2011) «Notas sobre el proyecto de reforma del Código Penal», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 19 (mayo), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

- Marco Del Pont, Luis (1974) *Penología y Sistemas Carcelarios*, vol. I, Buenos Aires, Depalma.
- Martinson, Robert (1974) «What Works? Questions and answers about prison reform», *The Public Interest*, 35, 22-54.
- Marchiori, Hilda (1985) *Institución Penitenciaria*, Córdoba, Marcos Lerner Editora.
- Marí, Enrique (1991) «¿Qué jusfilosofía para la Argentina de la Postmodernidad?», en revista *No Hay Derecho*, año 1, n.º 3, abril-mayo, Buenos Aires.
- Mathiesen, Thomas (2003) *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar.
- Medina Ariza, Juan José (2011) *Políticas de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, B de F.
- Melossi, Dario y Pavarini, Massimo (1985) *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México DF-Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- Muñoz Conde, Francisco (1985) *Derecho Penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez.
- Nino, Carlos Santiago (1992) *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Novoa Monreal, Eduardo (1986) *El derecho como obstáculo al cambio social*, México DF, Siglo XXI editores.
- Pavarini, Massimo (1983) *Control y dominación*, México DF, Siglo XXI editores.
- (1991) «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», en *Cuadernos de la Cárcel*, edición especial de *No Hay Derecho*, 2.ª edición, Buenos Aires.
- (1995) *Los confines de la cárcel* (prólogo de Ofelia Grezzi), Montevideo, Carlos Álvarez.
- Pegoraro, Juan S. (2001) «Derecha criminológica, neoliberalismo y política penal», *Sociedad y delito. Revista de Ciencias Sociales*, año 10, n.º 15-16.
- Puppo Bosch, Dagoberto (1990) «Admisión, Diagnóstico y Clasificación de los Internos de las Instituciones Penitenciarias», en *Criminología y Derecho II*, Montevideo, FCU.
- (1991) «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», en *Cuadernos de la Cárcel*, edición especial de *No Hay Derecho*, 2.ª edición, Buenos Aires. (1995) «La Peligrosidad y la Psiquiatría Forense», en *Revista de Derecho Penal*, n.º10, Montevideo, FCU.
- Recasens Siches, Luis (1975) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa.
- Rivera Beiras, Iñaki (1992) «Los derechos fundamentales de la privación de libertad», en *Cárcel y Derechos Humanos*, Barcelona, J.M. Bosch Editor.
- (1991) «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», en *Cuadernos de la Cárcel*, edición especial de *No Hay Derecho*, 2.ª edición, Buenos Aires. (2008 y 2009, respectivamente) *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, vol. I, y vol. II, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Rodríguez Manzanera, Luis (1984) *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- Sainz Cantero, José A. (1970) «Ideas criminológicas en los “Estudios penitenciarios” de Concepción Arenal», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille.
- Silva Forné, Diego (2012) *La reforma penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Soler, Sebastián (1956) «La formulación actual del principio *nullum crimen*», en *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, TEA.
- Vásquez Acevedo, Alfredo (1893) *Concordancias y anotaciones del Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Sierra y Antuña Editores.
- Uriarte, Carlos E. (1996) «Una ventana abierta a nuestra historia penitenciaria: el artículo 26 de la Constitución Nacional», en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 2.
- (1999) *Control institucional de la niñez-adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes)*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor.
- (2006a) *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- (2006b) «Derecho penal juvenil y teoría de la pena», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 16.
- (2007) *Propuesta de ejecución de medidas a jóvenes en infracción desde una perspectiva de derechos*, Montevideo, Psicolibros-Waslala.
- Wilson, James Q. y Kelling, George (2001) «Ventanas rotas. La policía y la seguridad en los barrios», en *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 10, n.º 15-16.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1984) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Buenos Aires, Depalma.
- (1985) *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar.
- (1986) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Buenos Aires, Depalma.
- (1988) *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis.
- (1989) *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar.
- (1991) «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», en *Cuadernos de la Cárcel*, edición especial de *No Hay Derecho*, 2.ª edición, Buenos Aires.
- (1994) *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar.
- (2000) *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar.

Privatización carcelaria.¹

La arriesgada relación entre Estado, empresa y castigo

Isabel Arriagada

La política de privatización carcelaria surgió en el mundo anglosajón, en Estados Unidos e Inglaterra, con el propósito de incentivar económicamente a agentes privados a diseñar, construir u operar cárceles bajo la premisa de que la medida significaría una reducción de costos a través de estrategias eficientes de innovación. En otras palabras, una operación carcelaria más eficiente, de mayor calidad y a un menor costo que el de las agencias gubernamentales. Aunque la idea de privatización carcelaria sigue los lineamientos elementales del movimiento privatizador de los años ochenta, a esta política pública subyace un particular entramado conceptual que incluye al menos tres ideas y que la distingue de la privatización de cualquier otro servicio público, como carreteras o puertos. La idea de que el Estado constituye un administrador ineficiente del aparato carcelario, la predilección por la cárcel como medio de castigo y una arriesgada confianza en la intervención de la agencia privada para la gestión del encierro.

El rol del Estado

La privatización carcelaria se origina en Estados Unidos en la década de los ochenta y tiene como correlato una explosión inusitada en

1 Este artículo constituye una síntesis de ideas que ya he publicado con anterioridad y que se encuentran tratadas más en detalle en los siguientes artículos: «Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio», *Revista Política Criminal*, n.º 16, 2013, disponible en: <<http://goo.gl/rmqpVI>>; «Privatización carcelaria: El caso chileno», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 17, 2013: 147-171, disponible en: <<http://goo.gl/fii8A2>>; «De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal», *Revista de Derecho. Universidad Austral*, vol. XXV, n.º 2, 2012: 9-31, disponible en: <<http://goo.gl/Obiq4k>>; y «El monopolio estatal sobre el castigo: Privatización carcelaria y teoría retribucionista», *Revista Espacio Abierto*, Centro de Investigación y Estudios Judiciales del Uruguay, 2014.

las tasas de encarcelamiento. Las cifras fueron desde menos de 500 mil presos en la década de los setenta a más de un millón de presos en la década de los noventa (Aman Jr., 2005: 528). Actualmente, al año 2015, Estados Unidos es el país con mayor cantidad de presos en el mundo y con la mayor tasa de personas privadas de libertad (Centre for Prison Studies, 2015).

Existen diversas posiciones sobre las reales causas de esta explosión carcelaria. David Garland (2005) sostiene que la superficie social y económica de la modernidad tardía² favoreció el desarrollo de la actividad delictiva, entre ellas, el aumento de las oportunidades para cometer delitos, la disminución de los controles situacionales, el incremento de la población en riesgo y la reducción de la eficacia del control social (Garland, 2005: 160). En oposición, Loïc Wacquant ha sostenido no existir un correlato entre el aumento de las tasas de encarcelación y el aumento de la comisión de delitos, sino la paulatina instalación de un modelo de control social discriminatorio y excluyente. Desde esta visión, la explicación del aumento de las tasas de encarcelamiento tendría su origen no en el aumento de la criminalidad, sino en el de la criminalización (Schlosser, 1998) dada sobre todo por la intensificación del castigo respecto a delitos no violentos, el tráfico de droga, infracciones a condiciones impuestas en el medio libre y conductas reincidentes (Western, 2002: 527). Apoya a esta postura el hecho de que las tasas delictuales a la época en que se iniciaron los procesos de encarcelación masiva habrían no solo logrado estabilizarse sino, incluso, disminuir (Wacquant, 2010).

La masividad de la respuesta penal forzó a las autoridades a resolver el problema de la disponibilidad de plazas para los cada vez más numerosos presos.³ En el contexto de la era Reagan, las autoridades decidieron privatizar servicios tradicionalmente provistos por el sector público y liberalizar la gestión carcelaria. Como describe Erick Schlosser, en los ochenta las agencias estatales estadounidenses se veían como organismos inherentemente inútiles e ineficientes, frente

2 Concebida como una compleja constelación de circunstancias económicas, políticas y culturales. Entre ellas, el estado actual de la producción capitalista y el intercambio de mercado, el desarrollo de la tecnología, el transporte y las telecomunicaciones, las variaciones en la configuración de las familias, las mutaciones sufridas por las ciudades y la democratización de la vida social y cultural.

3 Las autoridades no solo se vieron enfrentadas a una sobrepoblación penitenciaria que ocupaba instalaciones deterioradas y escasas, sino también a cortes de justicia que ordenaban reformas por un tratamiento digno de los presos, a presupuestos estatales reducidos y a la recesión económica originada por la crisis del petróleo, a sentencias condenatorias, al endurecimiento de la opinión pública frente al delito, a la guerra contra las drogas, a la resistencia de los contribuyentes a asumir los costos de construir nuevas prisiones y a una multiplicidad de factores que contribuían a la asfixiante tensión del problema (Logan, 1990: 9). También sobre las circunstancias que habrían motivado la política de privatización penitenciaria en Estados Unidos (Dana, 1988).

a las cuales el sector privado, mediante contratos competitivos, podría construir cárceles más rápido y a menores costos, eludir las dilaciones burocráticas y proveer un servicio de mejor calidad a costos sustancialmente menores (Schlosser, 1998).

Las formas que adopta el modelo privatizador son variadas y dependen de los servicios y actividades encomendadas a la gestión privada.⁴ Existen tres principales modelos: el *modelo de leasing*, en virtud del cual las empresas privadas, con capitales propios o aportados, diseñan, construyen e implementan el recinto penitenciario para luego traspasarlo al Estado una vez efectuado el pago por dichas prestaciones en el plazo convenido; el *modelo de privatización*, que delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado y relega al Estado a la labor de fiscalización; y el *modelo mixto* que delega algunas actividades al sector privado mientras el Estado cumple con las funciones de seguridad y vigilancia.

La evidencia indica que no existen buenas razones para haber optado por el sector privado. En su estudio comparativo sobre la efectividad del sistema carcelario, los investigadores Travis Pratt y Jeff Maahs, demuestran que la naturaleza pública o privada de una instalación carcelaria constituye un predictor insignificante en la media estandarizada de costo diario por preso. Incluso bajo el supuesto de que la propiedad de la instalación pudiese cobrar incidencia una vez conjugada con otras variables independientes, esta demuestra no ser un factor influyente en el resultado final. Por su parte, las variables representativas de las características institucionales, como el número de presos, la antigüedad de la instalación y el nivel de seguridad, sí se constituyeron como estadísticamente sustantivas. En las conclusiones de su trabajo, los autores advierten que sus hallazgos ofrecen una visión cauta y realista sobre el juicio de eficiencia que se hace de las cárceles operadas por el sector privado y aseveran que el traspaso de la operatividad de las prisiones desde el sector público al sector privado no supone necesariamente un alivio a las cargas financieras de los presupuestos estatales, ya que no existirían diferencias importantes entre el costo y el beneficio entregado por uno u otro tipo de instalación (Pratt y Maahs, 1999: 358-371).

Con estos resultados a la vista, algunos podrán argumentar que si tanto el sector privado como el sector público están imposibilitados de entregar condiciones dignas de encarcelamiento, entonces se vuelve irrelevante decidir por uno u otro sistema. A ello cabe responder que la inyección de recursos al sector privado vuelve difícil la comparación entre sector privado y sector público. En otras palabras, no se encuen-

4 Entre la diversidad de catálogos explicativos sobre las distintas configuraciones de la privatización carcelaria, existe una exhaustiva tipología elaborada por Austin y Coventry (2001: 69).

tra a disposición el contrafactual consistente en haber invertido con igual magnitud en mejorar el sistema carcelario público. O también, la decisión por uno u otro opera sobre un sesgo que elude la oportunidad del sector público para demostrar sus competencias.

La predilección por la cárcel como medio de castigo

A la privatización carcelaria subyace la convicción de que el esfuerzo gubernamental frente a la criminalidad debe concentrarse en su aparato carcelario, ya que favorece la privación de libertad como principal respuesta ante la criminalidad. Las autoridades dedican sus esfuerzos en planificar y desarrollar el modelo carcelario en desmedro de la posibilidad de idear modelos de salidas alternativas o de despenalización. Los resultados demuestran que, tanto en Estados Unidos como en Chile, la inversión para implementar la política pública de privatización carcelaria ha sido colosal. Las cifras confirman el posicionamiento de la inversión carcelaria como capital ocupación de la agenda punitiva y desmienten la promesa de racionalizar el recurso a la prisión.

¿Cuáles son las razones para que las autoridades de los ochenta hayan optado por la cárcel? La medida, como sostiene David Garland, concuerda con el recorrido que va desde el compromiso social con el delincuente, propio del Estado de bienestar y de la ingeniería social de posguerra, hacia la reconfiguración de un complejo penal propio de las políticas económicas neoliberales. A continuación, una breve síntesis de sus planteamientos (Garland, 2005).

Previo al advenimiento de las economías neoliberales y hasta los años setenta, el sistema penal en Estados Unidos afirmaba un compromiso solidario con el delincuente afianzado en una trama coherente de principios enmarcados en un sistema penal estatal, legitimado y reflexivo, caracterizado por la restricción en el uso del encarcelamiento, la preponderancia de medidas de custodia, la confianza en el profesional técnico experto y el protagonismo del ideal de rehabilitación. La ideología de la penalidad en el Estado de bienestar se asentaba en la convicción de que la prosperidad económica conduciría a la reducción del delito. Por tanto, el Estado, además de castigar y controlar a los delincuentes, asumía como propio el deber de buscar —y responder a— las causas de la criminalidad en la pobreza o en los déficit de socialización de la población penal, generados por una sociedad capitalista e industrializada.

El modelo penal bienestarista adolecía de varias deficiencias. La criminología crítica acusó al sistema penal de la época de imponer condenas indeterminadas, tratamientos rehabilitadores, terapias individualizadas y medidas moralizantes. Desafortunadamente, a este sano proceso crítico sucedería una reacción histérica de la agenda punitiva e iniciaría un movimiento hacia la severidad de las penas, la justicia

expresiva, el populismo punitivo y la división entre el delincuente y la comunidad.

El renovado interés por la prisión y la intervención de capitales privados en ella representaron tanto el abandono de la responsabilidad social del Estado como un despliegue innecesario del poder de castigar. En breves palabras, el modelo económico de los ochenta impulsó la libertad de mercado y la puesta en marcha de la privatización estatal, redujo la protección social y fortaleció el brazo penal del Estado (Wacquant, 2010: 110). El sector privado se convirtió en un aliado poderoso, capaz de expandir extensiva e intensivamente el campo penal y consolidar una vocación penal en diversos estados. La propia lógica del sistema de privatización carcelaria favorece la expansión de la población penal.

¿Cuál es el problema de favorecer la cárcel como política pública? Sobre el impacto del encarcelamiento en los individuos, existe influencia negativa en varios niveles. Sobre la integridad física, estudios dan cuenta de inadecuada alimentación, envejecimiento prematuro, expansión de epidemias y contagio de enfermedades infecciosas producto de precarias condiciones higiénicas, altos niveles de hacinamiento y permanente contacto íntimo entre reclusos (Massoglia, 2008: 57). A nivel psíquico, se ha descubierto que la cárcel produce baja autoestima, aumento de agresividad, depresión y estrés coetáneo y posterior al período de encierro (Massoglia, 2008).⁵ En cuanto a sus perspectivas posliberación, pese a que algunos confían en la posibilidad de entregar a los presos herramientas que mejoren su «capital humano» mediante programas de educación, capacitación y salud, la evidencia da cuenta de que los contactos criminógenos intracarcelarios favorecen la habilidad delictiva de los individuos y expanden las redes sociales de la delincuencia (Watts y Nightingale, 1996: 60), circunstancia que predestina el fracaso de la mayoría de estas intervenciones. Además, se ha sostenido, el encarcelamiento cerraría el paso de las dos vías más importantes para evitar la reincidencia: el empleo estable y el matrimonio (Sampson y Laub, 2001). O también, encarcelar implica truncar trayectorias académicas, profesionales o laborales, de manera que los egresados del sistema carcelario encuentran infinitas dificultades para retomar sus vidas y encontrar empleo estable con salarios decentes (Western, 2002). A nivel de comunidad, el encarcelamiento arrasa con los núcleos sociales de origen de la población reclusa, ya que importa desestabilización de hogares, reducción de ingresos familiares, interrupción de vidas en pareja, sustracción de niños del cuidado de sus padres, estigmatización y distorsión de la vida social en barrios mar-

5 El análisis de Michael Massoglia da cuenta exhaustiva de la relación entre el encarcelamiento, sus consecuencias sociales y políticas, y las enfermedades asociadas tanto durante el período de confinamiento como luego de la liberación.

ginales y la perpetuación del círculo de la delincuencia. Finalmente, el encarcelamiento tiene efectos devastadores en la estructura social, ya que genera una disminución del potencial económico de hombres y mujeres en edad activa e introduce, tras la liberación de reclusos no capacitados, un factor adicional de desempleo.⁶

Si asumimos que quien dirige una empresa busca generar utilidades y expandir su negocio, y si esa empresa pertenece a la industria carcelaria, entonces la finalidad del empresario de cárceles será el crecimiento tanto de la infraestructura penitenciaria como del universo de la población reclusa. El fenómeno, apunta Eric Schlosser (1998), sería equivalente a la lógica de la industria hotelera: tal como un hotel, la cárcel tiene fuertes incentivos para tener reservadas todas sus habitaciones y para alentar a cada huésped a permanecer tanto como sea posible. La concreción de estos intereses, según algunos, trae consigo una amplia variedad de estrategias y maniobras políticas orientadas a influir en los poderes del Estado con el fin de generar decisiones favorables a los intereses privados. Entre los objetivos de dicha influencia estarían, por ejemplo, la promoción de la industria carcelaria, la ampliación del catálogo de conductas sancionadas con prisión (White, 2001), la reducción de los estándares de calidad del funcionamiento y la aceleración indebida de trámites burocráticos o administrativos. El resultado incluiría la aplicación de leyes, la dictación de sentencias y la implementación de medidas sometidas a los intereses financieros del sector privado inconsistentes con el llamado a la racionalización del uso de la prisión.⁷ La realidad confirma esta tesis. La literatura norteamericana opositora a la privatización cita recurrentemente el caso del gobernador de Tennessee, Lamar Alexander, quien alentara la privatización de las prisiones estatales y cuyo cónyuge fuera parte del primer grupo de inversores de la *Correction Corporation of América* (Dolovich, 2005: 535). Sobre la situación en Chile, se ha afirmado que el *lobby* de

6 En la experiencia estadounidense, el conocido estudio realizado por Bruce Western y Katherine Beckett (1999) comprobó que, al corto plazo, las altas de encarcelamiento derivan en una disminución de las tasas de desempleo, mientras que, al largo plazo, el encarcelamiento reduce las perspectivas laborales de los exconvictos, provocando un aumento general de la cesantía.

7 En el caso del sistema de privatización estadounidense, en que la labor de custodia se encuentra también encomendada a agentes privados, la situación es aún más compleja: «Estas oportunidades permiten a los empleados privados interpretar un rol cuasi-judicial, como en el caso de informes disciplinarios, los que pueden afectar los beneficios del recluso y sus condiciones de confinamiento, incluyendo la pérdida de ciertos privilegios y ser mantenido en celdas aisladas. Esta posibilidad claramente contradice el principio de que el castigo debe ser determinado por los tribunales que representan al Estado y que solo la administración del castigo debe ser delegada a entes privados. Lo anterior puede llevar a circunstancias en las que empresas de prisiones privadas, para mantener sus instalaciones completamente ocupadas, apliquen políticas gerenciales que aumenten el número de casos disciplinarios, llevando a la revocación de beneficios y a estadías más largas en prisión» (Schichor, 1998: 91).

la industria y sectores políticos afines han obstruido la modificación de leyes que transparentan y perfeccionan el sistema de concesiones (Bitran y Villena, 2010: 212). Así entonces, y de acuerdo a Sharon Dolovich, cuando existen partes con intereses financieros en posición de ejercer influencia tanto en la naturaleza y duración de las penas (Dolovich, 2005: 542) como en las decisiones de política penitenciaria en general, se prepara un terreno fértil a la corrupción a la que pueden exponerse los agentes estatales.⁸

La confianza en la intervención del sector privado

Existe vasta evidencia de que las agencias privadas están dispuestas a llegar al límite de la legalidad para satisfacer el natural interés de lucro en el negocio carcelario.

Para contextualizar el problema, cabe advertir de la consabida dificultad de anticipar minuciosamente y exhaustivamente los costos de funcionamiento de una instalación penal. El cálculo preliminar de la inversión se ve generalmente sobrepasado por los denominados costos ocultos (*hidden costs*) detrás de la operatividad de una cárcel y que demandan la permanente inyección de recursos a penales públicos y privados. Con independencia de quién opere la instalación, se ha sostenido que las prisiones están sujetas a distintas alteraciones en los costos operacionales previstos inicialmente (Pratt y Maahs, 1999: 361). En Estados Unidos, respecto a instalaciones penitenciarias operadas por el sector privado, es habitual exigir recursos estatales para actividades tales como inspección, concesión de licencias, servicios médicos y dentales, transporte, manejo de casos, indemnizaciones por accidentes, entre otros (Dolovich, 2005: 460, nota 81). Estos costos ocultos dificultan la tarea estatal de establecer anticipadamente el precio adecuado de contratación. De ello deriva a su vez la dificultad de determinar si la privatización efectivamente permite el ahorro de fondos públicos, ya que —por no existir certeza sobre el monto total de inversión— la comparación es meramente especulativa. Por cierto, este problema no afecta a la contraparte privada del acuerdo, ya que la oportunidad del privado para generar ganancias descansa en su capacidad de operar la instalación a un menor costo que el precio que el Estado ha establecido en el contrato, y no en una predicción global de costos asociados (McDonald *et al.*, 1998). Vinculado al concepto de

8 Pese a no existir en Chile antecedentes ciertos sobre la influencia política de las concesionarias en las autoridades políticas, existen circunstancias que levantan sospechas. El exdirector de Copsa (Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G.), Clemente Pérez, es considerado un hábil abogado con una profunda pertenencia al mundo político chileno. Por lo demás, su antecesor, Hermán Chadwick, es primo del actual presidente de Chile, Sebastián Piñera (diario *El Mostrador*, 07 de febrero de 2011).

hidden costs se encuentran los denominados sobrecostos, consistentes en desembolsos que debe hacer el Estado y que no fueron contemplados en la planificación inicial.

El caso chileno resulta ilustrativo. Durante la primera década del siglo XXI, el Estado encargó al sector privado la inversión, construcción y explotación de instalaciones carcelarias para luego transferirla al Estado (Figueroa, 2009: 2). Chile recogió el *modelo mixto francés* bajo el cual el Estado se encuentra a cargo de las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento mientras la empresa privada se encarga de las actividades de mantenimiento de infraestructura y equipamiento estándar, labores de seguridad y prestación de servicios de alimentación, salud, lavandería, reinserción y economato (Martínez y Espinoza, 2009: 5). Las autoridades chilenas supusieron que la alianza con el sector privado entregaría importantes beneficios económicos —el alivio del presupuesto estatal— y sociales. Entre ellos, dar solución a los problemas de hacinamiento de las cárceles estatales, aumentar los estándares de seguridad penitenciaria, implementar programas efectivos de reinserción y rehabilitación, terminar con las indignas condiciones carcelarias del sistema público y, de acuerdo a una percepción generalizada, hacer frente el creciente aumento de la delincuencia del país.

El problema de los sobrecostos en Chile fue resuelto a través de renegociaciones y comisiones arbitrales, las cuales debían juzgar si los costos sobrevinientes durante la construcción y administración de las cárceles concesionadas resultaban de cargo del Estado o de la empresa adjudicataria. Los fallos en la mayoría de los casos favorecieron al sector privado. En presencia de un sistema de repactaciones no competitivas la capacidad de las agencias privadas para renegociar contratos y hacer *lobby* puede incluso ser más rentable que su eficiencia técnica al momento de la adjudicación (Bitran, y Villena, 2010: 154, nota 5). Adicionalmente, la revisión continua de las condiciones iniciales de contratación introduce incentivos perversos en el sistema. De ser contempladas con anticipo, las renegociaciones inducen la presentación de posturas de licitación distorsionadas, inhiben la elaboración de proyectos de diseño óptimo, desincentivan la minimización de costos de obras extraordinarias, y pueden llegar a generar rentas inauditas. Dado que las compensaciones fiscales generalmente son de cargo de la administración gubernamental siguiente y ya que el sistema permite un endeudamiento fiscal al margen de los mecanismos presupuestarios usuales, las modificaciones sobrevinientes estimulan la irresponsabilidad de la administración de turno, circunstancia que genera inconsistencias presupuestarias temporales y fomenta el uso del aparato carcelario con fines electorales (Bitran, y Villena, 2010: 190).

Una vez en desarrollo el programa de concesiones, la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados y la misma Contraloría de la

República hicieron un llamado de atención sobre los excesivos y elevados desembolsos que debió realizar el Fisco para afrontar las exigencias de las sociedades concesionarias. Las palabras del ministro de Obras Públicas chileno de la época, Eduardo Bitrán, son ilustrativas: «Se generó una cultura del litigio para exprimir al Fisco, exacerbado por una ley y un marco que en nada apoyaba la posición del Estado» (Comisión Especial Investigadora, 2010: 52).

A lo anterior se suma que el vínculo Estado y la empresa privada involucra el denominado *hold up risk*, bajo el cual el Estado se ve «secuestrado» por las agencias privadas debido a la imposibilidad de poner terminación anticipada al contrato (Bitrán, y Villena, 2010: 198). Esto equivale a decir que la extensión de los contratos con la agencia privada —de entre veinte a treinta años generalmente— bloquean la posibilidad del Estado de optar por una empresa distinta en caso de que el privado co-contratante presente una gestión deficiente.

Según algunos, las falencias de la gestión privada pueden ser subsanadas mediante una adecuada labor de control y supervisión por parte de las agencias públicas.⁹ Sin embargo, la viabilidad de una adecuada gestión fiscalizadora es altamente improbable: los recursos generalmente se destinan a nuevas inversiones y obras y no existen incentivos para mantener una labor constante de monitoreo; la fiscalización es difícil de implementar dada la diversidad de actividades que se llevan a cabo en un recinto penal; la fiscalización puede derivar en maniobras de corrupción o soborno de los funcionarios públicos; y se enfrenta a la resistencia de las agencias privadas a entregar información transparente y fidedigna.

No solo el Estado ha visto perjudicado sus intereses con los modelos de privatización carcelaria. El mayor afectado con esta política pública es la población reclusa. Son múltiples los ejemplos que ilustran la ambición del sector privado y la indiscriminada reducción de costos que puede tener lugar. Sin una pretensión exhaustiva, es posible afirmar que, en la práctica, pocos agentes privados han enfrentado el desafío de generar ganancias a través de la innovación, ya que la satisfacción de sus intereses ha tenido lugar no tanto a su inventiva, sino a costa de la reducción de la calidad del servicio que se ofrece a la población reclusa. En Estados Unidos, los críticos de las prisiones privadas enumeran abrumadores ejemplos de una avaricia descontrolada. En Houston, en una cárcel operada por la CCA, los dormitorios han sido habilitados para alojar a grupos de 50 a 60 individuos, sin privacidad en duchas e inodoros (Dolovich, 2005: 462); en

9 Así, por ejemplo, en un persuasivo análisis, Martha Minow propone una fuerte labor de fiscalización en caso de privatizar la provisión de servicios educacionales, penitenciarios y sociales, con el propósito de contrarrestar los peligros de la intervención privada (Minow, 2003: 1242).

Carolina del Sur se debió clausurar una cárcel privada debido a que se alojaban 18 internos en una celda individual, sin inodoros, sino con tazas (Dolovich, 2005); en Youngstown, una cárcel de mediana seguridad operada por la CCA en Ohio, se permitió el ingreso de presos violentos de máxima seguridad lo que dio lugar a numerosos atentados dentro de la población reclusa. En el mismo penal, se sugería a los guardias cortar las esquinas del pan de los presos y se racionaba el papel higiénico de modo que los internos debían utilizar sus sábanas como sustituto (Dolovich, 2005); en Brazoria County, Texas, los guardias, quienes recibieron escasas cuarenta horas de entrenamiento, fueron grabados forzando a los prisioneros a arrastrarse, mientras eran golpeados y despedazados por perros alentados a morderlos (Hartford Courant, 1997); en dos centros ya clausurados, el *Tallulah Correccional Center for Youth* en Louisiana y el *Elizabeth*, instalación perteneciente al INS en New Jersey, fueron descritos hacinamiento, inadecuada alimentación y falta de personal. En particular, el caso de *Tallulah* es citado recurrentemente por la literatura especializada como un ejemplo del fracaso al que puede llegar la gestión privada. En un informe de *Human Rights Watch* sobre el confinamiento de niños en Louisiana, elaborado en 1995, se afirma no respetarse en *Tallulah* los estándares internacionales recomendados (Human Rights Watch, 1995). En vez de utilizarse celdas individuales, se utilizaban anchos dormitorios y se alojaban hasta 40 niños por cada habitación. La relación entre las condiciones espaciales de habitación y el número de internos por dormitorio se encuentra relacionada con la ocurrencia de riñas entre internos y con el incremento del uso del aislamiento en el control del comportamiento juvenil, circunstancias que efectivamente son constatadas por el informe. Las entrevistas que se efectuaron a los menores dan cuenta también de los constantes abusos físicos de los que eran objeto. Además, cada niño entrevistado por el organismo señaló tener hambre (Human Rights Watch, 1995).

Según Sharon Dolovich, los esfuerzos del sector privado por reducir costos en perjuicio de los reclusos es una consecuencia predecible de la estructura de la relación contractual. El Estado solo contratará cuando el precio por pagar al sector privado sea menor a la inversión exigida por la opción tradicional pública y el sector privado solo contratará cuando pueda proveer la prestación a un precio menor que el precio ofrecido por el Estado; como es evidente, las utilidades percibidas serán mayores cuanto menores sean los costos de operación, lo que involucra el fuerte incentivo de sacrificar el estándar de calidad del servicio (Dolovich, 2005: 474-476). Y la tentación emerge copiosamente:

En las cárceles operadas por el sector privado cada aspecto de la vida de un interno es ordenado por las autoridades de la institución. Qué, cuándo y cuánto comer, si obtienen o no tiempo libre, atención médica adecuada, protección de daños, acceso a programas de rehabilitación

o de capacitación, el contenido y el diseño de dormitorios y camas, por cuánto tiempo y cuándo ducharse. Ningún detalle de su vida queda sin ser regulado. En una prisión privada, cada uno de estos aspectos de la vida de un interno ofrece un potencial incremento de los márgenes de ganancia (Dolovich, 2005: 474).¹⁰

Adicionalmente, en un sistema de privatización total, la provisión de personal de guardia también está de cargo de la empresa privada. La influencia que tienen número, capacitación y entrenamiento de estos funcionarios es decisiva para la seguridad de la población reclusa: a mayor calidad y número del personal de guardia, menor es la posibilidad de abuso psíquico o físico de los internos. Pese a ello, entre las estrategias para reducir costos se cuentan la contratación de un número de funcionarios menor al requerido, disminución de los salarios y reducción del entrenamiento, lo que afecta directamente las condiciones de seguridad al interior de las instalaciones.

En todo caso, las ganancias no han tenido lugar solo mediante la economización de servicios. Por ejemplo, la CCA fue demandada el año 2000 por cobrar tasas exorbitantes a los presos en llamadas telefónicas. Además, y en esto una de las actuales preocupaciones de los expertos, las cárceles, y especialmente las cárceles privadas, han renovado el interés económico por el trabajo de los reclusos, estratégicamente escondido bajo la pantalla de la reinserción. Nada impediría explotar esta nueva mina de oro en manos del sector privado; al punto que hasta las prisiones públicas en Estados Unidos han externalizado la mano de obra penitenciaria a compañías privadas a través de actividades tales como *telemarketing* o manufactura. El atractivo del negocio radica en la permanente disponibilidad, forzada docilidad y los bajos salarios a que se encuentra sujeta la población reclusa (Wacquant, 2010: 263).

Sobre el caso chileno, existen varios antecedentes que delatan la indiscriminada reducción de costos por parte de las agencias privadas. Sobre las condiciones de infraestructura, la información disponible permite constatar, de manera preliminar, deficiencias en el ámbito constructivo tales como desaplomes, filtraciones e irregularidad de superficies. Sobre la calidad de la nutrición de los internos, los alimentos se han entregado en estado de fermentación, descompuestos, con insectos, moscas, piedras y pelos en la preparación, se han incumplido los estándares de dieta y se carece de personal suficiente para efectuar el servicio (División Auditoría Administrativa Área Administración

10 Traducción personal. Texto original en inglés: «In a prison, every aspect of inmates' lives is dictated by the institution: when, what, and how much they eat; whether they get leisure time, adequate medical care, protection from harm, or access to rehabilitative or educational programming; the content and design of their beds and their cells; and when they shower and for how long. No detail of their lives remains unregulated. In a private prison, each of these aspects of inmates' lives offers the potential for increasing profit margins».

General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República, 2009). Respecto a las condiciones de higiene y aseo, la situación tampoco es auspiciosa. Acumulación de basura, deficientes niveles de limpieza y subutilización del servicio de lavandería son comunes a los penales concesionados.

También se ha sostenido que la participación eficiente del sector privado propicia la disminución de los niveles de reincidencia de la población penal. Aun cuando se discute su valor como indicador, para aquellos quienes consideran que el fin de la pena es la prevención especial positiva —evitar nuevos delitos por parte del sujeto infractor mediante su rehabilitación— el análisis de la reincidencia constituye un punto ineludible (Maxwell, 2005: 519-526); y en efecto, ha constituido un elemento crucial en la evaluación, apoyo o eliminación de programas y políticas públicas en materia penal (Maxwell, 2005: 519-526). Los resultados en ningún caso avalan la mayor capacidad preventiva de las cárceles privadas. En Estados Unidos, entre distintos y reconocidos estudios especializados se encuentra el trabajo realizado en la Universidad de Florida por el equipo de expertos en evaluación de estrategias punitivas a cargo de William Bales. La investigación consideró la conducta de una serie de reclusos liberados desde el año 1995 a 2001 y concluye no existir diferencias significativas respecto a las tasas estadísticas de reincidencia respecto de reclusos liberados desde el sistema privado y el sistema público (Bales, 2005). El estudio también advierte que las cárceles privadas se encontrarían en mejor posición para experimentar con programas de rehabilitación y reinserción a la comunidad, pero la medida en que los operadores privados estén o no cumpliendo con esta expectativa es una incógnita cuya resolución requerirá contar con la producción de documentación fiable y convincente. Mientras no se cuente con dicha información, no resulta posible avalar con evidencia empírica el potencial preventivo que se predica respecto de las cárceles privadas en la teoría.

Sobre la situación en Chile, el estudio de la Fundación Paz Ciudadana «Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual» efectuó el seguimiento de una cohorte de expresos liberados tanto del sistema privado como del sistema público y los hallazgos demuestran que, cuando la comparación se realiza entre cárceles de distintas regiones del país, no existe efecto significativo de la estadía en una cárcel concesionada (Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

En suma, a la pregunta sobre si la privatización ha significado una buena noticia para la población reclusa, los datos revelan que, más que un aliado creativo y eficiente, el sector privado tributa de un mezquino desempeño en el ámbito penitenciario. En todo caso, esta conclusión no demanda en ningún caso exigir al sector privado una mejor gestión. Por el contrario, a la afirmación subyace la idea de que un

sistema penal respetuoso de la dignidad de la población reclusa no debiera tolerar la obtención de ganancias a costa de la actividad punitiva estatal (Dolovich, 2005: 477).

La arriesgada relación entre Estado, empresa y castigo

La alianza comercial que asienta a la privatización carcelaria trastorna los vínculos primarios de la actividad penitenciaria y altera la distribución de intereses del poder punitivo estatal. El ejercicio del castigo constituye una forma en que la comunidad irroga un mal a modo de reproche a quien infringe la ley penal. El Estado, por tanto, debe mirar tanto a la sociedad como a la población reclusa, quien termina por ser la destinataria del «servicio de castigar». Es así que las agencias estatales actúan tanto en calidad de proveedoras de un servicio para la población reclusa como garante de valores públicos. El problema es que las cárceles construidas u operadas por el sector privado distorsionan esta relación, debilitan los valores públicos y alejan a la comunidad como actor responsable. Es más, la participación de agentes privados erradica la identidad pública de los esfuerzos sociales tras la actividad de castigar (Minow, 2003: 1230), circunstancia que a su vez debilita las responsabilidades involucradas. El desdibujamiento de los límites entre lo privado y lo público origina la dificultad de establecer el régimen jurídico y de responsabilidad a que se deben someter las autoridades gubernamentales y las agencias privadas operadoras de la cárcel (White, 2001: 138-139).

Por otra parte, involucrar a un nuevo agente en la estructura transaccional aumenta las posibilidades de fraude, ya que habría una desconexión entre quien paga (el Estado) y quien recibe el servicio (los presos).¹¹ Además, a diferencia de la habitual relación de prestación de servicios entre proveedor y usuario, el «usuario del castigo» se encuentra en una situación particularmente compleja, ya que mantiene una relación de sujeción con el proveedor, usualmente intensa y duradera, que le impide optar por un servicio alternativo. No está de más explicitar que el usuario del castigo, en Latinoamérica y en el mundo, pertenece generalmente a sectores pobres y desprotegidos de la sociedad y carece del poder político para reclamar por el servicio. En particular, en el caso de la población carcelaria, se suma que su sujeción al servicio se basa en medidas coercitivas que la exponen a constantes abusos. Despojada de todo tipo de libertades civiles, la población reclu-

11 «Uno de los mayores problemas que enfrenta una situación en la que una parte rinde un servicio a una segunda parte, que es pagado por una tercera parte, es el fraude que el sistema puede generar», traducción personal. Texto original en inglés: «One of the main problems faced in a situation when services are rendered by one party to a second party with payment made by a third party is the fraud that the system can generate» (Jayewardene y Talbot, 1982).

sa se convierte en una minoría a la que se le ha arrebatado la posibilidad de objetar la opresión que se efectúa en su contra.¹²

Las motivaciones que inducen a contratar orientan la forma en que los individuos y las organizaciones se comportan y actúan. La introducción de agentes privados en la provisión de prestaciones estatales implica admitir a un nuevo sujeto interesado comercialmente atraído por la posibilidad de generar utilidades en beneficio propio. Esto significa, según David Schichor, pasar desde un tipo de organización orientada al bien común hacia una organización orientada al interés empresarial.¹³ El lucro, entendido como los márgenes de ganancia que obtiene la empresa privada, es un factor que expone a la provisión de servicios penitenciarios a una potencial y peligrosa reducción de costos ya no mediante una gestión eficiente, sino a través del menoscabo en la calidad.¹⁴

En todo caso, fuera del debate sobre la gestión de la privación de libertad, las nuevas estrategias políticas frente al castigo debiesen vincularse a los conflictos sociales escondidos bajo el sintoma de la criminalidad. La confianza de las autoridades por la herramienta penal y sus soluciones simples, coercitivas y mediáticas, debiese ser sustituida por una voluntad política garante de la equidad e inclusión social dispuesta a compartir la ineludible responsabilidad social derivada del delito.

12 En el caso chileno, se suma la circunstancia de que la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentre reglada vía Decreto (DS 518 de 1998), de inferior rango que una norma legal y por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo (Stippel, 2006: 29).

13 Sobre la descripción de ambos tipos de organizaciones, públicas y privadas véase Schichor, 1998: 88.

14 Hasta el punto, como sostienen algunos, de posibilitar la manipulación de las tasas de ocupación de los reclusos (White, 2001: 141).

Bibliografía

- Alfred C. Aman Jr. (2005) «Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law», en *Indiana Law Legal Studies Research Paper Series*, n.º 33.
- Arriagada, Isabel (2013) «Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio», *Revista Política Criminal*, n.º 16, disponible en: <<http://goo.gl/rmqpVl>>;
- (2013) «Privatización carcelaria: El caso chileno», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 17: 147-171, disponible en: <<http://goo.gl/fii8A2>>;
- (2012) «De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal», *Revista de Derecho. Universidad Austral*, vol. xxv, n.º 2, 9-31, disponible en: <<http://goo.gl/0biq4k>>;
- (2014) «El monopolio estatal sobre el castigo: Privatización carcelaria y teoría retribucionista», *Revista Espacio Abierto*, Centro de Investigación y Estudios Judiciales del Uruguay.
- Austin, James y Coventry, Gary (2001) *Emerging Issues on Privatized Prisons*, US Department of Justice.
- Bales, William *et al.* (2005) «Recidivism of Public and Private State Prison Inmates in Florida», *Criminology and Public Policy*, vol. 4, n.º 1, 57-82.
- Beckett, Katherine y Western, Bruce (1999) «How unregulated is the U.S. labor market? The penal system as a labor market institution», *The American Journal of Sociology*, vol. 104, n.º 4: 1030-1060.
- Bitran, Eduardo y Villena, Marcelo (2010) «El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional», *Estudios Públicos*, n.º 117, verano: 175-217.
- Centre for Prison Studies (2015) <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate> [Acceso 15 de agosto de 2015].
- Comisión Especial Investigadora (2010) *Informe de la Comisión Especial Investigadora*, Acta de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, 358.ª Legislatura, Sesión 57.ª Ordinaria de 21 de diciembre de 2010: 52. Informe disponible en: <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3822%20&prmTIPO=TEXTOSesion>>. [Acceso 8 de agosto de 2015].
- Dana, Joel (1998) «A Guide to Prison Privatization», en *Heritage Foundation Backgrounder*, Washington, disponible en <<http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization>>< [Acceso 10 de agosto de 2015].
- Diario *El Mostrador*, «El príncipe de las autopistas», 07 de febrero de 2011, disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/02/07/el-principe-de-las-autopistas/>>. [Acceso 10 de agosto de 2015].
- División Auditoría Administrativa Área Administración General y Defensa Nacional de la Contraloría de la República (2009) *Informe n.º 291/09*, disponible en: <<http://goo.gl/qks5X3>>. [Acceso 12 de agosto de 2015].
- Dolovich, Sharon (2005) «State punishment and private prisons», *Duke Law Journal*, vol. 55, n.º 3.

- Figueroa, Juan Eduardo (2009) «El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”», *Gaceta Jurídica* 350, Santiago de Chile.
- Fundación Paz Ciudadana y Banco Interamericano de Desarrollo (2013) «Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual», junio, informe disponible en: <<http://goo.gl/fVwKFd>>. [Acceso 20 de agosto de 2015].
- Garland, David (2005) *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa.
- Hartford Courant (1997) «Prison Privatization Is No Panacea», 24 de agosto, disponible en: <http://articles.courant.com/1997-08-24/news/9708240001_1_private-prisons-out-of-state-inmates-jail-guards>. [Acceso 12 de agosto de 2015].
- Human Rights Watch (1995) «Children in Confinement in Louisiana», disponible en: <<http://www.hrw.org/reports/pdfs/c/crd/us95o.pdf>>. [Acceso 8 de agosto de 2015].
- Jayewardene, C.H.S. y Talbot, C.K. (1982) «Entrusting corrections to the private sector», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n.º 26, 177-187.
- Logan, Charles (1990) *Private Prisons. Cons & Pros*, Oxford University Press, Nueva York.
- Martínez, Fernando y Espinoza, Olga (2009) «Cárceles concesionadas en Chile: ¿El camino a la privatización?», *Debates Penitenciarios* 9, disponible en: <http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_peniten- ciarios_09.pdf>. [Acceso 9 de agosto de 2015].
- Massoglia, Michael (2008) «Incarceration as exposure: The prison, infectious disease and other stress-related illnesses», *Journal of Health and Social Behavior*, vol. 49, marzo, 56-71.
- Maxwell, Sheila (2005) «Rethinking the broad sweep of recidivism: a task for evaluators», *Criminology & Public Policy*, vol. 4, n.º 3.
- McDonald et al. (1998) *Private Prisons in the United States: An Assessment of Current Practice*, Cambridge, Massachusetts, Abt Associates, Inc.
- Minow, Martha (2003) «Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion», *Harvard Law Review*, vol. 116, n.º 1229.
- Pratt, Travis C. y Maahs, Jeff (1999) «Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research», *Crime and delinquency*, vol. 45, n.º 3.
- Sampson, R. y Laub, J. (2001) «Understanding desistance from crime», *Crime and Justice* 28, 1-69.
- Schichor, David (1998) «Private prisons in perspective: some conceptual issues», *The Howard Journal*, vol. 37, n.º 1.
- Schlosser, Eric (1998) *The Prison-Industrial Complex*, [en línea] Atlantic Monthly, disponible en web: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/4669>> [Acceso 12 de agosto de 2015].
- Stippel, Jörg (2006) *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Santiago de Chile, LOM Ediciones.

- Wacquant, Loïc (2010) *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa.
- (2010) «El cuerpo, el gueto y el Estado penal», en *Apuntes de investigación del CECYP*, n.º 16-17, Buenos Aires.
- Watts, Harold y Nightingale, Demetra (1996) «Adding it up: The economic impact of incarceration on individuals, families, and communities», *Journal of the Oklahoma Justice Research Consortium*, vol. 3, agosto, 55-62.
- Western, Bruce (2002) «The impact of incarceration on wage mobility and inequality», en *American Sociological Review*, vol. 67, agosto: 526-546.
- White, Ahmed (2001) «Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective», *The American Criminal Law Review*, vol. 38, n.º 1, 111-146.

Parte IV

¿Sin dolor no hay justicia?

Aníbal Corti | Nicolás Trajtenberg

Muchas personas creen que, si se ha cometido un delito, para que haya justicia es necesario provocarle al ofensor un cierto sufrimiento, proporcional al que él mismo ha provocado. El siguiente trabajo pretende cuestionar esta intuición a través de un breve repaso de la filosofía del castigo contemporánea y, a su vez, extraer de allí algunas posibles lecciones para el caso uruguayo.

La gestión del dolor

El sistema de justicia penal tal como lo conocemos tiene el cometido de administrar castigos. Un castigo solo es tal cuando causa algún sufrimiento físico o mental —transitorio o permanente— en la persona castigada. En definitiva, cuando hace algún daño. El sistema de justicia penal es el ámbito del Estado moderno y democrático que tiene el cometido de administrar legítimamente diversos grados de sufrimiento a las personas, durante períodos más o menos prolongados y con resultados más o menos permanentes. El lenguaje del derecho penal oculta la mayor parte del tiempo el hecho elemental de que todo el sistema está montado específicamente para provocar el sufrimiento de las personas. Aunque no suela repararse muy seguido en ello, es sin embargo un hecho trivial y bien conocido por todos. Se supone que los estados modernos y democráticos han renunciado a las formas más bárbaras del tormento, pero no han renunciado al hecho básico de provocar dolor.

La Constitución de la República dice que en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar a las personas (artículo 26), pero ese enunciado —interpretado en forma literal— es absurdo. El sentido mismo del encierro radica en provocar una cierta mortificación a la persona encerrada. Lo que el constitucionalista quiso decir (seguramente) es que mortificar a las personas no es un fin en sí mismo sino tan solo un medio para conseguir otras cosas, que se listan a conti-

nuación en el mismo artículo: la reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito. Es decir, las cárceles deben contribuir a la rehabilitación de los ofensores, o al menos permitir su incapacitación temporal para cometer ofensas. Probablemente el constitucionalista haya querido decir también que las personas que reciben una pena no deben sufrir mayor castigo que el que ya supone el hecho de estar encerrados, es decir, que no deben ser golpeados, o violados, o acuchillados, que no deben ser tratados como basura ni morir calcinados en sus celdas o de cualquier otra forma. En cualquier caso, las cárceles son siempre un mecanismo de mortificación de las personas (incluso aunque no sean golpeadas, violadas o matadas en ellas) y convendría no olvidarlo nunca.

¿Qué puede justificar moralmente la existencia de las cárceles? Y, en términos más generales, ¿qué puede justificar moralmente la existencia de los castigos penales? ¿Qué puede hacer moralmente aceptable el hecho de dañar a las personas de esa manera tan específica, administrativa, racional y deliberada? El problema de la justificación o del fundamento de la pena no es un asunto bizantino que ocupa meramente a los filósofos, sino una cuestión con repercusiones prácticas concretas que afectan la vida y el bienestar de las personas. Tradicionalmente se ha justificado la práctica punitiva sobre la base de razones o bien prospectivas o bien retrospectivas, que dieron lugar a dos clases de teorías del castigo: las prospectivas sirvieron de base al utilitarismo y las retrospectivas al retributivismo. El utilitarismo sostiene que el castigo se justifica por los efectos benéficos que (supuestamente) produce, mientras que el retributivismo encuentra la justificación del castigo en el delito mismo.

El utilitarismo contempla los efectos de la pena en el futuro. Es una filosofía del castigo de carácter instrumentalista: la pena es entendida como un instrumento cuya aplicación se justifica por su utilidad, como se justifica en general el uso de cualquier instrumento. Se castiga no porque se ha cometido un delito sino más bien para que no se cometan otros. Si al castigar se impide la reincidencia, o se disuade a potenciales delincuentes, el castigo entonces habrá producido consecuencias que compensan el daño que se le hace a la persona castigada. La pena es un instrumento para la consecución de un cierto objetivo social deseable: un medio que solo es legítimo si se utiliza para hacer un bien, ya sea un bien para el propio ofensor o para la sociedad en su conjunto. Los utilitaristas más optimistas creen que la existencia de la pena se justifica porque tiene una función rehabilitadora: el castigo contribuye a la reforma del ofensor y su posterior reinserción en la sociedad. Los utilitaristas no tan optimistas creen, por su parte, que, aunque rara vez el castigo rehabilita, cumple sin embargo una función disuasoria: desestimula a los potenciales ofensores y reduce así el volumen global de ofensas. Los utilitaristas menos optimistas, finalmente, creen que, aunque rara vez

el castigo rehabilita y tampoco disuade, al menos incapacita temporalmente: mientras estén en la cárcel, los autores de pasadas ofensas no podrán cometer nuevas agresiones (o eso se supone, al menos).

La pena, desde el punto de vista utilitarista, puede ser un instrumento para aumentar el bienestar general —en la medida en que cumpla efectivamente funciones preventivas del delito—, pero resulta muchas veces ser un instrumento muy costoso para lograr ese fin. De ahí que, para un utilitarista, solo quepa justificar su uso cuando se satisfacen un conjunto de principios cuyo respeto garantiza la utilidad y la legitimidad del recurso al derecho penal. Entre estos principios, ya formulados por el filósofo inglés Jeremy Bentham a fines del siglo XVIII, destacan los que establecen que una pena solo puede estar justificada cuando de ella se deriva un bien mayor que el daño causado (principio de efectividad), cuando no existe un medio menos costoso de protección del bien (principio de ultima ratio) y cuando la sanción es la mínima necesaria para desestimular el delito (principio de humanidad) (Bentham 1996: 158-159, 179). Antes de aceptar un hipotético incremento de los castigos penales, el utilitarista deberá preguntarse si no existen maneras menos dañosas, y por tanto más útiles, de conseguir la prevención del delito (Cid Moliné, 1999: 26). Ahora bien, si esas maneras menos dañosas y por lo tanto más útiles no existen, entonces el utilitarista deberá aceptar el incremento de las penas.

El retributivismo, por su parte, atiende no a razones prospectivas (centradas en el beneficio) sino a consideraciones retrospectivas (centradas en el propio acto delictivo). Es una filosofía del castigo en que la pena se justifica meramente por la existencia del crimen, no por las consecuencias presuntamente beneficiosas que se derivan del acto de impartir justicia. Incluso si las consecuencias no fueran beneficiosas en absoluto, una pena justa (lo que quiera que esto sea) estaría justificada de todos modos. Los retributivistas no miden la justicia de una pena por sus consecuencias futuras sino por su relación intrínseca con la ofensa que está siendo castigada. El ofensor ha cometido voluntariamente un acto indebido y merece sufrir un castigo por el mal que ha causado, independientemente de las consecuencias que esto traiga. El sufrimiento de la víctima es intrínsecamente malo. De un modo análogo, el sufrimiento merecido del autor de la ofensa es intrínsecamente bueno. Por lo tanto, no debe buscarse nada fuera de la relación intrínseca entre el castigo y la ofensa que justifique la pena.

La pena expresa primariamente un reproche o censura por el acto realizado. Para que ese reproche sea legítimo, deben darse algunas condiciones. Por una parte, no está moralmente justificado castigar una conducta que no merece reproche. Solo merece reproche una conducta que supone un daño para los derechos de otros. Por lo tanto, no se puede castigar si no hay daño (principio de ofensividad o lesividad). Por otra parte, solo está moralmente justificado castigar a alguien que

podría no haber actuado como actuó. No se puede castigar a una persona que no estaba en condiciones de evitar el acto por el que se pretende castigarla (principio de culpabilidad). Finalmente, para que el castigo esté moralmente justificado deberá guardar una cierta medida en su relación con el acto reprochado. No se puede castigar de manera excesiva (principio de proporcionalidad). Entre la gravedad de los delitos y la gravedad de las penas debe haber una correspondencia relativa (una ofensa más leve deberá recibir menos castigo que una ofensa más grave y viceversa) y también una correspondencia absoluta (una ofensa leve no puede recibir un castigo desmesuradamente grave).

Es posible preguntarse por qué la expresión de un reproche o censura debe ir acompañada de un castigo. Después de todo, se podría censurar el delito de un modo puramente ritual sin imponer un castigo al ofensor. Pero un mero reproche declarativo carecería seguramente de toda fuerza expresiva. Es el castigo, precisamente, el que da esa fuerza expresiva a la censura moral. Es el castigo el que indica que la condena debe ser tomada en serio.

Los límites del castigo carcelario como mero instrumento

Para los utilitaristas el castigo es un instrumento al servicio de la consecución de algún bien distinto al castigo mismo (algo que es identificado como bueno o deseable en forma independiente). Castigamos porque es útil hacerlo. La intuición básica del utilitarista es que nada justifica positivamente el castigo (el acto de provocar deliberadamente el sufrimiento de alguien), salvo el hecho de que la pena sirva de algún modo para reducir la cantidad total de dolor ya existente o potencialmente existente en la sociedad. Así, el castigo, aunque causa una cierta cantidad de dolor, viene a reducir de hecho la cantidad total de dolor. Y es ese resultado global beneficioso, precisamente, lo único que lo justifica. El contenido moral de la teoría utilitarista del castigo es, pues, simple y mínimo (Oldenquist, 1986: 74). El castigo se orienta a un fin exterior y distinto al castigo mismo. Por ello, la justificación utilitarista descansa en forma crucial sobre la información empírica acerca de la capacidad del sistema punitivo de alcanzar efectivamente los fines últimos para los que fue creado. Los fines últimos pueden ir desde la felicidad o el bienestar general hasta la mera prevención del delito, dependiendo de los distintos puntos de vista. Dentro de la mera prevención es posible distinguir todavía entre la rehabilitación, la disuasión y la incapacitación del ofensor.

Los partidarios utilitaristas de los castigos carcelarios creen que el encierro es (al menos en algunos casos) un buen instrumento para combatir el delito. Una prueba empírica de la dudosa eficacia del encierro carcelario en términos de rehabilitación es, sin embargo, el hecho de que se han observado mayores niveles de reincidencia en ofensores

con sentencias penales más largas que en aquellos otros ofensores condenados por delitos similares que recibieron sentencias más cortas (Gottfredson *et al.*, 1977). Existe evidencia empírica acumulada de que los programas de tratamiento más exitosos son aquellos que se han focalizado en aspectos como el desarrollo de habilidades cognitivas, el autocontrol, el manejo y la gestión de las emociones, las habilidades sociales, las habilidades de resolución de problemas interpersonales y la empatía, entre otras. En suma, los programas más exitosos se han centrado en el desarrollo de las capacidades intelectuales y morales de los individuos (McGuire y Priestley, 1995; Robinson y Porporino, 2001; Lipsey y Landenberger, 2006). Más aún, los estudios empíricos sobre el desistimiento han mostrado la importancia decisiva de los aspectos extrainstitucionales (los vínculos familiares, de pareja y comunitarios) en el abandono del delito (Sampson y Laub, 2003). Por ello, las políticas contra la reincidencia han apostado fuertemente a priorizar «el afuera» de la cárcel y a romper con el supuesto de que los programas de tratamiento deben involucrar necesariamente la privación de libertad. De este modo, las políticas más exitosas en la materia, sin descuidar los procesos y acciones dentro de las instituciones penitenciarias, han buscado atender también y sobre todo el proceso de liberación y, fundamentalmente, han procurado incidir en el contexto social y comunitario en que se insertan los liberados. Es clave para combatir la reincidencia el hecho de destinar esfuerzos a preparar a las comunidades para recibir a los ofensores liberados y plantear vínculos positivos entre los agentes comunitarios, los servicios pospenitenciarios del Estado y la población liberada (Petersilia, 2003; La Vigne *et al.*, 2006; Visher, 2007). Existe por otra parte una larga y bien conocida acumulación de estudios criminológicos sobre los efectos del etiquetamiento. En esos estudios se argumenta que los castigos carcelarios no solo no generan efectos positivos sino que pueden producir efectos contraproducentes al bloquear los vínculos del preso con la educación, el trabajo, la familia y la comunidad, al tiempo que amplían sus vínculos con el mundo delictivo (Farrington y Murray, 2013).

En lo que respecta a la capacidad disuasoria de los castigos penales, la literatura especializada muestra la dudosa efectividad del mecanismo. Por un lado, las investigaciones indican que los individuos no toman decisiones perfectamente racionales cuando delinquen. Buena parte de los estudios que defienden el efecto disuasorio del incremento de las penas se basan en tasas agregadas de arrestos policiales o sanciones penales y por ende no evalúan los supuestos cognitivos de los ofensores, que son inferidos en forma muy indirecta (Miller y Anderson, 1986; Williams y Hawkins, 1986). La amenaza de un castigo objetivo no significa nada si los individuos no son conscientes de su magnitud efectiva (Akers, 1997) y ello nunca es efectivamente probado en este tipo de estudios. Incluso dentro de la propia tradición de la teo-

ría de la elección racional se admite que las decisiones delictivas de los ofensores se ven seriamente afectadas por la carencia de información relevante, por la existencia de limitaciones de tiempo, por la tendencia a priorizar el corto plazo frente al largo plazo, por la imprudencia y la escasa consideración de consecuencias y otros factores (Clarke y Felson, 1993; Clarke 2005). Adicionalmente, en tiempos recientes las ciencias sociales y la criminología en especial han señalado la importancia de los componentes irracionales, viscerales y emocionales en la conducta, así como su impacto distorsivo sobre la toma de decisiones (Katz, 1988; De Haan y Vos, 2003; Elster 2008). Incluso bajo el supuesto de que existe una percepción adecuada de los costos penales, los estudios de disuasión muestran consistentemente que la severidad de las penas tiene escasa relevancia para el fenómeno y que, en todo caso, el efecto disuasorio está asociado más fuertemente a la certeza de ser aprehendido o a la posibilidad de sufrir sanciones informales por parte de familiares o seres queridos (Grasmick y Bursick, 1990; Paternoster, 1987; Paternoster y Piquero, 1995; Nagin 2007).

Muchos de los estudios que respaldan la disuasión no controlan en forma adecuada lo ocurrido durante la experiencia penitenciaria (por ejemplo, si el individuo recibió algún tipo de tratamiento) ni a su salida (si estableció vínculos de pareja o laborales) (Sampson y Laub, 2003). Por ello, en muchos casos resulta problemático afirmar sin más que son los costos del castigo penal los que explican efectivamente la no reincidencia en el delito.

En lo que respecta a la incapacitación, ha sido seriamente cuestionada como una forma eficiente de disminuir el volumen del crimen y sus costos (Levitt, 1996). Estimar cuánto crimen se podría haber producido y cuánto evitado a través de la incapacitación es una tarea compleja. Incluso las versiones más perfeccionadas de estas estimaciones han sido criticadas por su alta inestabilidad, escasa validez de las bases informativas y por sus bajos niveles de predicción. Además, se ha demostrado que la privación de libertad genera efectos marginales sobre el volumen global de crímenes (Petersilia, 2003). Por ejemplo, el trabajo pionero de Greenberg (1975) ya mostraba que duplicar la cantidad de tiempo en prisión solo disminuía el delito (en el mejor escenario) en un 0,6%. Cohen (1978) también estimó que para reducir en un 10% el índice de delito se requeriría el incremento de la población penitenciaria en un 157% para el estado de California y en un 263% para el estado de Nueva York. Es decir que, para lograr un efecto real y significativo sobre el crimen, se necesita aumentar la población penitenciaria a niveles que son inaceptables desde el punto de vista ético, pero también difícilmente sustentables desde el mero punto de vista económico (Greenwood *et al.*, 1994; McGuire y Prestley, 1995).

Dadas las debilidades de la incapacitación genérica, algunos autores como Greenwood (1982) han defendido implementar formas de

incapacitación específicas para ofensores de alto riesgo. Los evidentes reparos morales que esta propuesta despierta de por sí —específicamente en lo que hace a castigar en forma anticipada a individuos por delitos que no cometieron, pero que se supone que cometerán—, se agravan cuando la ya referida imprecisión de los instrumentos predictivos determina la existencia de un riesgo inaceptablemente alto de falsos positivos. Adicionalmente, los resultados de Greenwood eran muy variables y en muchos casos no ofrecían una diferencia significativa frente a los altos costos morales y económicos de la incapacitación genérica. Por ejemplo, para el estado de Texas, Greenwood estimaba que se debería incrementar en un 30% la población penitenciaria para disminuir los robos en un 10% (Lab, 2011). Incluso estos resultados han sido cuestionados, pues la metodología empleada subestimaba los niveles delictivos pasados y sobreestimaba los delitos futuros y los beneficios de la política incapacitatoria (Visser, 1987).

El castigo como acto expresivo

No es obvio que el castigo carcelario sea un instrumento útil (en general) para combatir el delito, como se vio en la sección anterior. Pero ello no necesariamente significa que carezca sin más de toda justificación. Es necesario examinar con más detalle los fundamentos retributivistas del castigo para determinar si hay alguna forma de justificar, al menos en los términos de esa teoría, el funcionamiento de un sistema de justicia penal que se base fundamentalmente en el encierro.

La justificación retributivista del castigo, como se ha visto, no descansa sobre las consecuencias del acto de castigar. La idea es que para cada acción censurable hay una pena merecida. Aunque es muy difícil dar cuenta de esta noción de merecimiento —este es el principal problema del retributivismo—, parece que tenemos la intuición de que la ausencia de castigo (el no retribuir al ofensor como se merece) no es deseable, no por simples motivos utilitaristas sino por motivos estrictamente morales. El castigo pensado en forma retributiva viene a reequilibrar un balance que se ha visto alterado por la ofensa. Esta idea de un equilibrio que se ha roto es muy habitual en la literatura retributivista, pero sus defensores han tenido grandes dificultades a la hora de explicar qué es exactamente lo que se vuelve a poner en equilibrio: dónde está el desbalance. Una respuesta a este problema, que fue popular durante algún tiempo, es que el delito le permite al delincuente tomar una ventaja injusta sobre aquellos ciudadanos (la abrumadora mayoría) que son respetuosos de la ley. El castigo vendría a eliminar esa ventaja, volviendo a equilibrar la situación. Esta idea es muy problemática, porque es bastante claro que no todo acto delictivo tiene como consecuencia la adquisición de algún tipo de ventaja por parte del delincuente. Incluso si ese fuera el caso, nuestras intuiciones

parecen indicar que el castigo se justifica no por la ventaja obtenida, sino por la ofensa que ha sufrido la víctima. Ello sugiere otra posible respuesta al problema: considerar que el desbalance específico que habría que reequilibrar es de naturaleza moral. En este sentido, el castigo podría ser entendido como una forma de reparación moral de la víctima. La víctima ha sido ofendida y con ello se le ha provocado un daño, así como a sus seres queridos. El castigo vendría entonces a reparar (en parte) el dolor que ha provocado la ofensa, a mitigarlo en alguna medida.

En el Post Scriptum de su libro *Eichmann en Jerusalén*, Hannah Arendt saludó la sentencia de muerte del tribunal que condenó a Adolf Eichmann, y sobre todo el fundamento esgrimido por los jueces para ella, en los siguientes términos:

Habida cuenta de la confusión imperante en los círculos jurídicos acerca de la naturaleza y utilidad del castigo, me alegró que la sentencia recogiera una afirmación de Grocio, quien, citando a un autor todavía más antiguo, explicó que el castigo es necesario «para defender el honor y la autoridad de aquel a quien el delito ha lesionado, para que la ausencia de castigo no le genere todavía más dolor» (Arendt, 2004: 417).

La justificación del castigo como reparación moral de la víctima, sin embargo, resulta quizás demasiado subjetiva, puesto que la propia víctima podría no desear una reparación semejante. Seguramente no todas las víctimas necesitan que a su ofensor le sea impuesta una cierta pena para mitigar el sufrimiento que les ha provocado la ofensa. Si el castigo penal es una forma de respuesta al delito que aspira a ser general, no puede depender de una justificación tan obviamente particular y subjetiva. Hay, sin embargo, variedades del retributivismo que no se ven afectadas por esta crítica.

Por ejemplo, el filósofo estadounidense Andrew Oldenquist sostuvo hace ya muchos años que el castigo retributivo cumple la función simbólica —o expresiva— de reafirmar los valores fundamentales de la comunidad. El mérito del castigo no es la disuasión; ni siquiera la mera incapacitación. El castigo cumple una función, pero no es un mero instrumento. Se castiga porque, de no hacerlo, la sociedad comprometería su honor y se rebajaría a sí misma (Oldenquist, 1986, 1988). La utilidad del castigo, piensa Oldenquist, no está en hacer que las calles sean más seguras o en hacer que haya menos asesinatos. En todo caso, su utilidad sería más bien indirecta y se expresaría en el hecho de que el castigo satisface cierta necesidad de los ciudadanos de formar parte de una comunidad moral que se defiende a sí misma, que se respeta y que se valora lo suficiente como para golpear duro a aquellos que atentan contra sus valores más fundamentales. Pero la satisfacción de vivir en una sociedad que honra ciertos valores y que se conduce de acuerdo con ellos, piensa Oldenquist, depende en realidad de cosas que poco tienen que ver con la utilidad. Una sociedad que no castiga a sus cri-

minales revela algo ominoso acerca de su propia naturaleza, como una persona que deja que su apariencia e higiene personales se descuiden, o una escuela que abandona sus rituales y sus métodos y deja que sus instalaciones pierdan brillo y se deterioren. El castigar crímenes graves (no meramente aislar o reformar a los ofensores) es en sí mismo uno de los rituales, como la danza del oso o los funerales, que contribuyen a constituir a una sociedad como una comunidad moral que se respeta a sí misma.

En 1972 el antropólogo Colin Turnbull publicó una célebre etnografía de los ik de Uganda, donde sostuvo (no importa aquí si correcta o incorrectamente) que los integrantes de ese pueblo de cazadores-recolectores, antiguos nómades, habían dejado en un cierto momento de interesarse los unos por los otros, hasta perder por completo el sentido de la responsabilidad moral hacia los demás. Todo el tejido social se descompuso y los ik se convirtieron en un pueblo sin leyes ni costumbres, cuyos hombres y mujeres se concentraban exclusivamente en sobrevivir, sin compasión ni solidaridad ni interés por sus semejantes. Oldenquist señala que una de las cosas que hizo a los ik tan patéticos, según los describió Turnbull, fue el hecho de que los cuerpos de los muertos eran arrojados sin ceremonia, un indicio del terrible estado de su cultura y de la enorme pérdida de dignidad que habían sufrido (Oldenquist, 1986: 75).

El castigo penal, así como otros rituales sociales, piensa Oldenquist, es un modo de tomarse la vida en serio. No castigar a los criminales sería como no enterrar a los muertos. Hay obvias razones de salubridad para enterrar a los muertos y también hay obvias razones de seguridad para encerrar a algunos criminales peligrosos. Pero no enterramos de hecho a los muertos por esas razones obvias de salubridad, sino más bien por una razón simbólica. Al enterrar a los muertos honramos nuestros propios valores y reafirmamos nuestra condición humana. Del mismo modo, no encerramos de hecho a los criminales por las razones de seguridad que aconsejan incapacitar a algunos de ellos para el ejercicio del crimen, sino para reafirmar los valores fundamentales de la comunidad en que vivimos. No hacerlo sería insultarnos a nosotros mismos.

Oldenquist sostiene que el castigo retributivo así planteado no tiene otro sustrato o fundamento que la venganza. La justicia es una venganza administrada en forma aséptica. La forma primaria que toma la venganza bajo estas condiciones de asepsia es la deshonra. Y ello implica un rito social. Al castigar, la comunidad deshonra solemnemente a quien ha agredido sus valores fundamentales. Una comunidad moral sublima su indignación y la descarga por medio de la solemnidad y la ceremonia. El juez, que se sienta con una túnica negra, en un ambiente dignificado, solemne y formal, habla por la voluntad moral de la comunidad en su conjunto. La ceremonia solemne y el castigo judicial

reemplazan, de este modo, la injuria y la venganza privadas. Tanto la deshonra como el ritual son componentes esenciales de la justicia retributiva. Sin embargo, muchos de nuestros procedimientos criminales, piensa Oldenquist, son degradantes debido a que son impersonales y moralmente neutros. Son procedimientos técnicos. Operan sobre las personas como las herramientas operan sobre las cosas. Dice:

Es notable que no nos inmutemos frente a las indignidades que sufre un preso durante cinco años de prisión, pero que estemos horrorizados ante la idea de avergonzarlo en su comunidad, aunque se lo mantenga libre. La condena moral y la deshonra a las que una sociedad sana somete a sus criminales, a través de los rituales solemnes de los tribunales y el castigo, no guardan similitud con lo sórdido y degradante; por el contrario, son una condición necesaria para evitar la alienación y la deshumanización de los delincuentes que resulta de tratarlos como si fueran una plaga de langostas o una enfermedad (Oldenquist, 1986: 80).

No es tanto el castigo lo que verdaderamente importa, pues. Lo verdaderamente importante es la expresión de una censura moral. Queda claro en las propias palabras del filósofo que, en ausencia de una adecuada expresión de esa censura moral, el castigo como mera imposición de un sufrimiento carece de todo sentido. A la justicia le resultan esenciales los rituales solemnes que acompañan el reproche. La pena es más un asunto de deshonra que de castigos sórdidos y degradantes. Al castigar, la comunidad no busca destruir física ni moralmente al ofensor, sino reafirmarse a sí misma. Tampoco busca excluirlo de su seno. El ofensor, como puede verse claramente, no es excluido a través del castigo, sino que sigue formando parte de esa misma comunidad que se reafirma mediante el castigo de su ofensa.

Una sociedad sin castigo

Para los instrumentalistas castigar tiene consecuencias deseables, mientras que para los retributivistas es un fin en sí mismo. Ahora bien, ¿qué pasaría si en realidad el castigo no fuera bueno ni justo? ¿Qué ocurriría si el castigo penal en realidad jamás estuviera justificado? ¿Cómo sería una sociedad sin penas? ¿Sería viable? En dos trabajos que hicieron época y que fueron inmensamente influyentes, el criminólogo noruego Nils Christie ofreció una primera respuesta a estas preguntas (Christie, 1977, 1981). Desde su punto de vista, deberíamos tender a eliminar progresivamente el concepto de crimen de nuestro vocabulario: deberíamos pensar y hablar de las ofensas no como crímenes sino como conflictos interpersonales. El concepto mismo de crimen parece suponer el castigo como la única respuesta adecuada y en eso consiste el error. En la perspectiva de Christie, en lugar de tomar la ofensa como el centro de nuestra atención, deberíamos enfocarnos en sus consecuencias, en el daño que ha sido provocado, y en la forma

en que ese daño podría ser reparado. Nuestra respuesta a los conflictos interpersonales no debería ser el castigo, sino un proceso de mediación entre la víctima y el ofensor que apunte a una reparación del daño causado. La idea central es que la existencia de un daño hace necesaria su reparación y que esto se logra no a través de un proceso penal y un castigo ulterior, sino a través de programas de mediación o reconciliación que reúnan a la víctima, al delincuente y a otras partes interesadas para discutir lo que pasó y cómo enfrentar las consecuencias.

Esta justicia basada en la reparación o la restauración se presenta como una alternativa a la justicia retributiva tradicional. Es cierto que las prácticas y los programas restaurativos juegan un papel cada día más importante, aunque todavía bastante marginal, en los procesos de administración de justicia tradicionales y retributivos que existen hoy en el mundo. La idea, sin embargo, es que ese enfoque puede desarrollarse hasta convertirse en una alternativa global a la justicia retributiva y al castigo penal, que era la intención primera.

Christie sostiene que el proceso penal tal como lo conocemos expone a las partes su conflicto y lo entrega a un aparato burocrático y despersonalizado. En un moderno juicio penal dos cosas importantes y lamentables han sucedido, desde su punto de vista. En primer lugar, que las partes están siendo representadas: el ofensor por su abogado y la víctima por un fiscal. En segundo lugar, que la víctima es representada de tal modo que, a casi todos los efectos prácticos, es empujada completamente fuera del escenario y reducida al papel de mero origen causal de un proceso que transcurre con total independencia de sus deseos y sus necesidades y sobre el cual carece absolutamente de todo control. En esta situación, la víctima es la gran perdedora. No solo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente, sino que además ha perdido el derecho a participar de la resolución de su propio conflicto. Algo que le pertenecía le ha sido arrebatado. La víctima se encuentra tan completamente fuera del caso que probablemente jamás tendrá la oportunidad de llegar a conocer cara a cara a quien la ha ofendido. Probablemente nunca podrá manifestarle sus sentimientos, observar sus reacciones ni escuchar sus eventuales pedidos de disculpa o sus descargos. La víctima tiene la necesidad de comprender lo que le ha pasado, pero las instancias donde podría confrontar a su ofensor le son escrupulosamente negadas. Por supuesto, dice Christie, escapará más asustada y más necesitada que nunca de una descripción de los delinquentes como seres no-humanos.

Si la víctima pudiera confrontar a su ofensor, quizás su situación no resultara tan humillante. Si se le permitiera involucrarse en su propio caso, seguramente se le prestaría mayor atención al daño que ha sufrido y ello conduciría naturalmente a la búsqueda de mecanismos para atenuar su dolor y reparar sus pérdidas. Una justicia que apuntara a la restauración y no a la retribución podría, además, reducir significa-

tivamente los niveles de dolor que administra el sistema penal, porque su objetivo no sería castigar sino reparar.

Los procesos de justicia restaurativa que en las últimas décadas se han ensayado en el mundo (usualmente no como alternativa sino más bien como complemento de la justicia tradicional) incorporan típicamente instancias de mediación entre la víctima y el ofensor. Estas instancias están orientadas a la reparación simbólica del daño provocado, pero también sirven para acordar, llegado el caso, mecanismos de reparación económica y material. Existen cientos de programas de este tipo en el mundo. Una variante del mecanismo anterior es el de las conferencias de restauración o conferencias comunitarias. Estos métodos restaurativos se diferencian de la mediación en que involucran también a víctimas secundarias, como la familia y los afectos de la persona agredida, además de la familia y los allegados al infractor, amén de los representantes del sistema de justicia penal. Una tercera variante de los métodos anteriores, que involucra todavía a más participantes, son los círculos de conciliación. En estos procesos participan la víctima, el ofensor, la familia de ambos, sus abogados, así como integrantes de la comunidad e interesados de instituciones públicas (policía, ministerio público, Poder Judicial) y organizaciones de la sociedad civil.

La justicia restaurativa también contempla la existencia de programas de asistencia a las víctimas, que apuntan sobre todo a la recuperación de las lesiones físicas y psicológicas que deja el delito y su reintegración en la sociedad, así como programas de asistencia a los ofensores y otros mecanismos de reparación y restauración. En lo que respecta a estos últimos mecanismos, puede darse el caso de que se exija al ofensor un pago a la víctima ya sea en dinero, en servicios o en especie para resarcir el daño causado. Del mismo modo, al ofensor puede exigírsele que repare el daño que ha causado a la comunidad mediante la realización de trabajos benéficos o sociales. La reparación de la víctima y el servicio comunitario son más bien el resultado del proceso, pero son aspectos importantes de la noción de justicia restaurativa, en la medida en que vienen a cubrir demandas y necesidades que la vieja justicia retributiva no cubre ni contempla. La justicia restaurativa puede incorporar también a sus mecanismos instancias de conciliación posjudicial, que sirven para evaluar si la víctima ha podido superar las consecuencias y el impacto psicológico del delito, así como también para evaluar si el ofensor se ha reformado.

Más allá del debate sobre algunos de sus problemas (cómo evitar la revictimización, sobre todo en casos de delitos como el abuso sexual y la violencia doméstica; qué valor tiene el pedido de perdón y cómo lidiar con la posibilidad de engaño o falta de sinceridad del ofensor, entre otros), existe un conjunto creciente de estudios que demuestran los beneficios de emplear este tipo de programas. Aun cuando su objetivo

central no es abatir la reincidencia, presentan, en ese aspecto, tasas de eficacia superiores o al menos similares a las que se observan en los programas anclados en el sistema de justicia penal convencional (Sherman y Strang, 2007). En cierta medida, la menor reincidencia se debe a que los procesos de justicia restaurativa permiten generar una mayor empatía de los ofensores hacia las víctimas y sus familiares, otorgan un espacio de diálogo y comunicación donde las distintas partes pueden presentar su versión de lo ocurrido, minimizan los procesos de estigmatización y exclusión social, buscan maximizar el uso de alternativas no privativas de libertad ancladas en los recursos comunitarios y, al mismo tiempo, aprovechan y refuerzan los sistemas de control informales y comunitarios (Braithwaite, 2002; Walgrave, 2008).

En este sentido, un aspecto a considerar de los programas de justicia restaurativa es que toman en cuenta a las víctimas y a sus familiares (así como a otros actores de la comunidad) y ayudan a disminuir los costos y síntomas del estrés postraumático, la sensación de injusticia e insatisfacción, el deseo de venganza, entre otras cosas (Sherman y Strang, 2007; Hoyle, 2010). Este último aspecto es particularmente interesante, ya que permite ofrecer una alternativa no punitiva en la que las víctimas, los familiares y el resto de la ciudadanía perciben que su voz y sus preocupaciones son tomadas en cuenta.

El criminólogo John Braithwaite, uno de los proponentes más destacados de este modelo de justicia, plantea la idea de una pirámide regulatoria donde la primera reacción del sistema debe ser siempre dialógica y de naturaleza restauradora, aunque, ante la ausencia de respuesta positiva de parte del ofensor o un fracaso en los esfuerzos, el sistema debe estar preparado para ascender en la pirámide y responder con medidas punitivas más duras. El ascenso en la escala punitiva debe llevarse a cabo con cautela y, frente a la existencia de signos de conformidad y de disposición al diálogo por parte del ofensor, debe retrocederse hacia medidas más dialógicas y más blandas (Braithwaite, 2002). El enfoque de Braithwaite deja planteada la duda acerca de la viabilidad de pensar en la restauración como una verdadera alternativa que sustituya a la justicia tradicional y no meramente como un complemento donde el concepto de crimen no termina de ser desterrado.

El castigo como acto comunicativo

Los partidarios de una justicia restaurativa nos invitan a eliminar el concepto de crimen del vocabulario social; nos invitan a pensar las ofensas no como crímenes sino como meros conflictos interpersonales. La idea de crimen parece entrañar la idea de castigo y los partidarios de ese punto de vista quieren, precisamente, abolir los castigos en beneficio de mecanismos de justicia no retributivos sino reparadores. Los partidarios de una justicia retributiva piensan que los sistemas

penales retributivos se apropian indebidamente de los conflictos de las personas. Y en lugar de ayudarlas a resolver sus conflictos, las trasladan al contexto profesionalizado del sistema de justicia penal, en cuyo marco ni la víctima ni el ofensor tienen un papel protagónico. La respuesta social a las conductas que normalmente tipificamos como crímenes, alegan, no debería ser el castigo sino un proceso de mediación y reparación entre la víctima y el ofensor.

Antony Duff, uno de los más destacados filósofos contemporáneos del derecho, ha criticado esta concepción y la idea de justicia que se deriva de ella. Para Duff, el crimen es un agravio público y por ello el ofensor debe responder a la totalidad de la comunidad a través de los tribunales penales. El crimen se ha perpetrado contra toda la comunidad, no solo porque nos identificamos con la víctima como ciudadanos y prójimos, sino porque el atacante lesionó los valores que regulan la vida en común y con ello produjo un agravio colectivo. Dice Duff:

Ante, por ejemplo, la pugna persistente de dos vecinos enemistados que se acusan mutuamente de acciones censurables pero triviales, podría ser de hecho apropiado sugerir que deberían dejar de condenarse el uno al otro y buscar una manera conveniente de resolver su conflicto. Sin embargo, frente a un violador y a la persona que violó, o frente a un marido violento y a la esposa que ha sido golpeada, sería una traición tanto a la víctima como a los valores con los que supuestamente estamos comprometidos el presentar la situación como un mero «conflicto» que las partes deben tratar de resolver: amén de cualquier otra cosa que podamos hacer, debemos reconocer y declarar que hay una víctima que se ha visto seriamente agraviada y debemos estar colectivamente dispuestos a censurar la acción del ofensor (Duff, 2013).

De lo anterior se concluye que la concepción de los delitos como conflictos interpersonales, que está en el fundamento del planteo de una justicia restaurativa como alternativa a la justicia tradicional, no se corresponde con algunas de nuestras intuiciones morales más fundamentales. Duff ha desarrollado en las últimas dos décadas una concepción comunicativa del castigo que, aunque tiene una inspiración claramente dialógica, se aparta de la justicia restaurativa fundamentalmente en el hecho de que sostiene que el daño inferido por el delito es público y que, por lo tanto, el delincuente debe ser llamado a rendir cuentas públicamente.

El retributivismo expresivo de la variedad defendida por Oldenquist, como se ha visto, concibe el castigo ante todo como una actividad simbólica que expresa nuestros valores últimos o fundamentales. La posición de Duff tiene sus puntos de contacto con la de Oldenquist, pero hay una diferencia importante entre ellas. En la concepción puramente expresiva de Oldenquist, al imponer un castigo la comunidad expresa los valores fundamentales que la animan y que le dan sentido, pero no se los expresa especialmente al perpetrador del crimen, sino que fundamentalmente se los expresa a sí misma: al castigar, la comunidad

reafirma sus propios valores y los honra. En la variedad comunicativa del retributivismo que defiende Duff, la expresión de ciertos valores morales se convierte en una acción comunicativa: al castigar, la comunidad entabla un diálogo con el ofensor y le comunica una censura moral por sus actos. Si para Grocio el castigo era un acto simbólico de reparación de la víctima y para Oldenquist es un acto simbólico de reafirmación de los valores fundamentales de la comunidad, para Duff es un acto simbólico de naturaleza dialógica (Duff, 2001).

Una causa penal es, desde el punto de vista de Duff, un asunto que se establece entre la comunidad política en su conjunto (el Estado o el pueblo) y el acusado. Debemos ver el mal que han hecho el violador o el asesino como algo que nos concierne a todos. El delincuente ha agredido a la comunidad toda, pues en la persona de su víctima ha agredido los valores que sustentan a la comunidad en su conjunto. Debe responder, por ello, no solo ante la víctima individual, sino ante toda la comunidad política a través de sus tribunales penales. Llevar a cabo un juicio penal supone llamar a un acusado a rendir cuentas. Según la concepción comunicativa del castigo, la pena que llegado el caso se imponga sobre el delincuente debe ser vista como una forma de comunicación moral, es decir, como una forma de expresión del repudio por parte de la comunidad agredida a los actos perpetrados por el agresor. Es mediante el castigo que la comunidad transmite y reafirma esos valores. Pero es también mediante el castigo que la comunidad se comunica con el agresor. Un acto comunicativo difiere de un acto puramente expresivo en el hecho de que el primero busca modificar de algún modo la conducta del receptor del mensaje, mientras que el segundo no. Al castigar la comunidad no solo se expresa, sino que comunica un repudio y busca de algún modo incidir sobre el individuo cuya conducta está siendo repudiada. Debemos el juicio a la víctima del crimen, para mostrarle, al llamar a su agresor a rendir cuentas, que nos tomamos en serio la ofensa y el daño que ha sufrido. Pero llamar al propio ofensor a rendir cuentas supone también tomárselo en serio, porque al llamarlo a responder por sus actos se lo está tratando como a un agente moral, ya que solo los agentes morales pueden —y deben responder— por sus actos. Se lo está tratando, además, como parte de nuestra propia comunidad.

En la concepción de Duff el castigo cumple específicamente, como se ha visto, una función de comunicación moral. Su concepción comunicativa del castigo hunde sus raíces en el influyente artículo de Feinberg (1979) sobre la función expresiva del castigo; pero, al hablar de comunicación en vez de hablar de mera expresión, Duff quiere enfatizar la manera en que el castigo debe ser no un mero proceso unidireccional en que algo es expresado a alguien, sino un proceso bidireccional que apunta a provocar una respuesta apropiada del receptor del mensaje. En este sentido, el castigo apunta a producir una cierta reacción en

el ofensor: de comprensión e (idealmente) de aceptación de la culpa y arrepentimiento por sus actos. El castigo que recibe el ofensor—multa, libertad provisional, servicio comunitario o encarcelamiento (aunque el encarcelamiento resulta problemático desde este punto de vista)— da a la condena moral, piensa Duff, una forma simbólica más efectiva.

Una cuestión importante acerca del castigo en la perspectiva de Duff es que la pena tiene un espíritu incluyente. Al castigar se trata al delincuente como un miembro de nuestra comunidad. Sin embargo, gran parte del castigo actual, observa Duff, es excluyente, tanto en su significado como en sus efectos: su mensaje hacia el delincuente es que, a través de la condena, ha sido excluido de la comunidad (lo cual es especialmente cierto, aunque no exclusivamente, en el caso de los castigos carcelarios); por otra parte, sus efectos a menudo le causan una exclusión económica, social y política después de haber cumplido la pena. Al sostener que el castigo debe tener un espíritu incluyente, Duff no pretende negar el carácter evidentemente excluyente de los sistemas actuales de justicia penal, sino más bien ofrecer un punto de vista ideal, un estándar normativo con el que podamos valorar y enjuiciar críticamente las prácticas punitivas realmente existentes.

Desde esta perspectiva ideal, los castigos carcelarios resultan ser los más difícilmente justificables, aunque es verdad que Duff los admite como penas particularmente gravosas para delitos particularmente serios. Duff no rechaza la idea de que la pena puede ser vista (incluso desde un punto de vista comunicativo) como una forma de reparación moral (Duff, 2011: 18). En este sentido, la pena carcelaria podría ser entendida como una carga pesada que el ofensor debe soportar como una expresión formal de la disculpa que le debe a su víctima. No obstante lo cual, las penas que mejor se ajustan al modelo comunicativo de Duff son la libertad provisional y —sobre todo— los trabajos comunitarios. Estos últimos, justamente por demandar una participación activa de la persona que delinquiró, se alejan especialmente del modelo de la pena como algo que se sufre pasivamente y se amoldan de mejor manera al modelo comunicativo.

Una sociedad con menos cárceles

En 1985 la población de Uruguay era de aproximadamente tres millones de habitantes y había unos 1850 presos. El país tenía entonces una tasa de encarcelamiento de unas 62 personas cada 100.000 habitantes. Hoy somos aproximadamente 3.450.000 habitantes y tenemos unos 9800 presos. El país tiene hoy una tasa de encarcelamiento de aproximadamente 284 personas cada 100.000 habitantes.

Los registros estadísticos del delito en Uruguay han sido históricamente un problema. Cuanto más se retrocede en el tiempo, menos confiables son los datos. Ello no obstante, el aumento brutal de las

tasas de encarcelamiento parece ser (hasta donde sabemos) una consecuencia del hecho de que el delito (especialmente el delito contra la propiedad) ha venido aumentando ininterrumpidamente en el país tanto en tiempos de bonanza como en años de vacas flacas (véase el artículo de González, Rojido y Trajtenberg en este mismo volumen). Pero el aumento de las tasas de encarcelamiento es también el resultado de un consenso social, de la existencia de un sentido común punitivo que ha elegido combatir el delito y la violencia a través del encierro, aunque esa estrategia aparentemente no haya conducido a grandes logros, porque las cárceles cada vez están más llenas, pero no por ello hay menos delito ni menos violencia.

No podemos saber a ciencia cierta qué hubiera pasado si el país hubiera optado por censurar las conductas delictivas encarcelando menos y apelando más a medidas alternativas a la prisión. Podría haber más delito (como sostienen quienes piensan que la cárcel tiene un efecto disuasorio), pero también podría haber menos (si se admite que el encierro, sobre todo en las condiciones concretas de nuestras cárceles, reafirma y amplía las conductas delictivas). En cualquier caso, dado que el resultado que estamos obteniendo es bastante menos que óptimo (no ahora, no durante este período, sino durante los últimos cincuenta años), podría pensarse que vale la pena estudiar la aplicación en el país de algunas de las formas de hacer justicia alternativas a la prisión que ya existen en el mundo.

Sin embargo, esta discusión rara vez se ha dado. En los últimos años el país hizo un histórico esfuerzo de inversión económica en materia penitenciaria, fundamentalmente orientado a erradicar el hacinamiento. Ese objetivo se ha concretado en gran medida aunque todavía existen niveles de hacinamiento críticos en algunos centros. Ahora hay muchas más plazas, pero también hay muchos más presos. La izquierda, que lleva diez años en el gobierno, no pudo o no quiso poner en cuestión la cárcel como instrumento. Inmovilizada quizás por los discursos conservadores sobre la seguridad, no supo cómo o no quiso invitar a pensar la justicia más allá o al margen del encierro. Ello pudo deberse al mero oportunismo político, pero también (y esto quizás sea más factible) a la falta de imaginación. ¿Por qué la izquierda no pudo imaginarse ni proponerle al país el desafío de pensar formas de hacer justicia al margen del encierro? Es posible aventurar una hipótesis. Tras muchos años de pedir *juicio y castigo* para los represores de la última dictadura, en el imaginario de la izquierda (tanto política como social) la justicia, la cárcel y el castigo llegaron a conformar una amalgama fuertemente unida. La idea que parece haberse impuesto durante ese proceso es que la ausencia de cárcel significa ausencia de castigo y en definitiva ausencia de justicia.

Cualquiera sea la explicación correcta, es un hecho que pensar la justicia al margen de la cárcel es hoy, para la izquierda uruguaya, una

tarea ciertamente tan difícil como lo es para la derecha. Los aproximadamente diez mil presos que albergan los establecimientos penitenciarios de nuestro país son el testimonio de una larga relación de amor: la de los uruguayos y la cárcel. La idea de que los delitos pueden ser castigados de otra manera que no sea con puro sufrimiento y con cárcel parece resultarle a la inmensa mayoría de los uruguayos una excentricidad nórdica. Mientras tanto, hay cada vez más presos y tampoco hay más seguridad.

Es verdad que ciertos reclamos de *juicio y castigo* resultan más simpáticos para ciertas sensibilidades que otros. Por ejemplo, las personas con sensibilidades de izquierda suelen ver con buenos ojos el castigo cuando se trata de varones golpeadores, de delincuentes de cuello blanco, de policías abusadores, de patronos que no proveen los elementos de seguridad laboral a sus trabajadores, etcétera. Esas mismas personas no suelen ver con simpatía, en cambio, los reclamos de los pequeños comerciantes que exigen mano dura contra el delito y medidas similares. Pero resulta evidente que los trabajadores tienen tanto derecho a no morir en un accidente laboral como las mujeres a no morir a manos de sus maridos golpeadores o los almaceneros a no morir en el curso de una rapiña.

Desde la izquierda se ha pensado tradicionalmente que, a diferencia de los empresarios que no cuidan la seguridad de sus trabajadores, los rapiñeros son en algún sentido víctimas de la sociedad y por ello no del todo responsables (desde el punto de vista moral) por sus ofensas. En el caso de los empresarios, se entiende que la responsabilidad moral cae directa y exclusivamente sobre ciertos individuos, mientras que en el caso de los rapiñeros parece entenderse que la responsabilidad moral se diluye en el conjunto de la sociedad. Puesto que con su negligencia el empresario ha causado una buena cantidad de dolor —así iría más o menos el argumento—, se merece el castigo que sus actos llevan implícitos. El rapiñero también ha causado dolor, pero el castigo que se le infiere, para ser moralmente justo, debería tomar en cuenta el dolor que la propia sociedad le ha causado antes. No deja de ser un dato obvio que los rapiñeros rara vez salen del mismo estrato social, económico y cultural del que provienen los empresarios y viceversa. (El caso de los hombres golpeadores es más complejo, porque provienen de todos los estratos sociales). Así que la cárcel para los pobres puede ser considerada —desde esta perspectiva— como una especie de segunda condena social, mientras que para los ricos se podría justificar como una estricta retribución por sus actos.

En cualquier caso, es importante observar que este argumento solo funciona desde una cierta perspectiva retributivista en que hacer justicia sea sinónimo de provocar un daño al perpetrador de una ofensa hasta reestablecer algo así como un equilibrio anterior de placeres y dolores. Dentro de este esquema, se entiende que para algunas per-

sonas ciertos castigos resulten más atractivos que otros, ya que un castigo justo debería ser sensible a situaciones de partida que ya eran desiguales. Pero no parece una buena idea entender la justicia de esta manera. Parece más razonable entenderla como la comunicación de una censura moral. Por solidaridad con la víctima y por una cuestión de respeto al propio ofensor, así como al resto de la sociedad, es necesario tomarse la ofensa en serio, en todos los casos. Y censurarla. No obstante, si pretendemos comunicar una censura moral e iniciar algún tipo de diálogo con el ofensor, el castigo no puede tomar la forma de una mera venganza canalizada institucionalmente, a riesgo de que el mensaje no solo no se entienda sino que resulte negado a través del propio acto que intenta afirmarlo.

Como se ha visto en las páginas anteriores, existen concepciones muy diferentes del castigo entre los filósofos que han reflexionado sobre la naturaleza y la función de la pena. Pero existen de hecho muy pocas defensas de la pena bruta, del castigo como mera imposición del sufrimiento. La pregunta que deberíamos hacernos es si, en esas circunstancias, se justifica la apelación tan extendida y casi acrítica al castigo carcelario que existe en nuestro país. Parece razonable responder que no. Parece que hay buenas razones para ensayar castigos alternativos al encierro carcelario. Tanto si queremos disminuir el delito futuro, como si queremos apuntar a restaurar el vínculo, o si queremos comunicar un reproche moral, la cárcel parece ser una de muchas posibilidades; generalmente la más problemática y contraproducente. Un primer paso en la dirección correcta, simple pero a la vez extraordinariamente importante, sería dejar de equiparar el castigo penal al encierro carcelario. Tal vez esto constituya un objetivo escasamente ambicioso, sobre todo desde posiciones más radicales y abolicionistas. Sin embargo, implicaría un avance notable hacia una sociedad más humana, más democrática y más justa.

Bibliografía

- Akers, R. (1997) *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, Los Angeles, Roxbury Publishing Company.
- Arendt, H. (2004) *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, De bolsillo.
- Bentham, J. (1996) *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, edición crítica de J. H. Burns y H. L. A. Hart a partir de la original de 1789, Oxford, Clarendon Press.
- Braithwaite, J. (2002) *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Nueva York, Oxford University Press.
- Christie, N. (1977) «Conflicts as property», *British Journal of Criminology* 17: 1-15.
- (1981). *Limits to Pain*, Oslo, Universitetsforlaget.
- Cid Moliné, J. (1999) «Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de *Censurar y castigar*, de A. von Hirsch)», *Jueces para la Democracia* 35: 20-27.
- Clarke, R. V. y Felson, M. (1993) «Introduction: Routine activity, rational choice and crime», en R. V. Clarke y M. Felson (eds.), *Routine Activity and Rational Choice*, New Brunswick, NJ, Transaction Books.
- Clarke, R. V. (2005) «Seven misconceptions of situational crime prevention», en N. Tilley (ed.), *Handbook of Crime Prevention and Public Safety*, Portland, OR, Willan Publishing.
- Cohen, J. (1978) «The incapacitative effect of imprisonment: A critical review of the literature», en A. Blumstein et al. (eds.), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, DC, National Academy Press.
- De Haan, W. y Vos, J. (2003) «A crying shame: The over-rationalized conception of man in the rational choice perspective», *Theoretical Criminology* 7: 29-54.
- Duff, A. (2001) *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press.
- (2011) «Retrieving retributivism», en M. D. White (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press.
- (2013) «Legal punishment», en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), disponible en: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>>.
- Elster, J. (2008) «Emotions», en P. Hedstrom y P. Bearman (eds.), *The Handbook of Analytical Sociology*, Oxford, Oxford University Press.
- Farrington, D. y Murray, J. (eds.) (2013) *Labelling Theory: Empirical Tests*, New Brunswick, NJ, Transaction Books.
- Feinberg, J. (1979) «The expressive function of punishment», en J. Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- Gottfredson, D. M.; Gottfredson, M. R. y Garofalo, J. (1977) «Time served in prison and parole outcomes among parolee risk categories», *Journal of Criminal Justice* 5: 1-12.
- Grasmick, H. y Bursik Jr. R. (1990) «Conscience, significant others, and rational choice: Extending the deterrence model», *Law & Society Review* 24: 837-861.

- Greenberg, D. (1975) «The incapacitation effect of imprisonment: Some estimates», *Law and Society Review* 9: 541-580.
- Greenwood, P. W.; Rydell, C. P.; Abrahamse, A. F.; Caukins, J. P.; Chiesa, J.; Model, K. E. y Klein, S. P. (1994) *Three Strikes and You are out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory Sentencing Law*, Santa Monica, CA, Rand Corp.
- Greenwood, P. W. (1982) *Selective Incapacitation*, Santa Monica, CA, Rand Corp.
- Hoyle, C. (2010) «The case for restorative justice», en C. Cunnen y C. Hoyle, *Debating Restorative Justice*, Oxford, Hart Publishing.
- Katz, J. (1988) *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*, Nueva York, Basic Books.
- La Vigne, N.; Solomon, A.; Beckman, K. A. y Dedel, K. (2006) *Prisoner Re-entry and Community Policing: Strategies for Enhancing Public Safety*, Washington, DC, Urban Institute.
- Lab, S. P. (2011) *Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluation*, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Company.
- Levitt, S. (1996) «The effect of prison population size on crime rates: Evidence from prison overcrowding litigation», *Quarterly Journal of Economics* 111: 319-51.
- Lipsey, M. W. y Landenberger, N. A. (2006) «Cognitive-behavioral interventions», en B. Welsh y D. Farrington (eds.), *Preventing Crime: What Works for Children, Offenders, Victims and Places*, Dordrecht, Springer.
- McGuire, J. M. y Priestley, P. (1995) «Reviewing what works: Past, present and future», en J. M. McGuire (ed.), *What Works: Reducing Reoffending—Guidelines from Research and Practice*, Chichester, UK, John Wiley & Sons.
- Miller, J. L. y Anderson, A. B. (1986) «Updating the deterrence doctrine», *Journal of Criminal Law and Criminology* 77: 418-438.
- Nagin, D. S. (2007) «Moving choice to center stage in criminological research and theory: The American Society of Criminology 2006 Sutherland address», *Criminology* 45: 259-272.
- Oldenquist, A. (1986) «The case for revenge», *The Public Interest* 82: 72-80.
- (1988) «An explanation of retribution», *Journal of Philosophy* 85: 464-478.
- Paternoster, R. (1987) «The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment: A review of the evidence and issues», *Justice Quarterly* 4: 173-217.
- y Piquero, A. (1995) «Reconceptualizing deterrence: An empirical test of personal and vicarious experiences», *Journal of Research in Crime and Delinquency* 32: 251-86.
- Petersilia, J. (2003) *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, Nueva York, Oxford University Press.
- Robinson, D. y Porporino, F. J. (2001) «Programming in cognitive skills: The reasoning and rehabilitation program», en C. R. Hollin (ed.), *Handbook of Offender Assessment and Treatment*, Chichester, UK, John Wiley & Sons.

- Sampson, J. y Laub, J. (2003) *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Sherman, L. y Strang, H. (2007) *Restorative Justice: The Evidence*, Londres, The Smith Institute & Esmee Fairbairn Foundation.
- Turnbull, C. M. (1972) *The Mountain People*, Nueva York, Simon & Schuster.
- Visher, C. (1987) «The Rand inmate survey: A reanalysis», en A. Blumstein *et al.* (eds.), *Criminal Careers and Career Criminals*, Washington DC, National Academy Press.
- (2007) «Returning home: Emerging findings and policy lessons about prisoner reentry», *Federal Sentencing Reporter* 20: 93-102.
- Walgrave, L. (2008) «Restorative justice: An alternative for responding crime?», en S. Shoham, O. Beck y M. Kett (eds.), *The International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Londres, CRC Press.
- Williams, K. y Hawkins, R. (1986) «Perceptual research on general deterrence: A critical review», *Law & Society Review* 20: 545-572.

Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I)

Roberto Gargarella¹

Este escrito forma parte de un nuevo proyecto de investigación que he comenzado a explorar en los últimos tiempos, relacionado con la filosofía del castigo. Mi propósito es pensar sobre el castigo, sobre su justificación (o no), y en general sobre los modos en que una comunidad puede, debidamente, reaccionar frente a la comisión de actos que considera gravemente reprochables. El marco teórico que he seleccionado para llevar adelante dicha reflexión tiene que ver fundamentalmente con la filosofía política republicana, que varios autores han comenzado a utilizar para examinar los fundamentos de la justicia criminal (Braithwaite y Pettit, 2000; Pettit, 1997). En este trabajo, seleccionaré solo dos cuestiones sobre la teoría del castigo, que el marco escogido me incita a pensar. La primera está relacionada con las formas de aplicación del derecho penal en sociedades marcadas por fuertes desigualdades sociales. La segunda se vincula con los contornos que podría asumir una respuesta reprobativa en una sociedad republicana. Por supuesto, encaró ambas cuestiones sabiendo que se refieren a temas de una enorme densidad teórica, y como tales merecedores de un análisis mucho más detenido y preciso que el que podré llevar a cabo en lo que sigue. Sin embargo, entiendo también que estos temas son de una extrema importancia, y que el esquema teórico escogido puede ayudarnos a iluminar nuestro pensamiento en un área necesitada de más estudios críticos, y aún hoy asociada a una práctica que involucra masivas, graves y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales.

En otros trabajos, he estado analizando ya los principios que podrían distinguir a la filosofía política republicana, y a algunas de sus

1 Quiero agradecer especialmente los comentarios que me hicieron llegar Marcelo Alegre, Ignacio Anitua, Mateo Bermejo, Iñigo Ortiz de Urbina, Juan Manuel Otero, María Piqué y Luciana Sánchez. También a los participantes de diversas reuniones de discusión realizadas en la Universitat Pompeu Fabra, la Universidad de Barcelona, la Universidad Di Tella y a los miembros del seminario que realizo en la Universidad de Buenos Aires.

posibles implicaciones institucionales (Gargarella, 1995 y 2005). En esta oportunidad, me apoyaré fundamentalmente en dos valores que, según entiendo, son básicos dentro de dicha tradición de pensamiento: el valor del autogobierno, y el de la fraternidad/comunidad. A partir del primero, avanzaré en una reflexión sobre la legitimidad o no del Estado para hacer uso de sus poderes coercitivos en casos de ofensas cometidas por individuos que viven en condiciones de extrema exclusión.

Por otro lado, retomaré la preocupación republicana sobre la vida en comunidad, y el énfasis que tal visión pone en la fortaleza de los vínculos sociales (un énfasis que contrasta con otro más propio del liberalismo, que aparece exclusivamente centrado en la noción de autonomía individual). Ello, para reflexionar sobre los contornos que podría asumir el reproche en una comunidad de base republicana.

Autogobierno colectivo y las precondiciones materiales de responsabilidad criminal: el problema de la alienación legal

En esta sección, exploraré las implicaciones posibles del ideal republicano del autogobierno colectivo en lo relativo a (la justificación de) la aplicación de las normas penales. Mi impresión es que esta idea (junto con su contracara, a la que llamaré «alienación legal») puede ayudarnos a evaluar críticamente muchos de los acuerdos legales presentes en el área citada.

El ideal republicano del autogobierno resume bien la tríada clásica de valores republicanos, es decir la libertad, la igualdad y la fraternidad. Según diré, la igualdad —tanto como la existencia de vínculos sociales fuertes— aparecen, dentro del pensamiento republicano, como precondiciones indispensables para el «alumbramiento» y el reconocimiento de la «voluntad general» —algo distinto de la mera sumatoria de la voluntad de las partes involucradas en el proceso decisorio. Y solo cuando las normas son el producto de ese acuerdo especial puede decirse que los miembros de la comunidad en cuestión son auténticamente libres. Solo entonces podemos proclamar que las partes, al obedecer la ley, se obedecen a sí mismas. Me interesará, en lo que sigue, tomar a esta muy exigente noción de autogobierno como ideal regulativo, un ideal que sabemos inalcanzable pero que al mismo tiempo nos puede ayudar a pensar críticamente sobre nuestra relación con el derecho.

Para definir al extremo opuesto del ideal del autogobierno pleno, tomaré en cuenta otro concepto —la noción de *alienación legal*— que ya he utilizado y desarrollado en trabajos anteriores. Esta noción me servirá para traducir al ámbito jurídico la que es, seguramente, la mayor preocupación del republicanismo: la posibilidad de que las vidas de las personas no solo no esté definida por normas que ellas han creado

sino, más bien, que ella se relacione con normas que los ciudadanos tienen razones para rechazar (véase, por ejemplo, Gargarella, 2005). Así, a través del concepto de alienación legal me referiré a aquellas situaciones extremas donde la ciudadanía no puede identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar, razonablemente, y frente a la cual solo quedan ocupando el papel de víctimas. En tales contextos, en definitiva, la ley comienza a servir objetivos contrarios de los que justificaban su existencia y que, de cumplirse, nos habrían permitido decir que vivimos en libertad, como dueños de nuestras propias vidas.²

Este juego entre las nociones de alienación legal y autogobierno nos ayuda a reconocer, por caso, que cuanto más desigual es la sociedad, más riesgo hay de que la ley deje de expresar, siquiera en un sentido modesto, la voluntad (general) meditada e imparcial de la comunidad —un hecho de enorme importancia para los propósitos de este trabajo. Esta era la posición de Rousseau, quien presumía que en situaciones de fuerte desigualdad las personas iban a dejar de compartir visiones, necesidades e intereses comunes. Por ejemplo, en dicho marco —y solo para tomar un ejemplo sencillo— resulta previsible que los destinos y demandas de ricos y pobres comiencen a tomar direcciones diferentes, sino directamente contradictorias entre sí. En tal situación, nos diría Rousseau, los puntos de vista de parte de la sociedad empiezan a diferir significativamente de los del resto, lo cual torna crecientemente difícil que el derecho refleje las aspiraciones de todos. En dichas situaciones, razonablemente, la ciudadanía comienza a perder razones para identificarse con la ley dado que ella, esperablemente, pasa a reflejar los puntos de vista del grupo dominante. De este modo, las condiciones esenciales para tornar válida a la ley comienzan a diluirse. Mantendré aquí, en consonancia con tales criterios, que en situaciones de severa y sistemática desigualdad y privaciones (finalmente, en situaciones de alienación legal), la ciudadanía obtiene motivos para desconfiar de la ley y comenzar a apartarse de ella.

Un ejemplo relativamente indiscutible de una situación de alienación legal sería el de una dictadura opresiva, donde grandes grupos de personas son víctimas de graves violaciones de derechos fundamentales y no participan de ningún modo razonable en la creación

2 Esta noción de alienación —noción objetiva más que subjetiva— está relacionada con la defendida por Karl Marx, por ejemplo, en su análisis del trabajo y su producción. Según Marx, «el objeto que el trabajo produce, su producto, lo enfrenta como un ser extraño, como un poder independiente del productor [...] la externalización del trabajador en su producto implica no solo que su trabajo se hace un objeto, una existencia exterior, sino también que esto existe fuera de él, independiente y ajeno, y se convierte en un poder autosuficiente frente a él, que la vida que él ha prestado al objeto lo enfrenta, hostil, extraño... el trabajador se vuelve esclavo de su objeto» (Marx, 2000: 86-87).

de la ley —es decir, donde ellos sufren de graves ofensas sustanciales (la violación de derechos fundamentales) y graves exclusiones procedimentales (ellos no participan en el proceso de construcción de la decisión). Sin embargo, no creo que haya motivos significativos para pensar que tales situaciones de alienación no puedan aparecer dentro de regímenes que son, en un modesto aunque todavía importante sentido del término, democráticos. Mi propuesta al respecto es: siempre deberíamos suponer que un grupo enfrenta una situación de alienación legal cuando ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo. Los motivos de tal presunción son los siguientes: como no asumimos que la gente es irracional —es decir, en este caso, que no asumimos que las personas consientan situaciones en donde ellos son privados de los derechos más básicos (es decir, alimentación, vivienda, salud y educación básicas)— entonces, si la ciudadanía es sistemáticamente privada de aquellos derechos, deberíamos suponer que ellos son excluidos de la creación de la ley. El carácter sistemático de las ofensas sustanciales que ciertas personas o grupos afrontan se refiere a la existencia de falencias procedimentales graves —falencias propias de un sistema institucional que resulta ser incapaz de reparar los males existentes. De hecho, estas ofensas sistemáticas sugieren que los sectores afectados experimentan problemas políticos serios en la transmisión de sus demandas a sus representantes (políticos), o problemas para hacerlos responsables de las faltas que cometen. Además, las persistentes dificultades que experimentan nos advierten también acerca de los graves problemas judiciales que confrontan, ya sea para acceder al sistema judicial o para inducir a los jueces a garantizar sus derechos básicos violados. Cuando se dan este tipo de situaciones, la ley aparece como ciega a las privaciones de la población, sorda a sus principales reclamos, o decidida a no remediar las afectaciones jurídicas existentes.³ Por ello es que, en estos casos a

3 La presunción general que propongo —presunción según la cual esta privación es provocada por el orden legal predominante— debe encontrarse obviamente abierta a revisión. En muchas ocasiones, en efecto, no sería razonable culpar al Estado por la miseria de los más desfavorecidos. Sobre todo, puede suceder que el Estado no encuentre ninguna alternativa mejor a su disposición para asegurar que ningún grupo sea sistemáticamente privado de ciertos bienes básicos, incluso a pesar de hacer sus mejores esfuerzos por remediar tales situaciones desesperantes. Si este fuera el caso, el Estado no debería ser considerado injusto y sus órdenes no deberían ser resistidas. Además, puede resultar que ciertos grupos caigan debajo de la línea mínima de bienestar exclusivamente a consecuencia de sus errores (por ejemplo, a consecuencia de su obsesión con las apuestas y los juegos de azar), teniendo buenas opciones alternativas a su disposición. Una pregunta diferente es cómo deberíamos actuar en todos estos casos (es decir, si deberíamos hacer aun todo lo que es posible para asegurar la satisfacción de las necesidades elementales de estos individuos). Teniendo estas consideraciones en cuenta, puede ser razonable calificar la presunción arriba mencionada, considerándola una *presunción general pero refutable*. En la idea de delitos como «actos de resistencia o autodefensa contra un sistema injusto y opresivo», véase Duff, 1986: 229.

consecuencia de sus acciones, sus omisiones, o ambas cosas, corresponde hacer directamente responsable de las privaciones que padecen tales grupos.⁴

La noción de alienación legal —u otras similares— parecen haber ganado su lugar dentro de la reflexión contemporánea sobre la filosofía del castigo. Típicamente, los autores que toman en cuenta esta noción u otras similares han comenzado a reflexionar acerca de cuál es el derecho que tiene el Estado a castigar a personas que forman parte de grupos que él ha marginado. Por ejemplo, el notable filósofo del castigo R. A. Duff —empleando un lenguaje que es muy cercano al que hemos utilizado en nuestra definición de alienación legal— sostuvo:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aun si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos solo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos (Duff, 2001: 195-196).⁵

Otros filósofos del castigo, como Jeffrie Murphy, han llegado a conclusiones similares. Murphy apoya, en principio, una visión retributiva del castigo, pero finalmente concluye que en las sociedades contem-

4 Tratando de encontrar algún estándar más objetivo para describir a una situación como de «alienación legal», podemos pensar en la adopción de algunos que se han utilizado internacionalmente para definir situaciones de exclusión social extrema, como la línea de pobreza internacional. El índice de pobreza utilizado internacionalmente resulta relevante, en todo caso, porque nos ayuda a señalar la existencia tanto de «una masiva insatisfacción de derechos humanos sociales y económicos» como de «insatisfacción de derechos humanos, civiles y políticos asociados al gobierno democrático y el estado de derecho» (Pogge, 2001: 8; Pogge, 2003). O bien, alternativamente, podríamos pensar en el foque defendido por Martha Nussbaum y Amartya Sen sobre las capacidades humanas, y examinar la situación de aquellos grupos que caen por debajo de la línea de lo que ellos llaman capacidades humanas básicas (Nussbaum, 2000).

5 Para él, «[n]o podemos decir, al menos sobre muchos criminales, que ellos se han apropiado de modo indebido de ciertas ventajas, por medio de sus crímenes». En muchos casos, los castigos no pueden ser vistos como un modo de «reestablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, pero ese balance no existía de antemano» (Duff, 1986: 229).

poráneas el castigo carece de legitimidad moral, en razón de la ausencia de las precondiciones necesarias para la justificación de la justicia penal. Esto es así porque en aquellas sociedades uno no encuentra lo que la retribución necesita encontrar a fin de justificar el castigo. Para él, en contextos como el actual, uno no puede decir «que todos los hombres, incluso los criminales, son participantes voluntarios en un sistema de intercambio recíproco de beneficios» (Murphy, 1973: 241). La idea marxista de alienación es crucial en su análisis y conclusión. Lo que pasa —según nos dice— es que en nuestras sociedades:

los criminales, típicamente, no son miembros ni comparten la misma comunidad de valores con sus carceleros; ellos sufren de lo que Marx llama alienación... Si la justicia, tanto como Kant y Rawls sugieren, está basada en la reciprocidad, es difícil ver lo que se supone que estas personas reciben recíprocamente (Murphy, 1973: 240).

Por estos motivos, y según Murphy (1973: 221), «en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar», por lo cual «en ausencia de un cambio social significativo» las instituciones del castigo deben «ser resistidas por todos quienes toman los derechos humanos como moralmente serios» (Murphy, 1973: 222).

Distinguidos filósofos del derecho como H. L. Hart parecen compartir tal visión. En opinión de este autor «debemos incorporar como condición de excusa la presión ejercida por las formas más groseras de la necesidad económica» (Hart, 1968: 51). Otros académicos destacados en la materia, incluyendo a Andrew von Hirsch y a Ted Honderich, parecen persuadidos también por esta clase de afirmaciones (Tonry, 1994: 153).⁶

Todos estos autores, creo, parecen estar preocupados por lo que A. Duff ha llamado las *precondiciones de la responsabilidad criminal* (Duff, 1998 y 2001). En palabras de este autor:

cualquier explicación del castigo que pretenda darle un lugar central a la reflexión sobre la justicia de la pena que se le impone al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran íntimamente asociadas con injusticias sociales serias que ellos han sufrido (Duff, 1998: 197).

Algunos escritores, como el propio Duff o J. Murphy, sostienen que en las condiciones actuales, y teniendo en cuenta las características de los contextos sociales que han investigado, el castigo no es justificable (Duff ha asumido esta visión en los últimos años, después de un largo período en donde —según su testimonio— no se animaba a

6 De acuerdo con von Hirsch, «en la medida en que un sector importante de la población vea negadas las oportunidades para asegurarse su subsistencia, luego, cualquier plan o esquema de castigo resulta moralmente imperfecto»; y de acuerdo con Honderich, «No hay nada que pueda denominarse la justificación moral del castigo si se deja de lado la pregunta sobre la distribución de bienes en la sociedad» (todas citas de Tonry, 1994: 153).

dar semejante paso (véase Duff, 2001: cap. 5.3). Esto sería así porque la mayoría de los individuos y grupos que comparecen ante la justicia criminal «han sufrido formas de exclusión tan severas que las precondiciones esenciales de la responsabilidad criminal no resultan suficientemente satisfechas» (Duff, 2001: 196). Entonces, y en la medida en que esas condiciones injustas sigan intocadas —concluye Duff— los que cometen ofensas no podrían ser juzgados justamente, condenados, o castigados.

De acuerdo con Duff, el hecho de que ciertos ofensores sean víctimas de una situación de sistemática injusticia estructural, los provee de una defensa parcial o completa para sus acciones. Estas acciones, en efecto, pueden ser *excusadas* como consecuencia de la «coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales»; o (*parcialmente*) *justificadas* «si el crimen puede ser visto como una respuesta a, o como un intento para, remediar la injusticia» (Duff, 2004: 258).⁷ De modo más fuerte, Duff sostiene que, a la hora de pronunciarse en un caso, los jurados o jueces deben no solo determinar si hay pruebas suficientes para definir si alguien es culpable o inocente sino también pensar si tienen o carecen del «*standing legal o moral*» para juzgar al que ha cometido una ofensa. La pregunta debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, «no hemos tratado al ofensor como a un ciudadano». Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al ofensor, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo.⁸ Para Duff (1986: 229), «nosotros mismos, que mantenemos o toleramos un sistema social y legal que perpetra groseras injusticias, difícilmente podemos alegar el derecho de castigar a aquellos que actúan injustamente».⁹

Todas estas visiones, creo, muestran una preocupación inusual pero apropiada acerca de las implicaciones legales de vivir en sociedades caracterizadas por la existencia de injusticias sistemáticas y estructurales. Podríamos discrepar respecto a qué consecuencias le-

7 Sobre la diferencia entre la justificación y las excusas, véase Fletcher, 1978.

8 Aquí hay una discusión importante por desarrollar, respecto a si estas justificaciones o excusas cubren solamente a aquellos más directamente ofendidos por el Estado, o también aquellos que actúan en nombre de los primeros, afirmando (razonablemente) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado.

9 Para avanzar su opinión sobre el tema, Duff utiliza el concepto de «estoppel». La idea es que en algunos casos, «la conducta previa hacia el acusado limita la capacidad legal para poder juzgarlo» (Duff, 1986: 250). Este concepto ha sido usado dentro del derecho civil con el fin de impedir ciertas demandas (ejemplo: Si le prometí a mi inquilino que no le iba a exigir el pago del alquiler entero por el piso que me alquila, entonces carecería del derecho de demandarlo por incumplimiento, cuando no haga un pago completo). Duff trata de trasladar este concepto al área del derecho penal.

gales específicas deberían resultar de la existencia de las situaciones de alienación legal, pero al menos deberíamos acordar que contamos con razones para resistirnos a hacer lo que las visiones dominantes tienden a hacer en estos casos, es decir, a descuidar el hecho de que la ley tiene una responsabilidad directa en la creación y la preservación de esas injusticias.

El reproche en la comunidad moral

La fuerte crítica que los republicanos pueden hacer sobre el castigo, tal como hoy se lo concibe y aplica, no significa, obviamente, que los republicanos deban asumir una actitud de indiferencia frente a conductas que, colectivamente, puedan reconocerse como reprochables. Este aspecto, más propositivo, genera de modo obvio muchos interrogantes, y aquí solo me concentraré en alguno de ellos, referidos al tipo de reproche que podrían sostener los republicanos, en contextos en donde las precondiciones de la responsabilidad penal se encuentran razonablemente satisfechas. Nuevamente, esta pregunta es amplia y requiere una respuesta compleja, pero aquí me concentraré básicamente en algunos pocos aspectos de la misma, que tienen que ver con ciertos compromisos especiales que, según entiendo, debe asumir la respuesta republicana. Me refiero a que ella debe ser una respuesta *inclusiva y orientada a la comunidad*, que tome a cada persona como un agente moral (y no solo como un agente racional), y a través de la cual la comunidad pueda *expresar* su reprobación hacia las acciones del ofensor.

Decir lo anterior significa, claramente, rechazar otras formas de respuesta posible frente a las conductas que decidamos reprochar, tales como las que se basan en el *castigo* y la *exclusión*, las asociadas con concepciones primariamente *retributivas o consecuencialistas* del castigo, y que se fundan en presupuestos *individualistas*. Como modo de acercarnos a esta nueva forma de reflexión sobre el castigo —una aproximación por exclusión— iré haciendo referencia a las razones que tiene el republicanismo para rechazar alternativas como las señaladas.

Contra el castigo. En primer lugar, autores abiertamente identificados con el republicanismo, como Braithwaite y Pettit, han venido insistiendo en que reprochar a alguien por algo no implica castigarlo, y que castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo de la sociedad, típicamente confinándolo a la cárcel. La distinción entre *reprobación* y *castigo* es importante, particularmente dentro de un mundo académico/jurídico que tiende a usar ambos términos como sinónimos. El castigo, tal como suele entenderse, implica una manera especial de recriminar la conducta de alguien, referida a la imposición de tratamientos severos sobre el que ha cometido un delito. Afortunadamente, autores como Braithwaite y Pettit han empezado a separar los térmi-

nos castigo y reprobación. Para ellos, y crecientemente para muchos otros, no necesitamos del castigo para expresar nuestro reproche a alguien (Braithwaite y Pettit, 1990).¹⁰

Contra las respuestas excluyentes. En segundo lugar, la respuesta republicana frente a las ofensas graves pretende no ser una respuesta de tipo excluyente, dado que ese tipo de respuesta es directamente violatoria de los principios esenciales del republicanismo: la inclusión, la integración social, la vida en comunidad. Estos principios organizativos no deben ser entendidos como definiendo de antemano qué es lo que debemos hacer —lo cual siempre está abierto a debate y discusión— sino, sobre todo, lo que no debemos hacer, es decir, caminar en dirección directamente contraria al ideal de comunidad. Decir esto es importante porque las respuestas dominantes para el problema del crimen parecen ser todavía respuestas de tipo excluyente: ellas tienden a limitar los derechos políticos de los ofensores de sus derechos políticos; los separan de sus amigos, de su familia, y de la comunidad en general; bloquean su acceso a los recursos materiales necesarios para desarrollar una vida decente; y restringen todas sus libertades más básicas —particularmente su libertad de compartir su vida con la comunidad, de ser un miembro pleno de ella (Duff, 2001: 76).

Los problemas propios de estas respuestas excluyentes son numerosos y bien conocidos, y han sido bien examinados, entre otros, por representantes de las corrientes abolicionistas, en sus efectos estigmatizadores, expropiatorios e injustificadamente crueles (Bianchi, 1994; Christie, 1981; Mathissen, 1994).¹¹ Sin embargo, insistiría aquí en otro punto, esencialmente republicano, y este es el siguiente: aquellos que empiezan su razonamiento con una teoría normativa como el republicanismo, que enfatiza la importancia de los vínculos sociales, los afectos y las relaciones personales para el desarrollo de los planes de

10 Otros autores coinciden con ellos, aunque finalmente justifican el castigo por razones preventivas (Von Hirsch, 1993. Véase también Walgrave, 2000).

11 Además, una respuesta excluyente como el encarcelamiento tiende a producir el efecto contrario al deseado, principalmente porque «cuando tratamos a las personas como malvadas es más probable que se vuelvan malvadas» (Braithwaite, 1997: 321). De acuerdo con Braithwaite, «las prisiones son escuelas para el crimen; los ofensores aprenden las nuevas destrezas para desempeñarse en el ilegítimo mercado laboral en la prisión y se sumergen de más profundamente en las subculturas delictivas. La prisión tiende a ser una experiencia deprimente que deja a los ofensores más enojados con el mundo que cuando entraron. La interrupción de una carrera en el mercado laboral legítimo y el estigma de ser un exconvicto pueden reducir las posibilidades del trabajo legítimo al término de la sentencia» (Braithwaite, 1999: 1738). Estos resultados negativos e ineficientes también son respaldados por firmes estudios psicológicos que demuestran (lo que en psicología se denomina) los *efectos de reacción y rechazo* que genera el uso de la fuerza en quienes sufren la privación de libertad (Braithwaite y Pettit, 2000: 154; Braithwaite, 1997). La idea es que, aunque la fuerza puede producir más disuasión, «produce simultáneamente más reacción» (Ibíd.). De acuerdo con estas conclusiones, «esa reacción es más grande cuando la fuerza controladora es usada en contra de una libertad de tan alta importancia para el ciudadano» (Braithwaite, 1997).

vida, las respuestas excluyentes representan la peor reacción posible al problema del crimen. Todos, pero particularmente aquellos que han estado teniendo problemas de integración social, necesitan ayuda para lograr su reintegración a la sociedad —lo que necesitan es, por lo menos, tener una oportunidad significativa de ser parte de ella. Dado ello, lo peor que podemos hacer con los ofensores es separarlos de aquellos que los quieren y les dan afecto, y «conectarlos» a personas que también tienen problemas de integración, y que han estado actuando de manera contraria a nuestros principios más preciados. De ese modo, los estaríamos «re-educando» de las peores formas posibles. No deberíamos sorprendernos entonces, al descubrir los altos niveles de reincidencia entre criminales, o al ver que las prisiones son consideradas como «escuelas del crimen». Precisamente eso: las prisiones son la escuela del crimen porque socializan y educan a los presos en la peor manera posible, en otras palabras, fuera de la sociedad, cerca de todos aquellos que la sociedad trata como sus enemigos, y a través del trato más cruel posible.

La crítica republicana es especialmente poderosa, según entiendo, frente al tipo de respuestas excluyentes que resultan dominantes en ámbitos como el nuestro. Sin embargo, es importante reconocer que dicha crítica también alcanza a otro tipo de respuestas excluyentes que, a diferencia de las mencionadas, se orientan por un principio-guía opuesto a aquellas y que, en relación con la pena, se dirigen a «limitarla y... limitar su violencia» (Zaffaroni, 2003: 282).

La de Zaffaroni es, sin dudas, una de las miradas más lúcidas y críticas que pueden encontrarse en Latinoamérica, sobre la pena. Por ello mismo, resulta especialmente importante advertir de qué modo su postura se separa de la que aquí se sostiene: tanto por lo que propone como por lo que no propone. Para Zaffaroni, la pena es «irracional» y proviene de un «hecho de poder violento más amplio», por lo cual «se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla» (Zaffaroni, 2003). La idea es, entonces, la de que la agencia judicial extreme esos esfuerzos dirigidos a minimizar el uso de esa maquinaria de violencia activada por el Estado, particularmente en protección de aquellos en «posición o estado de vulnerabilidad».¹² Actuando de este modo, minimizador, y solo en ese caso, puede decirse que el Poder Judicial actúa racionalmente. En sus términos:

en la pugna ética de la agencia judicial por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, es racional que esta se dedique con mayor interés a limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la misma violencia de que son objeto (Zaffaroni, 2003; también Zaffaroni, 2006: 167).

12 Ello, frente a un derecho que suele cargar su violencia, especialmente, frente a tales personas, «seleccionadas» «por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etcétera» (Zaffaroni, 2003: 277).

La respuesta republicana, fundamentalmente crítica frente a posturas como las que critica Zaffaroni, también se diferenciaría de la que sostienen autores como el profesor argentino. Ello, porque el objetivo del republicanismo penal no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. Para el republicanismo, el aparato estatal en su totalidad —todas sus agencias, sin excepción— se justifican en la medida en que se comprometan en dicho objetivo. Desde este punto de vista, un poder judicial-penal al servicio del retiro estatal no cumple apropiadamente con su tarea. Lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable —al que es perseguido habitualmente por su pertenencia a un grupo estereotipado o marginado. No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser —y, previsiblemente, volverá a ser— perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado. Y los funcionarios judiciales tienen suficientes poderes para intervenir en dichos casos impulsando, desde su particular —y no tan modesto— lugar, medidas integrativas. El juez que decide no criminalizar a los droga-dependientes actúa de modo apropiado, a la luz del brutalismo penal que elige encerrar a aquellos. Sin embargo, desde el punto de vista republicano, su accionar es reprochable porque actuando de ese modo se convierte en cómplice de una maquinaria a la que, finalmente, alimenta y ayuda a mantener funcionando. En una mayoría de casos —pienso en los sectores de jóvenes socialmente marginados que encuentran en el consumo de estupefacientes un último refugio frente a una sociedad que los ha expulsado— la mera devolución del individuo a la calle solo implica volver a reiniciar el ciclo represivo, y no ayudar a ponerle término. En dichos casos, la libertad dispuesta judicialmente es elemento necesario pero en absoluto suficiente de la respuesta reclamada por el republicanismo.

Mi impresión es que lo que aquí está en juego son diferencias todavía mayores entre el republicanismo y propuestas como las sugeridas por Zaffaroni, a pesar de que desde ambos bandos se podrían avanzar críticas comunes frente a una mayoría de las teorías que hoy circulan en el área penal. La postura de Zaffaroni resulta dependiente de una concepción histórico-sociológica particular, que deja al Poder Judicial enfrentado a limitaciones extraordinarias, que solo le permitirían limitar, antes que desactivar, el aparato de la violencia ilegítima vigente. Así, Zaffaroni ve tan limitado el margen de acción de la justicia que, para él, las agencias judiciales no pueden sino comprometerse con el derecho represivo existente, y administrar «racionalmente» dicha represión, aun cuando sus integrantes deban ocuparse de minimizar esos poderes represivos en la medida en que puedan, y aun cuando no lleguen nunca a justificar argumentativamente la violencia que fi-

nalmente aplican. Más gravemente aún, Zaffaroni considera que, actuando de ese modo, los jueces se comportan éticamente. Quisiera adelantar desde ya que, desde la particular postura que aquí se defiende, jamás puede considerarse moral ni jurídicamente aceptable un accionar judicial que implique la aplicación, aun en dosis módicas, de violencia injustificada. Para Zaffaroni:

La necesidad [sic]... obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere eticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar (Zaffaroni, 2003: 284).

La «necesidad» de la que habla Zaffaroni tendría, su origen, especialmente, «en las «restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad» que —en caso de que los jueces se excedieran de los márgenes permitidos— «se ocuparían de aniquilar a la agencia y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia» (Zaffaroni, 2003).

Y la presión externa sobre los jueces sería tan grave que convertiría en éticamente irreprochable aún la decisión del juez de mantener encerrado a alguien «más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad» (es decir, por su culpabilidad), si es que el juez cree que existe un grado muy alto de probabilidades que esa persona sea «ejecutada por alguna agencia del sistema penal» (esto es, una policía descontrolada) —una posibilidad que él considera «realidad operativa de nuestros sistemas penales» (Zaffaroni, 2003: 288).

Este mundo judicial, en donde los magistrados, cotidianamente, aplicarían un derecho injusto, impondrían violencia (con criterios de selectividad renovados) y podrían llegar a disponer privaciones de la libertad aún más extensas que las establecidas por esa normativa injustificada, resulta completamente ajeno al mundo imaginado por el republicanismo. En dicha situación de «necesidad» extrema, el juez republicano debería directamente confrontar a la legislación vigente, en lugar de hacer más tolerables, humanos o contenidos los niveles de esa injusticia. En particular, si fuera cierta la descripción del derecho penal que autores como Zaffaroni podrían proponer —el derecho penal como derecho violento, irracional e ilegítimo— luego, la obligación del juez no podría ser nunca la de aplicar dosis moderadas de ese derecho. En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de barbárica injusticia. En tal sentido, la respuesta del «derecho penal mínimo» resulta difícilmente aceptable además de muy llama-

tiva (como si luego de identificar a la tortura, apropiadamente, como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la del rechazo incondicional). Mucho más si se sostiene que ese comportamiento judicial es moralmente debido o éticamente irreprochable. Mucho más si es que tenemos a mano formas de reproche no excluyentes, no represivas, y eficientes, como las vinculadas con la justicia restaurativa, medidas que (por más que merezcan reparos y mayores reflexiones) están desvinculadas de los irreparables, demolidores defectos que podemos asociar con el derecho penal actualmente existente.

¿Implica esta crítica desafiar una sociología imperfecta con una filosofía irrealizable —la del republicanismo? No lo creo. La peculiar concepción republicana aquí sostenida pretende definir un ideal regulativo para este mundo, que quiere dejar en claro no solo las direcciones ideales de una cierta política, sino también aquello que los jueces nunca deberían hacer.

Contra el individualismo. El tercer punto al que quería referirme, relacionado con las diferencias que tendría la respuesta republicana frente a las respuestas excluyentes, hoy dominantes, tiene que ver con el carácter típicamente comunitario/no-individualista, de esta respuesta. Al acentuar el aspecto comunitario de la respuesta inclusiva, quiero diferenciarla de otras respuestas que son —de un modo que considero incorrecto— individualistas. Para aclarar lo que estoy diciendo, convendría recordar una respuesta liberal interesante al problema del delito, como la propuesta por Carlos Nino (Nino, 1983: 1986). La visión de Nino sobre el castigo está basada en una perspectiva liberal y contractualista que, curiosamente, no parece nutrirse ni depender de ningún modo de su concepción (deliberativa) de la democracia. Como sostuviera Pablo de Grieff, Nino quiere fundar su posición sobre el castigo «exclusivamente en premisas morales, dejando sin un papel claro, en dicho respecto, su postura sobre la legitimidad democrática» (de Grieff, 2002: 383). Para Nino, el castigo estaría justificado en la medida en que el delincuente supiera las consecuencias jurídicas que podrían seguirse de sus acciones —en la medida que supiera las respuestas que hemos reservado para aquellos que rompan la base de la cooperación social. Según el profesor argentino, el individuo que realiza un acto voluntario conociendo que la consecuencia necesaria de dicho acto va a ser la pérdida de su inmunidad legal ante el castigo, consiente las consecuencias normativas que se siguen, del mismo modo que ocurre cuando una parte consiente a las consecuencias normativas que se siguen de un contrato (Nino, 1983: 298).¹³

13 Para él, el consenso relevante es el consenso hacia las consecuencias normativas del acto, es decir, en el caso de una ofensa, el consenso dado hacia la posibilidad de ser castigado.

En mi opinión, la respuesta de Nino es muy problemática. En primer lugar, muchas veces —tal como hemos explorado en las secciones previas— es difícil de sostener la idea de consenso a la que Nino alude (no estoy diciendo que Nino habría negado este punto, aunque él no insistió en su importancia): en situaciones de injusticia estructural y persistente, son numerosas las personas que no encuentran alternativas razonables para asegurarse una vida decente, ni para ellas mismas ni para sus familias, si no es rompiendo alguna de las reglas jurídicas existentes.

Lo que es más importante, sin embargo, es que su visión —y las respuestas excluyentes frente al crimen que Nino asociaba con ella— no parece tomarse en serio nuestros compromisos morales más profundos, en el sentido de que no demuestra una preocupación especial por preservar y fortalecer los lazos morales que nos hacen, a todos, miembros de una comunidad. Al igual que muchas otras teorías liberales, la respuesta de Nino no es satisfactoria en razón de sus improntas individualistas. Una teoría alternativa —menos individualista— abordaría el delito de otra manera. Dicha teoría alternativa, por ejemplo, se preocuparía por preservar (o recuperar) a cada persona como un miembro igual de la comunidad, aun si esa persona hubiese roto las reglas que organizan la cooperación social dentro de la comunidad. El punto es que nosotros, como comunidad, no deberíamos actuar hacia el ofensor de la misma manera en la que él o ella ha actuado hacia nosotros: no tenemos buenas razones para infligirle dolor o hacerlo/a sufrir, aun si él o ella hubiese hecho eso respecto de nosotros; no tenemos buenas razones para aislarlo/a del resto, aun si se tratara de alguien que se hubiese distanciado de nosotros. No deberíamos actuar como si quien nos ha ofendido «hubiese hecho de la reconciliación —la restauración de la fraternidad— algo imposible». Actuar de tal manera implicaría «una suerte de renuncia hacia ellos, aun si hubiese algún margen de ayuda para que se redimiesen». Una comunidad decente, quisiera sugerir, no debería «renunciar a ninguno de sus miembros» (Duff, 2001: 173-174; Duff, 1986: 271). Ni aun sus errores o decisiones equivocadas ameritarían que tratásemos a los ofensores tal como ellos nos trataron, como si no existiese alguna manera de reintegrarlos a la sociedad. No es esto, sin embargo, lo que casi todas las sociedades modernas hacen, ni es lo que casi todas las teorías del castigo sugieren.

En definitiva, la idea es desarrollar una teoría de la justicia penal que tenga la noción de la comunidad moral como un principio organizativo.¹⁴ La noción de comunidad moral ingresa en este esquema de varias maneras. En primer lugar, ella aparece indirectamente a través de la crítica de (una versión particular de) el individualismo liberal,

14 Hay mucho más para decir, sin embargo, en relación con qué definición particular de comunidad estemos utilizando. Véase, al respecto, Ashworth, 2002.

por su «desconfianza de lo social», y su «relativa falta de interés en los bienes públicos y los valores colectivos» (Lacey, 1988: 163, 183).¹⁵ En segundo lugar, ella resurge en la crítica hacia el carácter antidemocrático del actual derecho penal. Tal como ha quedado sugerido en las secciones anteriores, hay razones para promover «mayor participación comunitaria» a la hora de crear el derecho penal, particularmente si queremos tener una comunidad integrada y que se autogobierne (Ashworth, 2002: 580-581; Lacey, 1988: 175). En tercer lugar, la idea de comunidad aparece a la hora de definir los males que, eventualmente, deberían ser públicamente reprochados. Lo que hay que preguntarse es «qué clase de males deberían ser considerados como males en contra de ‘nosotros’», lo que significa preguntarse «qué valores son... tan centrales para la identidad y reconocimiento de una comunidad» como para que «las acciones que los atacasen o desobedeciesen» fuesen consideradas no meramente como «asuntos individuales, cuya reivindicación debería hacer la víctima individual, sino ataques a la comunidad» (Marshall y Duff, 1998: 21-22).¹⁶ En cuarto lugar, mencionaría la idea según la cual el Estado debería devolver a la comunidad la mayoría de los poderes que, actualmente, ejerce, en el área de la justicia penal. Esto implica la devolución o la delegación del poder de sentenciar a las comunidades —a «autoridades intermedias entre el Estado y el individuo» (MacCormick y Garland, 1998: 27; Ashworth, 2002: 582. Volveré sobre este punto luego).

Contra retributivistas y consecuencialistas. Por supuesto que la crítica hacia (cierto tipo de) individualismo, y el acento en la comunidad, no implica suscribir una mirada que ignora el valor de la «independencia y separabilidad de los individuos» de la que hablara en su momento John Rawls. Por el contrario, la idea es que cada persona sea tratada como un *agente moral*, y, como tal, como miembro de una comunidad moral que tiene una responsabilidad especial hacia ellos. En definitiva, las decisiones de la comunidad importan porque (y en la medida que) son una *expresión* de las convicciones meditadas de sus miembros. Esto implica tomar partido por las concepciones *comunicativas*, antes que retributivistas o consecuencialistas, del castigo. Esto es decir, to-

15 Para ella «algunos de los bienes destacados que pueden ser promovidos e inculcados a través de las prácticas del castigo, tales como una cohesión social o al menos la mitigación de fuentes particulares de disenso social, solo pueden ser explicados adecuadamente en el contexto de una visión política que dé un lugar central al valor de la comunidad y que reconozca la extensión a la cual los humanos son, de hecho, seres sociales que se identifican, descubren y crean a sí mismo en un determinado contexto social y a través de sus interacciones con otros seres humanos, instituciones sociales y prácticas» (Lacey, 1988).

16 Por ejemplo, una comunidad que sufriese el problema de un violento racismo —por ejemplo, el nazismo en Alemania— podría decidir estar más alerta ante los ataques raciales individuales, sabiendo las implicancias potenciales de esos ataques aparentemente aislados.

mar partido por visiones que ponen el acento en la importancia de que la comunidad exprese su condena frente a quien ha cometido una conducta reprochable y, apelando a su juicio, trata de persuadir al ofensor acerca del carácter reprobable de alguna de las conductas en las que ha incurrido. Aquí, la respuesta frente al acto reprochable no pretende ni incapacitar ni atemorizar o desalentar al (potencial) ofensor, sino dirigirse a este como un agente autónomo, que razona y puede cambiar de punto de vista (de Grief, 2002).¹⁷ Aquí no se pretende, simplemente, restablecer un balance de cargas y beneficios en contra de la actividad criminal, sino de persuadir a los ofensores sobre sus faltas, a partir de criterios de justicia que sepan apelar a la propia razón de tales actores.

Así, para esta visión, tratar a alguien correctamente implica no dirigirse a él o ella, simplemente, como un actor racional que debería ser manipulado o motivado en determinado sentido, a través de un sistema de premios y castigos. Esta es, sin embargo, la manera en que nuestro sistema jurídico actual tiende a operar. Justamente en razón de la importancia que asigna a las opiniones e intereses de cada uno, esta teoría republicana rechaza todos los abordajes de la justicia penal que, de alguna manera, toman a los individuos como «meros medios» que sirven para desarrollar otros objetivos sociales valiosos.¹⁸ Es en este sentido en que esta visión puede ser considerada como un enfoque *comunicativo* de la justicia penal (Feinberg, 1965; Duff, 2001). Lo que estos abordajes pretenden es entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.¹⁹ En palabras de Duff, el sistema penal no debería buscar que las personas «obedez-

17 Es por eso que es crucial para esta perspectiva que cada persona, efectivamente, forme parte del proceso de toma de decisiones (y particularmente aquellas personas que, más probablemente, se vean afectadas por ellas). Para decirlo de otra manera, esta perspectiva considera que siempre hay un problema si el derecho es creado solo por unos pocos, y también si (normalmente como resultado de eso) ciertos individuos o grupos son, de alguna u otra manera, maltratados o separados indebidamente del resto. Por las mismas razones, esta visión considera que el castigo no está justificado si intenta, coactivamente, «aplastar» la voluntad del delincuente (Duff, 1986: 272). En definitiva, el derecho, no merece respeto si los individuos no tienen buenas razones para creer que este refleja sus puntos de vista e intereses —si aparenta ser, como suele suceder en muchas sociedades contemporáneas, parcial o no neutral, es decir, el mero producto de la voluntad del grupo dominante. Esto ayuda entender, por ejemplo, por qué esta visión está, más allá de lo que aparente, particularmente preocupada por la suerte de cada individuo.

18 El abordaje que aquí se defiende no está orientado ni al pasado ni al futuro, sino que se dirige a los ofensores como agentes morales valiosos, quienes, a su vez, tienen que ser persuadidos sobre el valor de ciertas reglas de cooperación que, nuevamente, estén justificadas porque (y en la medida que) tratan a cada persona como una persona moralmente valiosa.

19 Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostienen Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff y Garland, 1994: 15).

can sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos» (Duff, 2001: 80). Más específicamente, si voy a tratar al ofensor como un:

agente moral, como un miembro de la comunidad moral a la cual los dos pertenecemos, mi objetivo no puede ser simplemente hallar métodos eficientes para que su conducta se ajuste a lo que requiere la moral —que pague su deuda, por ejemplo, o diga la verdad. Tal objetivo podría ser alcanzado por... métodos que no lo tratasen como un agente moral... Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto *porque a ella le parece correcto*; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través de los cuales podría ser alcanzado —solo a través de un proceso de una persuasión moral racional (Duff, 2001: 81).²⁰

Apuntes finales y conclusión

Llegados a este punto, y ante todo, quisiera hacer algunas breves aclaraciones teniendo en cuenta el alcance y los límites de la visión que aquí defiendo. Por una parte, esta propuesta «comunitaria» no implica abogar por un abordaje «moralista», como lo sería un abordaje que presupusiera una concepción comprensiva de lo bueno. Más específicamente, la idea no es reformar a los ofensores —en el sentido de inculcarles cierta moral comprensiva— sino más bien persuadirlos acerca de la importancia de respetar los planes de vida de los otros —una meta que parece llanamente imposible en las actuales democracias, sobre todo si tenemos en cuenta los niveles de desigualdad social con los que hoy convivimos, y el existente (y brutal) sistema carcelario.²¹ Como sostuviera Norval Morris, este abordaje puede llegar a implicar un cierto tipo de paternalismo, pero uno que busca «cultivar la autonomía moral del individuo» (Duff y Garland, 1994: 15; y también Morris, 1994).

Por otro lado, pretender una respuesta expresiva o comunicativa al crimen no implica decir que los ofensores solo pueden ser tratados a través de palabras o gestos, es decir, que la única forma aceptable de acercarse a alguien para algo es a través de expresiones orales o

20 Como resulta claro, esta visión, que se compromete con un diálogo moral que incluye, centralmente también, a los ofensores, y que mantiene un acercamiento expresivo sobre el reproche estatal, aparece (no necesaria pero sí) íntimamente asociado con el enfoque de la democracia deliberativa. Ello es así, entre otras razones, porque «la idea de persuasión», que es fundamental en el enfoque expresivo antes expuesto, ocupa un lugar también «central para el modelo institucional sobre la política provisto por la democracia deliberativa». Ello, en sí mismo «genera algunas restricciones en contra de los enfoques puramente retributivistas o consecuencialistas sobre el castigo» (de Grieff, 2002: 387).

21 Esta visión contrasta con el abordaje de Jean Hampton, que propone utilizar el castigo como un proceso educativo que busque inducir a los ofensores al arrepentimiento y a la reforma a través de un duro tratamiento. Véase Hampton, 1984; Duff y Garland, 1994: 15.

demostrando nuestras emociones.²² En este artículo, sostengo que hay respuestas inclusivas al crimen que parecen más adecuadas para los propósitos que aquí he definido. Ahora bien, uno puede preguntarse si es razonable defender una visión que sea «terminante en contra del castigo» en el contexto actual.²³ En otras palabras, ¿podemos mantener nuestra visión negativa del castigo «aun cuando el cielo se desmorone»? (Duff, 1986: 296). Nuevamente, mi respuesta sería como la que ofrece Anthony Duff al respecto. Según él, «no podemos compensar las injusticias actuales a través de injusticias futuras, o la autonomía de algunos con la autonomía de otros» (Duff, 1986: 297). Quiero decir, ni la existencia de los peores crímenes —los que más nos horroricen— justifican el tipo de brutalidades (más o menos escandalosas, más o menos prolijas) que se cometen, en respuesta a ellos.

Lo que hice hasta aquí fue tomar en cuenta algunos de los principales ideales propios del ideario republicano, para reflexionar sobre nuestros problemas más graves en el ámbito de la justicia penal. En primer lugar, partí de las ideas de autogobierno y alienación legal para pensar sobre las condiciones de la responsabilidad penal. Esta discusión me permitió reconocer las dificultades a las cuales nos enfrentamos en sociedades fragmentadas y profundamente desiguales, a la hora de justificar el castigo. Luego, recurrí a la idea de una comunidad moral para empezar a pensar sobre cómo reprochar las conductas que, colectivamente, consideramos inaceptables. Así, examiné los conceptos de reprobación e integración, y comencé a explorar los rasgos comunitarios que podrían caracterizar a un abordaje republicano de la justicia penal. Obviamente, hay muchos elementos más para mencionar, detalles que completar y preguntas que responder, pero es conveniente dejar a tales cuestiones como objeto de reflexiones futuras.

22 Lo que dije, sin embargo, es que tenemos razones para rechazar los tratamientos duros como formas adecuadas de persuadir a alguien sobre la importancia de respetar a los demás.

23 En primer lugar, debería decir que no doy por sentado lo que la pregunta presupone, o sea que el delito ha aumentado en estos últimos años. Asumo —tal como los sociólogos y abolicionistas nos han ayudado a reconocer— que el delito es una creación social, que depende de las conductas que queramos rechazar. Por supuesto, tal como Christie o Braithwaite y Pettit sostienen, si consideráramos las malas miradas o discusiones entre amigos, delitos, entonces tendríamos más delito, y seguramente más personas en la cárcel. Esto es decir, que no deberíamos ver al delito como si se tratase de hechos «objetivos» que existen «ahí afuera», sino más bien como expresiones de nuestras elecciones.

Bibliografía

- Ashworth, A. (2002) «Responsibilities, Rights and Restorative Justice», *Brit. J. Criminol.*, 42, 578-595.
- Bianchi, H. (1994); «Abolition: Assensus and Sanctuary», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (1997) «On Speaking Softly and Carrying Big Sticks», 47 *Toronto L. J.*, 305.
- (1999) «A Future Where Punishment is Marginalized», 46 *UCLA L. Rev.* 1727.
- (2000) «Restorative Justice and Social Justice», 63 *Sask. L. Rev.* 185.
- y Pettit, P. (2000) «Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection», en H. Strang y J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington, Ashgate.
- Christie, N. (1977) «Conflicts as Property», *The British Journal of Sociology*, vol. 17, n.º 1, 1-15.
- De Greiff, P. (2002) «Deliberative Democracy and Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 2, 373-403.
- Duff, A. (1986) *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1998) «Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 189-206.
- (2001) *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press.
- (2004) «I Might me Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial», 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 245.
- y Garland, D. (1994) *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1965) «The Expressive Function of Punishment», *The Monist*, 49, 397-423.
- Fletcher, G. (1978) *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown.
- Gargarella, R. (1995) *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós.
- (2005) *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Siglo XXI.
- Hampton, J. (1984) «The Moral Education Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, n.º 3, 208-238.
- Hart, H. (1968) «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en H. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- Kahan, D. (2003) «The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law», 1102 *Mich. L. Rev.* 71.
- Lacey, N. (1988) *State Punishment*, Londres, Routledge.
- (1998) «Philosophy, History and Criminal Law Theory», 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 295.
- MacCormick, N. y Garland D. (1998) «Sovereign States and Vengeful Victims», en A. Asworth y M. Wasik, *Foundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, Clarendon Press, 11-29.

- Marhsall, T. (1999) *Restorative Justice: An Overview*, Londres, Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- Marshall, S. y Duff, A. (1998) «Criminalization and Sharing Wrongs», 11 *Can. J. L. and Jurisprudence* 7.
- Marx, K. (2000) *Selected Writings*, selected by D. McLellan, Oxford, Oxford University Press.
- Mathiesen, T. (1994) «General Prevention as Communication», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Matravers, M. (2006) «Who's Still Standing? A Comment on Anthony Duff's Preconditions of Criminal Liability», *Journal of Moral Philosophy* 3: 320.
- Morris, N. (1994) «Dangerousness and Incapacitation», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Murphy, J. (1973) «Marxism and Retribution», *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-43.
- Nino, C. (1983) «A Consensual Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, 289-306
- (1986) «Does Consent Override Proportionality», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, n.º 2. (verano), 183-187.
- Nussbaum, M. (2000) *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pettit, P. (1997) «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas* 9, n.º 1.
- Pogge, T. (2001) «Priorities of Global Justice», en T. Pogge (ed.) (2001) *Global Injustice*, Oxford, Blackwell.
- (2003) *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press.
- Tonry, M. (1994) «Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 44-70.
- Von Hirsch, Andrew (1993) *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon.
- Walgrave, L. (2000) «Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice», en H. Strang y J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington, Ashgate.
- Zaffaroni, R. (2003) *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar.
- (2006), *El enemigo del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar.

Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)

Roberto Gargarella¹

Este escrito es uno de los primeros productos de una investigación de más largo aliento, referida a la filosofía del castigo. La investigación recién está en sus comienzos, por lo cual aquí van a encontrarse muchos comentarios y observaciones necesitados de mayor precisión y refinamiento. Se trata, por tanto, de unas primeras notas orientadas a seleccionar áreas de problemas más específicos, a testear intuiciones, y a explorar respuestas posibles frente a los problemas escogidos. La investigación está pensada desde un marco teórico definido por la filosofía política republicana y la concepción deliberativa de la democracia.

Del pensamiento republicano, sus fundamentos, principios y posibles implicaciones institucionales, me he ocupado en otros trabajos (Gargarella, 1995 y 2005). Aquí, de la tríada básica de valores normalmente asociados con dicha filosofía —libertad, igualdad, fraternidad— me ocupo fundamentalmente de dos compromisos valorativos íntimamente ligados con aquella tríada: el compromiso con el autogobierno colectivo, y el que resalta la importancia de los vínculos sociales y la vida en comunidad.

La conexión entre republicanismo, «voluntad general», y democracia deliberativa ha sido explorada recientemente por una diversidad de científicos políticos. Notablemente, algunos de ellos han escogido dicho enfoque para pensar cuestiones básicas sobre los fundamentos de la justicia criminal (de Grieff, 2002; Pettit, 1997). Este es el mismo

1 Quiero agradecer especialmente los comentarios que me hicieron llegar a una versión previa de este trabajo, Marcelo Alegre, Ignacio Anitua, Mateo Bermejo, Iñigo Ortiz de Urbina, Juan Manuel Otero, María Piqué y Luciana Sánchez. También a los participantes de diversas reuniones de discusión realizadas en la Universitat Pompeu Fabra, la Universidad de Barcelona, la Universidad Di Tella y a los miembros del seminario que realizo en la Universidad de Buenos Aires.

camino que transitaremos en las páginas que siguen. En tal respecto, mi análisis, fundamentalmente exploratorio, versará sobre dos cuestiones de interés para la teoría penal. Una, relacionada con la falta de reflexión existente sobre los modos en que las normas penales son creadas. La otra, relacionada con los rasgos más «comunitarios», integrativos y dialógicos que el republicanismo podría aconsejar, a la hora de pensar las posibles respuestas sociales frente a conductas definidas como reprochables.

Autogobierno y la creación de las normas de la justicia criminal

Partiendo del ideal republicano de la libertad como autogobierno —una idea de autogobierno naturalmente asociada con la idea rousseauniana de la «voluntad general» y la plena autoría de las normas que se aplican sobre uno— podemos comenzar a examinar críticamente algunos rasgos básicos del derecho moderno, en general. Pienso, en primer lugar, en los modos —poco inclusivos, poco reflexivos— en que las normas son creadas. Este problema, que afecta al derecho en general, resulta especialmente preocupante en relación con el derecho penal, dadas las claras implicaciones que suelen venir asociadas con este: aquí lidiamos del modo más directo y dramático con el ejercicio de la violencia estatal.

Según entiendo, y este es un paso que obviamente requiere de una mejor justificación, el arreglo institucional que nos permite acercarnos mejor al exigente ideal de la «voluntad general» es el relacionado con formas deliberativas de la democracia. No por azar, muchos autores contemporáneos de linaje republicano, como Jürgen Habermas o Philip Pettit, han explorado y exploran este tipo de alternativas. Otra vez, aunque este modelo de la democracia ha sido objeto de versiones diferentes, aquí propondré una versión peculiar del mismo, que entiendo es consistente con lo que muchos de sus defensores han escrito al respecto (Habermas, 1996; Pettit, 1997b; Nino, 1996). De acuerdo con esta visión, en una democracia deliberativa, 1) todos los potencialmente afectados por una cierta norma, intervienen en su creación; 2) el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una amplia discusión colectiva; 3) organizada bajo condiciones de igualdad. La ausencia de alguna de estas condiciones —dirían los republicanos— aumenta los riesgos de crear normas parciales, es decir, normas sesgadas a favor de unos pocos; o normas creadas por un grupo que, aun actuando de buena fe, tiene problemas para entender y sopesar adecuadamente los puntos de vista del resto (Nino, 1996). He aquí el porqué las normas legales en general, y las penales en particular, deben ser el producto de un debate inclusivo,

realizado en condiciones igualitarias. Solo luego de ese debate puede surgir, según los republicanos, la «voluntad deliberada de la comunidad». Por supuesto, estas exigentes ideas sobre la democracia y la legitimidad del derecho aparecen hoy como inaplicables, cuando vivimos en sociedades plurales, habitadas por millones de habitantes. Sin embargo, aquellos reclamos sirven todavía como ideales regulativos, y nos ayudan tanto a definir un horizonte a alcanzar, como a criticar situaciones que difieren de modo significativo respecto de este.

Desde una perspectiva como la presentada, según creo, no es difícil concluir que el derecho en general, y el derecho penal en particular, sufren de un déficit democrático serio. En especial si tomamos en cuenta las condiciones en que se crean las normas penales en la actualidad, resulta claro que las normas van a resultar, esperablemente, sesgadas a favor de unos pocos: los que suelen escribir esas normas tienen pocos vínculos —sociales, de clase, ideológicos, etcétera— con aquellos que más tienden a sufrir la aplicación de las normas creadas. Este resultado solamente refuerza las «predicciones», digámoslo así, de Rousseau, según las cuales las sociedades desiguales y fragmentadas tienden a crear normas que reflejan la voluntad de unos pocos, en lugar de la «voluntad general».

No resulta sorprendente, entonces, que las normas penales actuales —y, sobre todo, su interpretación y aplicación— implique la definición e imposición de castigos brutales para ciertos crímenes, dejando otras conductas —tal vez igual o más gravemente reprochables— simplemente intocadas (la dominación ejercida en los lugares de trabajo, la publicidad engañosa). Todo ello nos permite advertir de qué modo el derecho penal, y sobre todo, insisto, los modos en que este es interpretado y aplicado, termina apareciendo sesgado en términos de género, raza o clase —así, en las faltas que selecciona (concentrando su atención en los crímenes contra la propiedad); en los tipos de respuestas que selecciona; en los particulares sujetos que elige sancionar. Se trata de normas, finalmente, diseñadas y puestas en práctica por individuos completamente separados (individuos que no conocen prácticamente nada) de aquellos que tienden a sufrir el impacto de ellas.

En cuanto a las formas de su creación, lo que ocurre en países como Argentina solo exagera o caricaturiza un fenómeno extendido en otros países del mundo, y que David Garland ha descripto como una oscilación entre un elitismo tecnocrático —al que él denomina penal *werlfarism*— y lo que llama la nueva cultura del control, sobre la que ahora volveré. Cuando el péndulo se mueve hacia el elitismo tecnocrático, el derecho penal aparece como creación de expertos gubernamentales y profesionales litigantes —el producto de «conocimiento experto e investigación empírica»— habitualmente, aunque no siempre, dirigido a fortalecer el resguardo de las garantías individuales. Notablemente, sin embargo, dichas iniciativas tienden a ser seguidas

por otras —en mi opinión, de raíz igual o más gravemente elitistas— de «ley y orden», en donde los expertos aparecen como objeto de sospechas y las decisiones legales resultan fuertemente influidas por los medios de comunicación aquello a lo que se denomina opinión pública, u —más impropiamente aún— la opinión mayoritaria o democrática. Este tipo de reacciones, normalmente aparecen asociadas a los movimientos neoconservadores y neoliberales, y a políticas de «mano dura» (Garland, 2002: 145-146). En lo personal, coincido con la descripción de Garland, pero sin embargo quisiera resistir parte de su descripción, tanto como su pretensión de derivar ciertas consecuencias normativas desde las premisas descriptivas de las que parte. Creo que en su presentación aparece una sugerencia según la cual el nuevo orden represivo es, en un sentido medianamente sensato del término, democrático. Contra tales sugerencias, me interesa detenerme, en particular, en lo que podríamos llamar el «estatus democrático» de las normas penales que, erráticamente, fueron apareciendo en los últimos tiempos. Desde mi punto de vista, estas nuevas normas que reclaman estar apoyadas en la voluntad crecientemente represiva de la mayoría ciudadana, son simplemente el producto de lo que denominaré populismo penal. Sintéticamente, son el resultado de la creación —nuevamente— de una elite política, que actúa o reclama actuar en el nombre de la mayoría.² Podemos entender mejor qué es lo que quiero decir con dicho término si contrastamos el populismo penal recién mencionado con el procedimiento que he descrito en relación con la democracia deliberativa. En el primer caso, y contrariamente a lo que ocurre en una democracia deliberativa, las normas siguen siendo aquí el producto de una elite que, en todo caso, invoca el estar actuando en nombre de la voluntad popular; son creadas en ausencia de —o descuidando la importancia de— una discusión colectiva equitativa; y emergen en un contexto caracterizado por la fragmentación social y la desigualdad económica —lo que implica, normalmente, un proceso de comunicación pública que resulta básicamente dependiente del dinero. Entonces, aun si las encuestas de opinión fueran verdaderas, indicando una convergencia entre las políticas criminales «duras» y la voluntad mayoritaria, todavía tendríamos frente a nosotros un largo camino a transitar antes de poder decir, razonablemente, que dichas normas son expresión de la voluntad democrática. Ellas lo son, en todo caso, tomando un sentido extraordinariamente pobre de dicha voluntad, en donde la misma se asimila a lo que, en el mejor de los casos, ciertas encuestas de opinión dicen que dice la ciudadanía. Desde el punto de vista de una democracia deliberativa, dicho resultado tiene muy poco que ver con la democracia. En todo caso, mi propuesta es la de resistir la rápida y no-fundada sugerencia de considerar democrática a una norma creada

2 Sobre el populismo penal véase Roberts, 2002; Garland, 2002; Pratt, 2007.

por una elite en el nombre de la ciudadanía. Debemos, en mi opinión, resistir la invitación de honrar a cualquier norma con el adjetivo democrático —finalmente, resistir la invitación de asimilar democracia con el resultado ocasional de alguna encuesta u alguna otra muestra más o menos azarosa de opiniones. Aun cuando no suscribamos una idea deliberativa de democracia, debemos reconocer que democracia es y debe ser entendida como algo cualitativamente diferente a ello.

Habiendo dicho esto, quisiera explorar un nuevo enfoque destinado a pensar sobre la relación entre democracia y derecho penal. Notablemente, este enfoque se vincula con ciertas propuestas reformistas orientadas a reaccionar frente al populismo penal. En mi opinión, y contra sus propios propósitos, este tipo de tendencias contribuyen a socavar más que a reforzar la tradición republicano-democrática que aquí me interesa defender. Y ello, según creo, es en muchos casos el resultado de la falta de reflexión sobre aquello a lo que llamamos democracia. Curiosamente, el principal ejemplo que encuentro para ilustrar esta tendencia proviene de una persona de formación republicana y, lo que es más llamativo tal vez, vinculada con los ideales de la democracia deliberativa, como lo es Philip Pettit. Pettit parece particularmente preocupado por combatir y enfrentar lo que denomina la «dinámica del escándalo» o la «indignación» que opera dentro del campo penal (Pettit, 2002: 429). La dinámica a la que se refiere tomaría la forma siguiente: primero, el Estado expone a la sociedad un cierto problema; luego, ese problema genera una extendida indignación social; y finalmente, esa indignación «fuerza» al gobierno a la adopción de nuevas y más represivas medidas penales (Pettit, 2002: 430). De acuerdo con Pettit, esta dinámica ha ejercido una influencia reciente en los últimos años, dentro del derecho penal, y explica muchos de sus (peores) desarrollos recientes. Tal dinámica es impulsada por medios sensacionalistas, que alimentan los apetitos «condenatorios y voyeuristas» de la población, activando y liberando sus sentimientos de indignación. La respuesta habitual del gobierno, frente a tales reclamos populares, es la de «anunciar el establecimiento de penas más severas o, en el caso de que las mismas ya sean lo suficientemente elevadas, hacer un llamado para políticas de control más estrictas, o mayores esfuerzos para aprehender a los ofensores» (Pettit, 2002: 435).

Tomando en consideración dicho escenario —que, para concentrarme en el argumento, aquí no pondré en cuestión— Pettit sugiere un remedio basado en la introducción de ciertos cambios institucionales específicos. El principal remedio en el que piensa es el de «quitar de las manos del Parlamento» la política sobre el establecimiento de penas, para colocarla bajo cuidado de una institución del tipo Banco Central. La idea es retirar dicha política de «las presiones inmediatas de la indignación popular» (Pettit, 2002: 442). El populismo, nos dice, debe ser rechazado: debe impedirse que «la voluntad popular, cualquiera sea

el modo en que ella sea determinada, gobierne el proceso de toma de decisiones del día a día» (Pettit, 2002: 449).

De mi parte, disiento con la propuesta institucional avanzada por Pettit, y pienso que ella representa un buen ejemplo de aquello que el republicanismo debería resistir. Desde mi punto de vista, aun si aceptáramos su presentación descriptiva, todavía careceríamos de razones, como republicanos, para defender propuestas como las que Pettit defiende. El problema impuesto por el populismo es grave, pero el mismo no debe enfrentarse socavando aún más la voluntad popular. Ante todo, los republicanos deberían rechazar sus propuestas porque ellas niegan, antes que honran, a la democracia deliberativa, al sugerir que el derecho penal debe ser removido de las manos de la ciudadanía, y al defender la adopción de nuevas instituciones contra-mayoritarias. Tal movida, según creo, representa una seria violación de los principios republicanos, ya que se trata de una movida que vuelve, en definitiva, al elitismo político. En segundo lugar, si —adecuadamente— reconocemos con Pettit los perniciosos efectos de la «dinámica de la indignación» empujada por la prensa sensacionalista, favorecida por una carencia generalizada de información, ayudada por la ausencia de foros adecuados de debates, luego, nuestra primera y más natural reacción debería ser, justamente, la opuesta a la sugerida por Pettit. Lo que tal degradado contexto parece sugerir es la urgente, obvia necesidad de promover discusiones públicas; crear nuevos foros de debate; diseñar nuevas fuentes de transmisión de información imparcial; limitar el peso del dinero en los medios de comunicación y en la política; etcétera. En este sentido, Pettit parece haber identificado correctamente las fuentes del problema — tanto como una de las peores soluciones a este, como la ofrecida por el populismo penal— pero nos ha venido a ofrecer una solución que parece ignorar aquellos mismos hallazgos y que, para peor, contradicen algunas de las principales aspiraciones del republicanismo y de la democracia deliberativa.

Crimen en la comunidad moral: reparación

En esta sección, voy a tomar en cuenta las preocupaciones republicanas referidas a la integración en la comunidad y el fortalecimiento de los vínculos sociales, para reflexionar sobre las formas que podría tomar el castigo en una sociedad republicana. La pregunta de la que parto es: ¿Qué deberían decir los republicanos frente a un crimen cometido dentro de un contexto de integración legal —es decir, en una situación en donde las precondiciones de la responsabilidad delictiva se encuentran razonablemente satisfechas? En mi opinión, un republicano debería sugerir la adopción de una respuesta inclusiva y orientada a la comunidad, que tome a cada persona como un agente moral (y no solo como un agente racional), y permita a la comunidad expresar

su reprobación hacia las acciones del ofensor —es decir, una respuesta que no es primariamente consecuencialista o retributiva, sino una inscrita en una concepción expresiva/comunicativa de la pena. A continuación, procuraré aclarar lo que quiero decir con esto. Esta tarea nos permitirá conocer, según espero, una modalidad particular de crítica frente al castigo (el castigo tal como hoy lo conocemos), tanto como una modalidad particular para pensar en formas alternativas a este.

Tal vez un buen punto de partida para apoyar y ayudar a fundar las diferencias entre la concepción republicana que propongo y visiones alternativas, se encuentre en el rechazo a algunos de los supuestos antropológicos y psicológicos que se esconden detrás de muchos de los acuerdos penales dominantes —un rechazo que será seguido, según veremos, por la propuesta de una concepción diferente. En particular, sugeriría que el sistema de derecho penal actual se ha tendido a articular a partir de una visión empobrecida de nuestra psicología moral, relacionada con el modelo insostenible del *homo economicus* —modelo que, de distintos modos, los republicanos han rechazado siempre. Aunque este no es el lugar para desarrollar esta discusión, quisiera al menos decir algo al respecto. El modelo del *homo economicus*, que parece extenderse (entre otras disciplinas) al derecho penal contemporáneo, ha sido promovido por teóricos de la acción racional, con el objeto de explicar el comportamiento humano como el producto de las interacciones estratégicas de actores instrumentalmente racionales. Suponiendo que las personas tienden a comportarse estratégica y autointeresadamente, los abogados de esta visión sugieren que el derecho criminal se organice en consecuencia. Solo para tomar un ejemplo simple, la idea sería la de usar la ley para incrementar los «costos» asociados con ciertas acciones, con el objeto de desalentarlas (por ejemplo, imponiendo fuertes castigos a los secuestros extorsivos, frente a un aumento en el índice de estos). El filósofo John Rawls parece compartir tal visión. Dice:

el castigo funciona como una clase del sistema de precios: modificando los precios que uno tiene que pagar por el rendimiento de las acciones, se proporciona un motivo para evitar que se realicen ciertas acciones y para que se realicen otras (Rawls, 1955).³

Supuestamente, actores racionales pensarían cuidadosamente sus acciones antes de hacer lo que es capaz de acarrearles altos costos.

3 Según Garland, «donde la criminología correccional tomó la conducta delictiva para ser un producto de influencias sociables y conflictos psicológicos, y miró al criminal como un sujeto profundo, no totalmente al mando de su comportamiento, el modelo racionalista mira los actos delictivos como resultado de conductas calculadas destinadas a la maximización de utilidades, resultado de un proceso franco de la elección individual. Este modelo representa el problema del crimen como un tema de oferta y demanda, con el castigo operando como un mecanismo de precios» (Garland, 2002: 130).

Mi impresión es que muchos de los defensores contemporáneos de la idea de ley y orden (quienes acostumbran a proponernos sistemas de tolerancia cero frente al delito) extraen sus propuestas de una teoría que tiene la imagen reducida e inadecuada del modelo homo economicus como su punto de partida. El hecho es que este modelo todavía resulta enormemente influyente sobre nuestros teóricos de la justicia criminal, a pesar de los serios problemas que caracterizan a la teoría y propuestas que nos presentan.⁴ El modelo propuesto falla, en efecto, porque supone que tendemos a actuar y razonar en las maneras que son —en los aspectos importantes— extrañas a una mayoría de nosotros.⁵ Además, esta opinión tiende a ignorar la importancia que damos, en nuestro diario razonamiento práctico, a las opiniones y actos de los otros —en lo que muchos autores han descrito como la lógica de reciprocidad (Kahan, 2003).⁶ Por supuesto, las consecuencias de partir de un modelo de elección-racional o —por el contrario— de una teoría de la reciprocidad, son enormes con respecto a las políticas públicas que podríamos sugerir respecto de cada área del derecho. Si partimos del primer modelo, tendemos a pensar que el amenazar a los individuos con castigos severos en caso que violen la ley representa la mejor solución para el problema del crimen. Por el contrario, si partiéramos de la teoría de la reciprocidad, veríamos a tales soluciones —entre otras cosas— como ineficientes respecto de sus propios fines, porque tales

- 4 Examinando parte de la literatura crítica existente alrededor de este tema, Elizabeth Anderson ha resumido muchas de estas objeciones. Dice: «no somos muy buenos juzgando las probabilidades; no pensamos en los riesgos en la manera en que los teóricos de decisión piensan que debemos. No ordenamos nuestras preferencias constantemente; [...] sistemáticamente quebrantamos todas las implicaciones lógicas de la teoría de decisión. Probablemente no haya en ninguna disciplina otra hipótesis sobre el comportamiento humano tan ampliamente desacreditada empíricamente que aún opere como presupuesto básico de trabajo» (Anderson, 2000: 173). Y este extraño éxito, como dice, no es debido a la falta de alternativas a la teoría racionalista de la elección. Hay muchas frente a ella, como la teoría de la racionalidad limitada, la teoría prospectiva, la teoría de la racionalidad social, etcétera.
- 5 Para Lacey «este énfasis de racionalidad ha producido una clase de visión *naïve* de la naturaleza humana, la que puntualmente ha tenido algunos efectos muy importantes y adversos sobre la idea liberal del castigo... la motivación humana, como uno podría esperar, es bastante más compleja que lo que la visión liberal indicaría. Este punto es de enorme importancia... impacta sobre la cuestión general del significado que le damos a la institución del castigo, que parece ser mucho mayor que la que resultaría justificable» (Lacey, 1988: 166).
- 6 Para Kahan «en el marco de acciones colectivas, los individuos no asumen una postura considerablemente calculadora, pero sí una más rica, una postura recíproca más emocionalmente matizada». Cuando perciben que otros están actuando cooperativamente, los individuos son llevados por el honor, el altruismo, y por la disposición a contribuir con los bienes públicos incluso sin el incentivo de lo material. Por contraste, cuando perciben que otros los están tomando ventajas indebidas de ellos, los individuos tienden a moverse por el resentimiento y el orgullo, restringiendo su cooperación y aun comprometiéndose con formas de venganza costosas a nivel personal a contener (Kahan, 2003: 71).

penas «expresan la desconfianza y la animosidad propia de las autoridades», lo cual —de manera previsible— llevará a que los sujetos de tales normas se comporten «de modo recíproco, desplegando menor voluntad de cooperar» y «menor voluntad de obedecer la ley» lo cual llevará a la necesidad de prever penas todavía más severas, lo que afecta a la cooperación aún más» (Kahan, 2003: 101).⁷

Ahora bien, aunque parece claro que una antropología y psicología diversas reclaman de respuestas diferentes frente a eventuales ofensas, es necesario pensar más detenidamente sobre las formas que ellas podrían adoptar. Un primer paso, en este sentido, podría consistir en algunas distinciones simples y significativas, recientemente impulsadas por algunos autores explícitamente identificados con la filosofía republicana, tales como Braithwaite y Pettit (1990). Ambos autores han venido insistiendo en la idea de que reprochar a alguien por algo no implica castigarlo (imponiendo sobre él o ella castigos severos), y que castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo/a de la sociedad, típicamente confinándolo/a a la cárcel. La distinción entre reprobación y castigo es importante, particularmente dentro de un mundo académico que tiende a usar ambos términos como sinónimos.⁸

¿Ahora bien, cuáles podrían ser los rasgos distintivos de este reproche? Desde un punto de vista republicano, creo, el punto principal debe ser un rechazo a la exclusión como respuesta al crimen (Braithwaite y Pettit, 1990; Duff, 2001). Decir esto es importante porque las respuestas dominantes para el problema del crimen son todavía de tipo excluyentes, que implican desvincular a los ofensores, radicalmente, del resto de la comunidad.

Por supuesto, existen numerosos problemas con estas respuestas excluyentes. Primero, podríamos criticar la naturaleza y la calidad de estas respuestas: ellas tienden a estigmatizar al ofensor; infligirle dolor innecesariamente; y separarlo de la solución del problema que él mismo creó —en este sentido, como dirían los abolicionistas, el Estado «expropia» el conflicto de sus protagonistas (Bianchi, 1994; Christie, 1977 y 1981; Mathissen, 1994). Además, una respuesta excluyente como el encarcelamiento tiende a producir el efecto contrario al deseado, principalmente porque «cuando tratamos a las personas como malvadas es

7 Numerosos estudios psicológicos muestran que «las recompensas extrínsecas o los castigos que son vistos como dominantes o controladores, tienden a debilitar las motivaciones intrínsecas de actuar en la dirección premiada por los incentivos» (Kahan, 2003: 155). De modo similar, se ha dicho que «la interiorización a largo plazo de valores como el altruismo y la resistencia a las tentaciones resultan inhibidas cuando los individuos ven a sus acciones como causa de una recompensa o castigo» (Braithwaite, 1999: 1739).

8 Otros autores coinciden con ellos, aunque finalmente justifican el castigo por razones preventivas (Von Hirsch, 1993. Véase también Walgrave, 2000).

más probable que se vuelvan malvadas» (Braithwaite, 1997: 321). De acuerdo con Braithwaite:

las prisiones son escuelas para el crimen; los ofensores aprenden las nuevas destrezas para desempeñarse en el ilegítimo mercado laboral en la prisión y se sumergen más profundamente en las subculturas delictivas. La prisión tiende a ser una experiencia deprimente que deja a los ofensores más enojados con el mundo que cuando entraron. La interrupción de una carrera en el mercado laboral legítimo y el estigma de ser un exconvicto pueden reducir las posibilidades del trabajo legítimo al término de la sentencia (Braithwaite, 1999: 1738).

Estos resultados negativos e ineficientes también son respaldados por firmes estudios psicológicos que demuestran (lo que en psicología se denomina) los efectos de reacción y rechazo que genera el uso de la fuerza en quienes sufren la privación de libertad (Braithwaite y Pettit, 2000: 154; Braithwaite, 1997).

La idea es que, aunque la fuerza puede producir más disuasión, «produce simultáneamente más reacción» (Braithwaite, 1997). De acuerdo con estas conclusiones, «esa reacción es más grande cuando la fuerza controladora es usada en contra de una libertad de tan alta importancia para el ciudadano» (Braithwaite, 1997).

Nadie puede sorprenderse al conocer que, frente a tales habituales respuestas, el republicanismo se incline por fórmulas basadas en la integración social. El énfasis en la integración resulta obvio para una postura preocupada por la igualdad, los vínculos sociales y las relaciones personales. Desde el punto de vista republicano, todos, pero particularmente aquellos que experimentan problemas de integración social, necesitan ser recuperados como miembros plenos de la sociedad. Contra este tipo de propuestas, otras —de cuño más liberal— tienden a descuidar el valor de la integración social, a la vez que insisten con su receta del retiro estatal; mientras otras más —de tono más claramente conservador— se obsesionan por lograr más respuestas excluyentes, y exclusiones más prolongadas y penosas. Para el republicanismo, en cambio, lo peor que podemos hacer con los delincuentes es separarlos de aquellos que los quieren y les dan afecto, y «conectarlos» (por ejemplo, a través del sistema carcelario) con personas que también han estado actuando de manera contraria a nuestras convicciones. Cuando (como en Argentina) la respuesta habitual frente al crimen es la excluyente, luego ¿cómo sorprenderse al descubrir altos niveles de reincidencia entre criminales? ¿Qué otra cosa podría esperarse? Finalmente, dirían los republicanos, estas respuestas excluyentes son las que alimentan día a día al delito: actuando de ese modo, el Estado no muestra buena fe sino furia, al tiempo que genera rencor entre aquellos a quienes necesita recuperar de su lado.

Todo esto es para indicar que hay buenas razones para vincular el reproche social con respuestas inclusivas en lugar de excluyentes. Las respuestas de reprobación de tipo incluyente pueden adquirir formas

diferentes. Una propuesta importante al respecto es la que en los últimos años se ha venido asociando con la llamada justicia restaurativa.⁹ De acuerdo con una definición conocida, una respuesta de este tipo implica «un proceso en donde las partes con interés específico en un delito resuelven conjuntamente cómo lidiar con el período subsiguiente al delito y sus implicaciones para el futuro» (Marshall, 1999: 5). Este proceso aspira a «restituir la armonía sobre la base de un sentimiento de que se ha hecho justicia» (Braithwaite, 1998: 329), a través de un proceso sustentado en un diálogo que tiene al ofensor y a la víctima como protagonistas principales.

Este tipo de desarrollos parecen ser interesantes desde una visión republicana, particularmente si tenemos en cuenta las siguientes características que caracterizarían (o deberían hacerlo) a todos los procesos reparadores.¹⁰

1. Conjuntamente con los abolicionistas penales, los defensores de la justicia reparadora repudian «la absorción estatal de la justicia criminal» (Braithwaite, 1998: 336).
2. El proceso reparador, que incluye elementos de «empoderamiento, diálogo, negociación y acuerdo», es aquel en donde las voces de los grupos de presión y no aquellas de los «profesionales» son las dominantes (Ashworth, 2002: 578). Estos aspectos «dialógicos» de la respuesta reparadora son evidentemente coincidentes con los que las respuestas republicanas pretenden enfatizar.
3. El diálogo alentado por los defensores de la justicia reparadora no incluye solamente a la víctima y al ofensor (siempre que esto sea posible), sino también a sus amigos y parientes, porque se asume

9 Para Pettit, la respuesta del Estado frente a un crimen debe ser vista como un «intento por rectificar el crimen, no como un ejercicio de reprimenda o un modo de maximizar utilidad» (Pettit, 1997: 72). Para Pettit, esta respuesta aparece como «... particularmente atractiva desde una perspectiva republicana» (Pettit, 1997: 73), en la medida en que sintoniza con una noción fuerte y republicana de libertad, la idea de libertad como la no-dominación. La dominación estaría presente en las situaciones donde un agente puede inmiscuirse en la vida o asuntos de otros, de un modo arbitrario (Pettit, 1997). Luego —concluye Pettit— para estar en concordancia con una filosofía republicana «el estado penal» debe «hacer todo lo posible para evitar dominar a aquellos a quienes castiga y, por extensión, evitar dominar a aquellos que reconocen esa condena por un delito, siendo siempre correcta o no, una posibilidad» (Pettit, 1997). Al final, el Estado que respondió a un delito tratando de rectificar el mal perpetrado podría argumentar apropiadamente que está actuando de acuerdo a intereses que el ofensor comparte, y también sostener que no está ejercitando ninguna clase de dominación sobre el ofensor (véase Pettit, 1997b). Así descrita, la respuesta de Pettit representa una manera interesante de dar cuenta, desde el republicanismo, al problema del crimen.

10 En contraste, sugeriría que los republicanos deberían rechazar los procesos reparadores si estos no tuvieran en cuenta cuál es el valor del statu quo a ser restituido. Como sostuvo Braithwaite «el balance reparador es aceptable como justicia reparadora ideal solo si el balance entre ofensor y víctima que prevalecía antes del delito era un balance moralmente decente» (Braithwaite, 1998: 329).

que ambas partes necesitan recibir el apoyo de sus seres queridos durante el proceso. Este tipo de iniciativas tornan más visibles las diferencias que existen entre este tipo de respuestas y las respuestas más individualistas frente al crimen.

4. El proceso reparador tiende a incluir «iniciativas destinadas a promover la organización comunitaria en escuelas, vecindarios, comunidades étnicas e iglesias» (Braithwaite, 1998: 331).¹¹

El objetivo final, para defensores de la justicia reparadora por lo menos, es el de conseguir —al menos en muchos casos en donde ello parece posible— la reconciliación entre las partes involucradas en un delito, y la reparación del daño provocado por el ofensor. Al respecto, y antes de dejar de lado este tipo de respuestas como demasiado utópicas, tiene sentido recordar algunos datos. Primero, el hecho de que:

la justicia reparadora ha tenido avances en algunas de las sociedades más punitivas del mundo, incluida Sudáfrica (en donde cientos de jóvenes ofensores eran anualmente sentenciados al azotamiento hasta la llegada de Mandela), Singapur... y los Estados Unidos (Braithwaite, 1997: 330).

Para autores como Braithwaite, en la actualidad, el porcentaje de participantes (víctimas, ofensores, comunidad, policía) que se muestran satisfechos con «los procesos reparadores es extremadamente alto, típicamente 90%-95%, y en algunos estudios aún mayor»; además de que «la percepción de imparcialidad en las audiencias por parte de los participantes alcanza niveles similarmente altos»; que la mayoría de las víctimas luego de las audiencias preliminares experimentan alivio y se sienten más seguras que antes; o que «para todos los tipos de participantes las percepciones de imparcialidad y satisfacción generalizada son más altas en las audiencias preliminares que en los juzgados o tribunales» (Braithwaite, 1999: 1744).¹²

En mi opinión, el modelo reparador representa una respuesta de interés que los republicanos pueden sugerir ante el delito. Sin embargo, no pienso que sea la única respuesta aceptable que los republicanos pueden ofrecer, o que sea la mejor o más justificada respuesta de entre las que tienen a mano. Indudablemente, hay un espacio importante para el acuerdo entre los republicanos y los defensores de la justicia reparadora, pero, como de costumbre, el acuerdo final entre estas dos visiones dependerá de los detalles —dependerá de cómo es organizado el proceso reparador en la práctica, o de si se puede organizar efectivamente un proceso de justicia restaurativa frente a cierta clase de delitos.

11 Para Duff, estas y otras alternativas no representan «alternativas al castigo», como N. Christie lo puntualizara una vez, sino formas alternativas de castigo «que sirven mejor a los objetivos reparadores que el castigo debe tener» (Duff, 2001: 34).

12 Al mismo tiempo, es importante reconocer que «en una mayoría de casos, al comienzo, la oposición principal frente a la justicia reparadora provenía del movimiento de mujeres, por lo menos en lo relativo a los casos de violencia de género» aunque «esta situación también está cambiando» (Braithwaite, 1999: 1745).

Junto a este tipo de procedimientos restaurativos o de mediación hay otras formas alternativas de reprochar un crimen que un republicano podría proponer. Estas alternativas pueden incluir formas más conocidas y transitadas, como las multas, la *probation* y el servicio comunitario (véase, por ejemplo, Duff, 2001: 99-105). Por una parte, todos estos métodos representan respuestas atractivas frente a un sistema de justicia criminal que ha optado por castigar a las personas afectando su vida y libertad, en vez de sus bienes (véase Braithwaite y Pettit, 1990). Con respecto a este último punto, en particular, las multas aparecen como alternativas interesantes.¹³ Sin embargo, la libertad condicional y el servicio comunitario resultan respuestas todavía mejores para aquellos que se preocupan por los procesos de la integración social.¹⁴

Con sus pros y contras, todas estas propuestas representan —para republicanos, y al menos en principio— respuestas más razonables y aceptables frente al problema del crimen. En todo caso, la revisión de estas alternativas no debería confundirnos sobre lo que le interesa al republicanismo. Lo que el republicanismo viene a sugerirnos es, ante todo, que reconozcamos que los problemas sociales (expresados a través del conflicto social) requieren de soluciones sociales e integrativas, y no de soluciones basadas en el uso del derecho penal. Advertido esto, y solo para los casos más extremos y excepcionales, el republicanismo puede sugerir la adopción de medidas reprobativas, integrativas y orientadas a la comunidad, antes que otras de tipo excluyente, individualista, y basadas en el uso de la fuerza.

Crimen en la comunidad moral: deliberación

Importa reconocer, por lo demás, de qué modo la mirada republicana que aquí se sugiere se distingue de otras que podemos asociar con concepciones fundamentalmente retributivas o consecuencialistas. Aquí, el objetivo no es ni el de incapacitar ni el de atemorizar al ofensor. Aquí no se pretende apelar al cálculo o al miedo del agente:

13 De acuerdo con Duff, «dado el papel que tiene el dinero en nuestras vidas, las multas aparecen como penas particularmente apropiadas como castigo expresivo, en el caso de crímenes motivados por la codicia egoísta; y como una penitencia a la cual un ofensor puede rendirse voluntariamente» (Duff, 1986: 282).

14 Por *probation* normalmente se entiende la suspensión de una sentencia de cárcel y el regreso del ofensor a la comunidad, bajo ciertas condiciones (ejemplo, una obligación de regresar al hogar, diariamente, antes de cierta hora; una obligación de vivir en un cierto lugar) que van a ser supervisadas por un oficial probatorio —véase también Duff, 2001: 99-100. (Esto no es lo mismo que defender una «prevención especial positiva», en otras palabras un programa de resocialización. La idea es, en cambio, favorecer un proceso de educación en ciudadanía y socialización). Mientras tanto, el servicio comunitario usualmente se refiere a una orden judicial dada al victimario, de acuerdo con la cual tiene que realizar tareas no remuneradas en beneficio de la comunidad local.

lo que se quiere es dirigirse a él —comprometiéndolo en un proceso comunicativo— tomándolo como un sujeto autónomo, capaz de dar y recibir razones, y capaz de ser persuadido (de Grieff 2002). Para esta visión, tratar a alguien correctamente es dirigirse a él o ella como un agente moral y no, simplemente, como un actor racional que debería ser manipulado o motivado en determinado sentido, a través de un sistema de premios y castigos.

Es en este sentido que esta visión puede ser considerada (como se la llama ahora) como un enfoque comunicativo sobre la justicia penal (Feinberg, 1965; Duff, 2001). Lo que estos abordajes pretenden es entablar un diálogo moral con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.¹⁵ En palabras de Duff, el sistema penal no debería buscar que las personas:

obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos... Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto porque a ella le parece correcto; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través de los cuales podría ser alcanzado —solo a través de un proceso de una persuasión moral racional (Duff, 2001: 80-81).

De este modo —no solo en cuanto a los modos de su creación, sino también en lo que hace a los contornos que podrían distinguir a la respuesta frente a posibles ofensas— el derecho penal volvería a conectarse explícitamente con una cierta concepción —deliberativa— de la democracia, un encuentro más que prometedor y muy poco explorado, que merece ser objeto de una mayor reflexión futura (De Grieff, 2002).¹⁶

15 Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostiene Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff y Garland, 1994: 15).

16 En este artículo, he defendido un arreglo procesal conectado con la idea de la democracia deliberativa, como el mejor proceso de toma de decisiones en una sociedad plural. Al mismo tiempo, sin embargo, me referí también a muchos de los rasgos que podrían caracterizar nuestras respuestas colectivas hacia el crimen (por ejemplo, que la respuesta debería ser inclusiva, orientada a la comunidad). Pero, ¿qué sucedería si hubiese una colisión entre las dos propuestas? En otras palabras, ¿qué sucedería si el proceso deliberativo llegara a resultados que fueran en contra de mis sugerencias (por ejemplo, sobre la importancia de respuestas inclusivas)? Lo primero que tengo para decir es que la noción de democracia deliberativa aquí defendida representa un ideal regulativo que nos ayuda a evaluar y criticar los actuales arreglos institucionales. Por tanto, no espero contradicciones sino más bien obvias diferencias entre el ideal y los procesos legales actuales. Por supuesto, si nuestro sistema institucional estuviese razonablemente cerca del ideal deliberativo (lo que actualmente me es muy difícil de imaginar), tendríamos fuertes razones para respetar totalmente sus resultados. Esto es así por el valor (epistémico, como Nino lo llamaría) del sistema deliberativo, y también porque, en principio, no disponemos de mejores alternativas institucionales para resolver nuestros desacuerdos más profundos (Waldron, 1999). Sin embargo, esta actitud de respeto hacia los resultados de ciertos procedimientos democráticos específicos (que no equivale a respetar cualquier decisión tomada por una mayoría ocasional en cualquier condición) no nos exige perder nuestras capa-

Este modo de pensar el castigo parece claramente compatible con la visión de la democracia deliberativa defendida en páginas anteriores. Por ello mismo, resulta sorprendente el hecho de que autores como Carlos Nino no hayan revisitado su teoría penal originaria para modificarla correspondientemente, luego de los desarrollos que hiciera en materia de democracia deliberativa. En efecto, tanto al comienzo como al final de su carrera académica, cuando ya había expuesto su concepción «epistémica» de la democracia, Nino examinó al problema del crimen exclusivamente con el instrumental teórico propio de su teoría moral —una teoría que tenía en su centro un fuerte principio de autonomía individual. Como sostuvo Pablo de Grieff:

la postura de Nino sobre el castigo [...] quiere fundar una teoría sobre el castigo solo a través de premisas morales, sin dejar un papel claro para su visión sobre la legitimidad democrática [...] El consenso que es crucial en su posición no es el consenso que resulta importante para los teóricos de la democracia deliberativa, sino un consenso más amplio, o una licencia, que los individuos dan a partir de las implicaciones que se siguen de sus actos bajo un sistema de reglas (De Grieff, 2002: 383).

La omisión de Nino es notable dado que una teoría de la democracia como la que defendió durante décadas —una muy similar a la defendida por Jürgen Habermas— muestra contar con mucha potencia para lidiar con la cuestión del castigo.

Puede tener sentido recordar que, para Nino, la participación colectiva en la discusión pública de todos los potencialmente afectados representaba la mejor garantía de que, para el caso en que las reglas de la discusión fueran respetadas, el consenso obtenido se acercaría al consenso ideal que podría obtenerse a partir de la discusión de agentes plenamente racionales e informados (Nino, 1991: 247). Para él, la democracia ganaba en «valor epistémico» en la medida en que se organizaba de ese modo: a partir de una discusión colectiva equitativa, inclusiva, que aparecía así como un «método apropiado para alcanzar el conocimiento moral». Dicha discusión debía incorporar como «elementos esenciales tanto la discusión como el acuerdo mayoritario, lo que nos (permite) acercarnos a la verdad moral» (Nino, 1991: 251). La teoría de Nino tomaba como punto de partida el presupuesto milleano conforme al cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses (dado que cada uno tiene un privilegio epistémico en lo que hace a su propio bien). A partir de aquí, Nino consideraba que una discusión colectiva equitativa permitía a los participantes acceder a información

ciudades críticas. Por el contrario, la concepción normativa que fue defendida en las páginas previas nos ayudan a definir un ideal en relación con lo que debería ser la democracia (un ideal que siempre será crítico hacia las prácticas actuales), y a la vez incluye otros valores independientes —valores que a mí me parecerían convincentes— que pueden ayudarnos a tomar posturas en las discusiones deliberativas en las que participemos.

que, de otro modo, corrían el riesgo de perder a partir de su razonamiento individual; recibir y dar críticas; y advertir las reacciones generadas en los demás a partir de las propuestas de uno. En resumen, la deliberación permitía que cada persona corrigiera sus propuestas iniciales, transformando —más que simplemente implementando— sus propias preferencias.

Las implicaciones de la concepción epistémica de la democracia para una teoría del castigo no son obvias, pero existen muchas conexiones que uno puede establecer entre ambas. De Grieff, por ejemplo, enfatiza que «la idea de persuasión, que es crítica para la visión institucional de la política provista por la democracia deliberativa [...] debe figurar también [...] en la adopción de una teoría del castigo». Para él, esta idea provee de ciertos límites «tanto frente a los enfoques puramente retributivistas como consecuencialistas sobre el castigo» (De Grieff, 2002: 387). De modo más específico, uno podría decir, con él, que muchas de las prácticas hoy dominantes sobre el castigo, «tales como el encarcelamiento que brutaliza ya sea a partir del abuso físico como a partir de la aplicación de detenciones prolongadas» son difícilmente compatibles con el compromiso de la democracia deliberativa con la persuasión racional (De Grieff, 2002: 394).

En resumen, la visión que aquí defiendo, que se encuentra informada por una filosofía política republicana y una visión deliberativa de la democracia, considera que existe siempre un problema cuando la ley es creada solo por unos pocos, y predice que las leyes que no son producto de un diálogo colectivo equitativo van a tender a maltratar a parte de la comunidad, y a distinguirse por su contenido indebidamente parcial. Por idénticas razones, esta postura considera que el castigo no se justifica cuando este aparece como un intento coercitivo para «apaciar a los golpes» a la voluntad del criminal (Duff, 1986: 272).

El derecho penal, en definitiva, pierde respetabilidad si los individuos carecen de buenas razones para creer que este refleja de modo apropiado sus intereses y puntos de vista —si este aparece, como en tantas democracias contemporáneas, como un derecho penal no-neutral, esto es, como el mero producto de la voluntad del grupo dominante, y no como la visión deliberada de la comunidad.

Una conclusión provisoria

Las críticas al castigo en general, y a las penas privativas de la libertad en particular, no constituyen ninguna novedad dentro de la literatura penal contemporánea. Por ello, espero que este tránsito por algunos temas cruciales para el pensamiento republicano contribuyan a adentrarnos en modos diferentes —en mi opinión mucho más atractivos y promisorios— de reflexionar sobre cuestiones básicas sobre la filosofía del castigo y la crítica a las visiones hoy predominantes en la

materia. Creo que son varios los temas que quedan sugeridos, como merecedores de un más detenido análisis futuro: la crítica democrática tanto sobre el elitismo tecnocrático como sobre el populismo penal; la distinción entre reproche y castigo; la reconsideración sobre los presupuestos de homo economicus que subyacen detrás de los enfoques penales hoy dominantes; el énfasis en las respuestas inclusivas y expresivas como modo de honrar compromisos republicanos elementales; las promesas de la alternativa restaurativa; o la propuesta de una mirada comunicativa sobre el castigo, arraigada en una concepción deliberativa de la democracia. La reflexión sobre estos temas, según entiendo, se ha tornado cada vez más urgente. Finalmente, la crítica fundada frente a los enfoques penales dominantes puede ayudarnos decisivamente en la tarea de poner fin a muchas de las injusticias que ellos alientan, consagran y refuerzan cotidianamente.

Bibliografía

- Anderson, E. (2000) «Beyond Homo Economicus: New Developments in Theories of Social Norms», *Philosophy and Public Affairs* 29, n.º 2.
- Ashworth, A. (2002) «Responsibilities, Rights and Restorative Justice», *Brit. J. Criminol* 42, 578-595.
- Bentham, J. (1995) *The Panopticon Writings*, Londres, Verso Press.
- Bianchi, H. (1994) «Abolition: Assensus and Sanctuary», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (1997) «On Speaking Softly and Carrying Big Sticks», 47 *Toronto L. J.*
- (1998) «Restorative Justice», en M. Tonry (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford, Oxford U.P., 323-344.
- (1999) «A Future Where Punishment is Marginalized», 46 *UCLA L. Rev.* 1727.
- Braithwaite, J. y Pettit, P. (2000) «Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection», en H. Strang y J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington, Ashgate.
- (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Christie, N. (1977) «Conflicts as Property», *The British Journal of Sociology*, vol. 17, n.º 1, 1-15.
- (1981) *Limits to Pain*, Oxford, Martin Robertson and Co. Ltd.
- De Greiff, P. (2002) «Deliberative Democracy and Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 2, 373-403.
- Duff, A. (1986) *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2001) *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press.
- Garland, D. (2002) *The Culture of Control*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Gargarella, R. (1995) *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós.
- (2005) *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Siglo XXI.
- Habermas, J. (1996) *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press.
- Kahan, D. (2003) «The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law», 1102 *Mich. L. Rev.* 71.
- Marhsall, T. (1999) *Restorative Justice: An Overview*, Londres, Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- Mathiesen, T. (1994) «General Prevention as Communication», en A. Duff y D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press.
- Nino, C. (1991) *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- (1996) *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn., Yale U.P.
- Pettit, P. (1997) «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas* 9, n.º 1.

- Pettit, P. (1997b) *Republicanism*, Oxford, Oxford University Press.
- Pratt, J. (2007) *Penal Populism*, Londres, Routledge.
- Rawls, J. (1955) «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review* 64 (1): 3-32.
- Roberts, J. *et al.* (2002) *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford, Oxford University Press.
- Von Hirsch, A. (1993) *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon.
- Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- Walgrave, L. (2000) «Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice», en H. Strang y J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington, Ashgate.

Parte V

Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España¹

Iñaki Rivera Beiras

Unas notas preliminares (y personales) de contexto

Examinar el sistema penitenciario español de las últimas décadas con el fin de poder indicar sus transformaciones y escenario(s) contemporáneo(s) en el campo estrictamente tratamental es lo que haré de modo necesariamente panorámico en este ensayo.²

Esa historia, en mi caso personal, comencé a recorrerla hace exactamente 30 años justo en el momento en que se producía un acontecimiento singular: la asunción de competencias de ejecución penitenciaria por parte de Cataluña (en enero de 1984). Asimismo, eran tiempos entonces de creación de los primeros juzgados de Vigilancia Penitenciaria y en la ciudad de Barcelona solo había uno (con muy escaso personal) y con un fiscal adscrito. Esos órganos era quienes se ocupaban de las cartas y peticiones que les llegaban de los presos. Antonio Doñate y Carlos Jiménez Villarejo estaban al frente del Juzgado y Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria, respectivamente. Con ellos, como joven abogado que en 1985 empecé a dedicarme a la defensa de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, no solo aprendí muchísimo desde un punto de vista técnico legal (ya que la ejecución penal y el derecho penitenciario prácticamente ni se conocían entonces en Cataluña, ni se enseñaba en las universidades, ni los abogados se dedicaban a seguir atendiendo a los presos que habían antes defendido tras la firmeza de una sentencia condenatoria con la consecuente soledad jurídica en la que quedaban durante la ejecución

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «¿Resocialización o incapacitación? Sostenibilidad del sistema penitenciario español ante las nuevas realidades delictivas y demandas de seguridad».

2 Agradezco especialmente a Paola Oviedo por los materiales aportados al presente ensayo, así como por sus precisiones específicas.

penal), sino también me transmitieron la importancia de seguir velando por tales derechos durante la ejecución de la pena. Quiero decir que ya entonces me preocupó fuertemente el estatuto jurídico de los presos condenados. Durante algo más de una década me dediqué profesionalmente a ello como abogado en la fase de la ejecución penal. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria era el único al que no concurrían abogados, solo familias, casi siempre mujeres, madres y compañeras de presos (entonces fundamentalmente pobres, gitanos y en general muy castigados por la heroína). En aquel año de inicio profesional llegué a comparecer ante la entonces recién creada *Direcció General de Serveis Penitenciaris* en defensa de algún recluso que reclamaba contra una regresión de grado (algo habitual en el presente), y tal fue la novedad de dicha comparecencia que fui formalmente advertido que no debía hacerlo y se me podría llegar a sancionar (vía Comisión Deontológica del Colegio de Abogados de Barcelona) si persistía en mi actitud. Los antes mencionados magistrado y fiscal me ayudaron a solventar aquella situación que no llegó a mayores, sino que puso de manifiesto sencillamente que nadie lo había hecho antes y que en realidad no estaba «pretendiendo inmiscuirme en los procedimientos de la Administración penitenciaria» (como se me advirtió por escrito), sino que estaba ejerciendo un legítimo derecho de defensa que hasta el momento no se había ejercido en esos términos. La anécdota no muestra más que la novedad de una situación aún inmadura, la tradicional autonomía con que la Administración se había desenvuelto y la impericia y los temores de un joven que tenía todo por aprender entonces.

En algunas conversaciones mantenidas con Antonio Doñate y Carlos Jiménez Villarejo, así como con los presos que visitaba periódicamente,³ en los escritos que iba presentando al juzgado (recurriendo denegaciones de permisos de salida o mantenimientos en grados de clasificación penitenciaria fundamentalmente) y en los dictámenes y resoluciones que el magistrado y fiscal firmaban, casi siempre resaltaba el hecho de la «vaguedad» o imprecisión de los conceptos empleados por las autoridades carcelarias para fundamentar las denegaciones que impugnaba. Se empleaban expresiones tales como «no hará buen uso del permiso», o «prisionización», o «pertenencia a ambientes marginales» y similares. Frente a ello, nuestra queja residía en el hecho de que semejantes expresiones no se fundamentaban suficientemente, o mostraban un excesivo «subjetivismo» en lugar de proceder a objetivar si el preso cumplía o no los mínimos legales para la obtención del beneficio penitenciario, o que ello parecía permitir la entrada de una dirección psicológica que iría en detrimento de unos derechos subjetivos que pretendíamos reevaluar.

3 Casi todos en la cárcel Modelo de Barcelona, pues aún no se había dado inicio a toda la gran construcción penitenciaria posterior.

Mucho tiempo ha pasado desde entonces. Muchas cosas han cambiado pero muchas también permanecen. La problemática de los derechos fundamentales de los presos ha centrado mi vida profesional como abogado primero y como investigador y profesor universitario después y hasta ahora. Durante el período de formación doctoral, pude recorrer varias capitales europeas, y conocer experiencias diversas sobre dicha temática, italianas, alemanas, británicas, belgas y holandesas y comprobar que los problemas antes señalados se repetían, con algunos matices. Sobre ese objeto de estudio centré mi tesis doctoral «discutiendo» la interrelación que en el ámbito de la ejecución penal se produce entre las definiciones jurídicas —de auténticos derechos subjetivos de los internos— con las categorías psicológicas que entendía, los devaluaban —como simples beneficios penitenciarios—. En realidad, como puede observarse, tras ese debate subyace otro de mayor calado: la tensión entre un «derecho penal de acto» y un «derecho penal de autor», cuando ambos se refieren a la etapa procesal de la ejecución penal. La naturaleza jurídica de esta última siempre estuvo en cuestión como resultado de lo que se está señalando.

En la posterior vida académica y a través de diversos proyectos de investigación, nacionales y europeos, he podido ir comprobando cómo se ha acentuado la dialéctica comentada cuando, en las administraciones penitenciarias española y catalana, han ido penetrando orientaciones «actuariales» en el ámbito carcelario. De ello tratará el presente artículo. Convendrá, antes, desde un plano epistemológico situar qué se entiende por la dirección «actuarial», sus contornos culturales y principales rasgos.

La Criminología y la Penología actuarial

Aunque, como se verá más adelante, el paradigma actuarial es más antiguo si se le rastrea con cuidado, ha sido a partir fundamentalmente de Beck cuando se acuña la expresión «sociedad del riesgo» (1998). La distribución de los riesgos de las sociedades de la Modernidad tardía, afirma el citado autor, hace necesario desarrollar técnicas para su averiguación, medición e incluso predicción, para poder «manejar» los riesgos eficazmente. También la Política criminal, la Criminología y la Penología se han visto afectadas por este paradigma. Veamos para empezar algunas notas de su influencia en el campo criminológico. Como ha indicado Nicolás (2005), de entre las primeras teorizaciones sobre actuarialismo cabe destacar las de Malcom Feeley y Jonathan Simon efectuados a principios de los noventa quienes bautizaron estas novedosas tendencias de la política criminal con el término *new penology*. La «nueva Penología» surgiría en los Estados Unidos hacia el final de los años setenta y se extendería posteriormente por todo el mundo occidental. Su lógica actuarial modificaba los presupuestos básicos del

sistema penal sobre los que se había desarrollado la Penología durante el siglo XX (Feeley y Simon 1995: 99). La nueva Penología es descrita de la siguiente forma por los citados autores:

La justicia actuarial es nebulosa, pero significativa. La justicia actuarial envuelve el cómo concebimos y hablamos sobre política criminal, pero no es una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos. En verdad, es poderosa y significativa precisamente porque carece de una ideología bien articulada y de una identificación con una tecnología específica. Su amorfía contribuye a su poder (cit. en Zysman, 2004).

En la historia de las compañías de seguros, el «actuuario» era el encargado de realizar un catálogo de los riesgos que podrían darse ante determinadas circunstancias (desde el siglo XIX en adelante podía tratarse de asegurar los riesgos de la navegación, de crear un negocio, más tarde de conducir un automóvil, etcétera). La historia de la *assicurazioni* pone de relieve que hicieron el «milagro» de transformar un peligro abstracto en dinero, vía contratación y pago de un póliza que «aseguraba» responsabilidades frente a eventuales riesgos que podían producirse (o no). Más tarde, el actuuario vio ampliado enormemente su espectro de actuación comercial.

Continúa Nicolás señalando que a la nueva Penología le corresponden nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial, esto es, de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarán una forma de visualizar a la sociedad, en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo. El discurso es similar al de la responsabilidad extracontractual; sin principio de culpabilidad y a partir del principio de utilidad social (Nicolás, 2005: 37-39). En el ámbito político criminal y criminológico, el objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación a partir de su potencial desestabilizador. El objetivo es perfilar medidas que neutralicen el riesgo (Lea, 2004) confiando en la capacidad predictiva de los métodos estadísticos (Logan, 2000: 595). En estos procesos de identificación, clasificación y manejo, la informática y las nuevas tecnologías constituyen un indispensable instrumento para el almacenaje y procesamiento de datos (perfiles, antecedentes delictivos, educación, lugares de residencia, etcétera) y para una más eficaz vigilancia y control. En sus aplicaciones penológicas, por ejemplo, caben citar los casos de Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, adonde en las últimas dos décadas se utilizan métodos actuariales para gestionar la reincidencia de los delincuentes sexuales que ya han cumplido condena (Hood, 2002; Logan, 2000). El riesgo que

pretenden gestionar, tomando a los delincuentes sexuales como grupo (Logan, 2000: 605), es aquel consistente en las elevadas tasas de reincidencia que parecen constatarse en este colectivo.

Ha sido Brandariz quien, entre otros, en su reciente obra *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea* (2014), ha realizado un vasto examen del actuarialismo. Brandariz comienza por señalar que, aunque anterior, ha sido desde la *Gran Recesión* cuando de modo decidido se ha consolidado un modelo gerencial y de gestión del riesgo en la penalidad posmoderna (Brandariz, 2014: 15). Para el citado autor, uno de los rasgos de la transformación contemporánea de la política criminal reside justamente en «la progresiva organización del centro penal en función de la gestión de riesgos» (Brandariz, 2014: 46) aplicada a grupos humanos con específicos «niveles de peligrosidad» (Brandariz, 2014: 46). Y añade:

por lo demás, la orientación de las políticas de prevención y control en función de grupos se deriva de la progresiva afirmación de la gestión de riesgos como principal labor del sistema penal en el contexto neoliberal de las últimas décadas.

De ello subyace, continúa, una racionalidad económica preocupada por los niveles de delincuencia admisibles y por los costes del combate al delito (Brandariz, 2014: 47). Una política semejante ha abierto también el paso a la entrada del sector privado en la gestión penal y a la cada vez mayor colaboración entre gobiernos, universidades y compañías aseguradoras y de *Consulting* que se asocian para la elaboración de nuevos instrumentos actuariales de medición de riesgos. Asimismo, agrega el citado autor, en la construcción de estos peligros y riesgos siempre han jugado un papel determinante los medios de comunicación para la difusión de alarmas sociales (Brandariz, 2014: 92).

Ahora bien, Brandariz resalta el hecho (y esto será retomado más adelante), de que en realidad la afirmación de la gestión del riesgo no ha supuesto una superación completa del paradigma reintegrador otrora hegemónico, sino una cierta convivencia entre ambos planteamientos (Brandariz, 2014: 108). Sin duda, como él afirma, la retórica rehabilitadora se ha mostrado más firme de lo que cabría haber supuesto por su innegable capacidad de producir una narrativa de utilidad para el sistema penal, atractiva para el público y para los gestores políticos. A partir de allí Brandariz, con cita de Harcourt (2007) indica que se trata de una:

tendencia caracterizada por el uso de métodos estadísticos en vez de clínicos consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una solución político-criminal.

Añade Brandariz que ese recurso a la metodología estadística para la realización de evaluaciones y predicciones de riesgo «expresa un an-

helo de certidumbre propio de un cierto neopositivismo penal» (Brandariz, 2014: 111). Es importante destacar que Brandariz argumenta acerca de la falsedad de una pretendida noción neutra o avalorativa de la elección de los riesgos y de su manejo.

El riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos, en los que operan de manera relevante consideraciones de género, etnia y clase. En este punto es imprescindible tomar decisiones normativas, relativas a qué debe ser valorado como riesgo, qué riesgos deben ser priorizados, qué ha de ser considerado como un nivel de riesgo admisible, qué se entiende por seguridad, o quién produce riesgos y quién ha de ser protegido frente a ellos. Por ello, el diseño del control penal en clave de administración de riesgos responde a elecciones y racionalidades netamente políticas (Brandariz, 2014: 113-114).⁴

La irrupción de esta racionalidad punitiva suele ser identificada a partir de las tendencias norteamericanas propias de la llamada *neutralización selectiva* que hacia finales de la década de los setenta y primeros años de la siguiente pretendió indagar qué grupos de infractores, por presentar elevados niveles de riesgo delictivo, han de recibir una mayor penalidad que otros. Citando los trabajos seminales de Greenwood (de 1982), Brandariz recuerda cómo se articularon los «perfiles de riesgo» en aras a diseñar mayores cuotas de rigor penal.⁵ Y concluye advirtiendo que la determinación de la sanción neutralizadora en atención a este tipo de perfiles vulnera el principio de proporcionalidad con la gravedad del delito y de responsabilidad por el hecho (recordar lo antes señalado sobre la dialéctica *derecho penal del hecho-derecho penal de autor*). «En efecto, el infractor es sancionado por una presunción de riesgo proyectada hacia el futuro, es decir, por algo que todavía no ha cometido» (Brandariz, 2014: 193). Claro, como ya se dijo, desde la histórica lógica de las *assicurazioni* los efectos derivados de los riesgos podían verificarse, o no.

Como se ve, muchas pretensiones están detrás del actuarialismo y se combinan diversas racionalidades que, todas, pretenden ser abordadas bajo su óptica. De una parte, el manejo de poblaciones, de otra, manejar el flujo de la población encarcelada, pero todo ello unido por el anhelo clasificatorio y el empleo de la estadística. No menos importante son sus funciones simbólicas en aras a producir un relato de utilidad

4 En realidad, como bien indica el citado autor, esta elección se inscribe en la más amplia propia de las tesis del *New Public Management*, racionalidad neoliberal propia de la reorganización administrativa en la preocupación economicista por los costes de las políticas públicas y la contención del gasto (Brandariz, 2014: 116).

5 Como recuerda al efecto Zysman, Greenwood afirmaba que si en ese momento se llevaba al doble la extensión de las sentencias a prisión de todos los condenados de alto riesgo que se encontraban encarcelados en la prisión de California, y se reducía a la mitad el tiempo de detención a los de riesgo atenuado, el índice delictivo podría disminuir en un 15 % y la población en las prisiones en un 5% (2013: 60)

social que guíe el gobierno de la penalidad. No obstante, como se verá más adelante, no todo es en realidad tan novedoso si no que hunde sus raíces en concepciones y en herramientas más antiguas, también propias de la cultura penal norteamericana y británica. En tanto, parece oportuno regresar a España y ver qué anclaje pueda tener una racionalidad, en principio, muy dispar a la tradición constitucional que pasará a ser abordada para ver, más adelante, el devenir del sistema penitenciario nacional.

España. La reforma constitucional. Principios para un sistema penal de un Estado social y democrático de derecho

Como es sabido, la Constitución española (CE) fue promulgada en 1978, adoptando España la forma-Estado *social y democrática de derecho*: el «constitucionalismo social», aunque de modo tardío respecto de otros ámbitos, había sido inaugurado en España. La Constitución estableció una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del sistema de justicia penal del nuevo Estado: los principios de legalidad y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y de la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas privativas de libertad y la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales para todos los ciudadanos, constituyen algunos ejemplos de la incorporación en España de los más modernos principios de actuación de un sistema penal propio de aquella forma-Estado. Especial importancia cobró la constitucionalización del estatuto jurídico de las personas condenadas con pena de privación de libertad.

Conviene recordar el reconocimiento constitucional, así como las ambigüedades y límites del mismo (de lo que me he ocupado largamente en otros textos):⁶

El condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y a ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Asimismo, y en relación con todo ello y por cuanto se verá más tarde, conviene recordar que el artículo 16.1 y 2 de la CE, respecto al denominado «principio del hecho o del acto» establece que «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto [...]. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

Con semejantes principios inspiradores, desde comienzos de 1978, se

6 Cito, por todos, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria* (2008 y 2009). Tomos I y II.

pondría en marcha la operación de reforma penitenciaria que culminaría al año siguiente con la aprobación de la Ley Penitenciaria que impulsó, fundamentalmente, el entonces director general de Instituciones Penitenciarias, Carlos García Valdés.

El tratamiento penitenciario en las disposiciones normativas

Como largamente ha puesto de manifiesto García Borés (2008), el término «tratamiento» se utiliza en el ámbito penitenciario en distintos sentidos. Se usa tanto para delimitar una serie de actividades que se desarrollan en el interior carcelario, para hacer referencia al núcleo argumental de las decisiones que se toman sobre los presos penados, como para denominar al personal responsable de estas actuaciones.

Es por esta razón que el tratamiento tiene, asimismo, un especial protagonismo en la pugna dialéctica entre los que avalan la actual intervención y los que la critican. Los primeros, habitualmente con alguna responsabilidad en su implementación, defienden los resultados de determinados programas; los otros, oponen desde las incongruencias del propio texto legal (Mapelli 1989), el papel del tratamiento como instrumento disciplinario (Baratta 1991, Pavarini 1987, Manzanos 1991), las connotaciones ideológicas de la intervención (Bergalli 1986, 1987), hasta las contradicciones e irregularidades de ella (García-Borés 1993a, 1993b) o su contribución en la «devaluación» de los derechos fundamentales (Rivera Beiras 1992). En todo caso, el presente texto se limita a exponer las acotaciones normativas del tratamiento penitenciario y a ilustrar su aplicación mediante el seguimiento de los pasos por los que transcurre un preso «tipo», desde que es encarcelado en adelante, con el fin de ver, más tarde, cómo se ha insertado en ello el actuarialismo penitenciario en España.

El desarrollo legislativo

El mandato constitucional de la reinserción social es retomado por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) 1/1979, de 26 de setiembre, al definir como finalidad primordial de las instituciones penitenciarias la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, dejando en segundo término la retención y custodia de detenidos, presos y penados. La interpretación legislativa de la pretensión del artículo constitucional queda manifiesta en los artículos 59, 60 y 61 de la LOGP que dotan de contenido al tratamiento. En ellos se exponen una serie de metas que este debería obtener, entre las que cabe destacar la pretensión de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley, la de desarrollar en él una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a los demás (artículo 59.2), o la de ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos (ar-

título 61.1), redacciones que muestran claramente que la intervención tratamental se inspira en una filosofía resocializadora. Para la consecución de tales objetivos, se intentará conocer y tratar la personalidad y ambiente del penado (artículo 60.1), utilizando todos los métodos de tratamiento y los medios que se consideren oportunos (artículo 60.2). Se contempla, además, que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento (artículos 4.2 y 61.1), y se pretende atender a la satisfacción de sus intereses personales en la medida en que sea compatible con las finalidades de este (artículo 61.2).

Lógicamente, toda la actividad penitenciaria debe ajustarse a lo que indican los artículos 2 y 3 de la ley que, reflejando asimismo el mandato constitucional, establecen que la privación de libertad debe respetar los derechos fundamentales de los reclusos, de modo tal que estos han de poder ejercitar sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, respetándose su personalidad y el conjunto de derechos e intereses jurídicos de ellos no afectados por la condena y, destacado en especial, sin que deba establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, u otras condiciones o circunstancias de análoga naturaleza. Por otra parte, la actividad penitenciaria debe desarrollarse con las garantías suficientes y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales (artículo 2), velando, la Administración penitenciaria, por la vida, integridad y salud de los internos (artículo 3), no pudiendo ser sometidos a malos tratos de palabra u obra (artículo 6) aunque, a pesar de ello, la legislación permite el empleo de medios coercitivos en ciertas situaciones según lo dispuesto por el artículo 45.

Junto a estos derechos reconocidos a los reclusos, estos están sujetos a unas obligaciones, de acuerdo al artículo 4.1. Así, los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiese decretado su internamiento hasta el momento de su liberación, debiendo acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento. Se les exige, además, el mantenimiento de una actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, así como presentar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento. Ahora bien, estas obligaciones, en el caso de los internos sometidos a régimen de prisión preventiva, han de adecuarse a la naturaleza de tal situación (artículo 5), contemplando el principio de la presunción de inocencia.

Enmarcada así la actividad penitenciaria y por lo tanto, también la del tratamiento, la ley establece las condiciones en que este debe desarrollarse (artículo 62). Unas condiciones que, como se verá, evidencian la naturaleza psicológica de esta intervención. De entre ellas cabe destacar las siguientes:

a) Debe basarse en un estudio científico de la Constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar,

así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, para llegar a un enjuiciamiento global de ella.

b) Debe guardar relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que deben realizarse a partir del estudio anterior, así como del resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Debe ser individualizado, pudiendo utilizarse métodos médico/biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la personalidad del interno.

d) Debe ser programado, es decir, debe ajustarse a un plan predefinido, teniendo un carácter continuo y dinámico, dependiente de la evolución de la personalidad del interno.

Estos principios que deben orientar el tratamiento se posibilitan a través de la tarea clasificatoria de la población reclusa, estableciendo que, tras la adecuada observación del penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquel (artículo 63). Además de estas condiciones, para la clasificación también se tomará en consideración la duración de la pena, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso. Esta actividad clasificatoria se refiere exclusivamente a los reclusos penados, ya que la observación de los presos preventivos se limita a recoger la mayor información posible (mediante datos documentales, entrevistas y observación directa del comportamiento), siempre que sea, lógicamente, compatible con la presunción de inocencia (artículo 64.1).

Continúa García Borés señalando, respecto de los penados, que una vez dictada sentencia condenatoria, se completará la información anterior con el estudio científico de la personalidad, la determinación del tipo criminológico, el diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, y se realizará la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda (artículo 64.2). Clasificación que podrá ser modificada en función de la evolución del tratamiento (artículo 65.1), en el sentido de observarse una modificación de aquellos sectores o rasgos de personalidad relacionados con la actividad delictiva (artículo 65.2). Esta revisión debe efectuarse cada seis meses como máximo según el artículo 65.4, de modo que los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación. Por el contrario, la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno una evolución desfavorable de su personalidad (artículo 65.3).

El tratamiento, pues, se organiza en un sistema penitenciario progresivo, distribuido en grados (primero, segundo, tercero y libertad condicional) de tratamiento que se asignan a los internos. El significa-

do y contenido de cada uno de estos grados se regula por el artículo 72, estableciéndose que el primer grado se corresponde con régimen cerrado y el segundo y tercero con régimen ordinario y abierto, debiéndose ubicar al interno en el grado que le corresponda, y no en otro, por su evolución en el tratamiento. Antes de la puesta en libertad del recluso, se deberá emitir un pronóstico que evalúe las posibilidades de reincidencia en la comisión de nuevos delitos (artículo 67), que también se utilizará para la concesión de la libertad condicional.

La concreción de la intervención tratamental, agrega García Borés (2008), en términos de programas a implementar y orientaciones teóricas que los sustenten, es competencia de las administraciones penitenciarias correspondientes. Aun así, la Ley Penitenciaria ya establece una serie de recompensas y beneficios penitenciarios, que intentan desarrollar los principios rectores que orientan la finalidad rehabilitadora, imponiendo así la estrategia premial que ha sido objeto de numerosos debates.

De este modo, la ley indica que deben estimularse aquellos actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento (artículo 46). Asimismo, se contempla la posibilidad de conceder permisos de salida temporales de la prisión de acuerdo con los artículos 47 y 48.

Todo el conjunto de tareas las realizarán los equipos cualificados de especialistas y, con el fin de coordinar las actividades propias del tratamiento, la legislación prevé la existencia de un organismo central de observación, cuyas funciones se regulan en el artículo 70.

Síntesis del curso (normativo) del tratamiento penitenciario

Como sigue indicando García Borés (2008), puede ser importante realizar siquiera una breve descripción del tratamiento a partir del Reglamento Penitenciario de 1996, mediante un seguimiento del proceso por el que pasaría un interno «tipo» desde que entra en prisión, cuanto menos oficialmente, prescindiendo por tanto de las formas especiales de ejecución. En cada aspecto descripto, se presenta la referencia normativa correspondiente a los artículos del Reglamento Penitenciario (RP).

Separación interior, observación y régimen penitenciario. Cuando un interno llega a un Centro Penitenciario debe ser ubicado en el Departamento de Ingresos, donde sea examinado por un médico y entrevistado por un trabajador social y por un educador, quienes han de emitir una propuesta de separación interior [RP.20.1] en el caso de ser preso preventivo, mientras que en el caso de estar penado también es entrevistado por un psicólogo y un jurista criminólogo [RP.20.2].

Existen tres tipos de régimen penitenciario en que puede desarrollarse la vida del preso: ordinario, abierto y cerrado. El régimen ordinario se aplica a los penados clasificados en segundo grado de tra-

tamiento a los penados sin clasificar y a los preventivos; el régimen abierto se aplica a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en semilibertad; y el régimen cerrado se aplica a penados clasificados en primer grado, así como a preventivos, ya sea por su peligrosidad extrema o por manifiesta inadaptación a los regímenes anteriores [RP.74]. El reglamento también contempla un régimen abierto restringido para determinados casos [RP.82], así como dos modalidades para el régimen cerrado [RP.91]: módulo de régimen cerrado y departamentos especiales, en las condiciones establecidas en los artículos [RP.94 y RP.93] respectivamente.

Clasificación en grado de tratamiento. Cuando llega a la cárcel el testimonio de la sentencia condenatoria, la información recogida hasta este momento se completa con un estudio científico de la personalidad y del historial individual, familiar, social y delictivo [RP.102], para su clasificación inicial bajo los criterios descritos en el mencionado artículo. Los grados de tratamiento en los que se clasifica al interno como sistema de individualización científica, así como el régimen que conllevan, son los siguientes [RP.101-102]:

- *Primer grado:* determina la aplicación de las normas del régimen cerrado, ya que se reserva este grado a quienes son considerados peligrosos o inadaptados al régimen penitenciario [RP.102]. No pueden disfrutar de permisos de salida y, en general, tienen una gran limitación de actividades.

- *Segundo grado:* implica la aplicación de las normas del régimen ordinario, siendo el grado en que se encuentran la mayor parte de los reclusos [RP.102]. Pueden obtener permisos de salida de hasta 36 días, a partir de tener extinguida una cuarta parte de la condena y no se observe mala conducta [RP.154.1].

- *Tercer grado:* determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades [RP.102]. Puede obtener permisos de salida de hasta 48 días a partir de tener extinguida una cuarta parte de la condena y no se observe mala conducta [RP.154.1], además de los permisos de fines de semana propios del régimen abierto [RP.87].

El tratamiento y su evolución. La regulación de los programas viene dada por los [RP.113-117]. Se asigna a cada interno el programa de tratamiento a seguir, quedando bajo control de un profesional del equipo técnico, quien irá recogiendo datos sobre la evolución del interno [RP.1121]. El interno puede rechazar la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin tener consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado [RP.112.3]. Deberá asimismo tener conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista, salvo razones especiales [RP.112.2].

La evolución del tratamiento determinará una nueva clasificación. Cada seis meses, como máximo, la Junta de Tratamiento realiza un informe consistente en un estudio individual de la evolución del trata-

miento y la consecuente revisión de grado [RP.105]. Los criterios para la progresión o regresión de grado son regulados por los [RP.106].

Como tantas veces se ha puesto de manifiesto, toda la comentada regulación legal y reglamentaria del tratamiento penitenciario, abría la puerta a particulares direcciones de la psicología con perfiles de corte clínico que tomando prestadas antiguas técnicas de corte positivista, irían adquiriendo otras formas que se comentarán a continuación.

La recepción en España del modelo penitenciario actuarial de gestión y predicción de riesgos

El Hare Psychopathy Checklist- Revised (PCL-R).

Su difusión en el sistema penitenciario español

En el ámbito norteamericano y canadiense, en 1991, se publica el *Psychopathy Checklist-Revised* (en adelante, PCL-R) de Robert D. Hare, instrumento de una enorme difusión médico-psiquiátrica-penitenciaria en los Estados Unidos y numerosos países que van a ir adoptándolo. Robert Hare es Profesor Emérito de Psicología en la Universidad de British Columbia, a la vez que Presidente del Darkstone Research Group Ltd., empresa de consultoría e investigación forense y una de las más importantes figuras en el campo de la investigación y evaluación de psicopatías en el campo de la salud mental y de la justicia penal. Con diversas reediciones posteriores, en 2010 es traducido y publicado en España.⁷ Señalan los presentadores de esta edición, Torrubia, Poy y Moltó, que:

desde su publicación en 1991, numerosos estudios han demostrado con creces su asociación con diversos perfiles delictivos y su capacidad para predecir reincidencia, quebrantamientos de condena y conducta antisocial dentro de y fuera de los centros penitenciarios (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 10).

El desembarco de este instrumento en España, relatan sus presentadores, se realizó a través de la estrategia de «realizar una versión fiel aunque no literal de los textos y se tuvieron en cuenta las diferencias entre los códigos penales de Canadá y de España» (Torrubia, Poy y Moltó, 2010). Las instituciones penitenciarias del Ministerio del Interior de España y del *Departament de Justicia* de la Generalitat de Cataluña hicieron posible la recepción aludida, junto al apoyo brindado por la Generalitat de Valencia, la Fundació Caixa Castelló en convenio con la Universitat Jaume I y la Fundació La Marató de TV3 (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 11).

7 En coedición compartida por el Departamento de Psiquiatría y Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona, el Departamento de Psicología Básica, Clínica y Psicobiología de la Universidad Jaime I de Castellón y el departamento de I+D+I de TEA Ediciones SAU.

El mencionado PCL-R es una escala de 20 ítems para evaluar la psicopatía en contextos de investigación tanto clínicos como forenses. Este emplea una entrevista semiestructurada, datos que proceden de los expedientes y otras informaciones para evaluar rasgos de personalidad. Los ítems son los siguientes (cfr. Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 15):

- 1 Facilidad de palabra/ Encanto superficial.
- 2 Sentido desmesurado de autovalía.
- 3 Necesidad de estimulación/Tendencia al aburrimiento.
- 4 Mentiroso patológico.
- 5 Estafador/Manipulador.
- 6 Ausencia de remordimiento o sentimiento de culpa.
- 7 Afecto superficial.
- 8 Insensibilidad afectiva/Ausencia de empatía.
- 9 Estilo de vida parasitario.
- 10 Pobre autocontrol de la conducta.
- 11 Conducta sexual promiscua.
- 12 Problemas de conducta en la infancia.
- 13 Ausencia de metas realistas a largo plazo.
- 14 Impulsividad.
- 15 Irresponsabilidad.
- 16 Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones.
- 17 Frecuentes relaciones maritales de corta duración.
- 18 Delincuencia juvenil.
- 19 Revocación de la libertad condicional.
- 20 Versatilidad criminal.

Como puede verse fácilmente, se trata de un claro ejemplo de una estructura factorial o multifactorial que refleja aspectos interpersonales, con otros de índole afectivo, otros de conducta/estilo de vida y otros de carrera delictiva. El manual comentado parte de la necesidad de desarrollar con rigor una etiología que permita conocer los factores biológicos, sociales, psicológicos y ambientales de las psicopatías para el desarrollo de las neurociencias cognitivas que aportarían pistas importantes para la tarea predictiva propuesta (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 25). Ello permitiría incluso, según el instrumento examinado, poder intervenir preventivamente en niños que muestren altos riesgos de desarrollar psicopatías, trastornos disociales, déficits de atención o hiperactividad (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 26).

El capítulo 6 de la obra comentada examina la «adaptación española del PCL-R y los análisis psicométricos en muestras penitenciarias» (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 233 y ss.). Tras resaltarse los centenares de estudios llevados a cabo con este instrumento en Canadá y Estados Unidos, lo cual:

avala sus cualidades psicométricas y han demostrado con creces su asociación con determinados perfiles delictivos y su capacidad para

predecir la reincidencia, quebrantamientos de condena y conducta antisocial dentro y fuera de los centros penitenciarios (Torrubia, Poy y Moltó, 2010),

el texto aboga por su decidida aplicación en la población penitenciaria española (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 234). Y como muestra de su éxito, se describen a continuación en dicha obra los resultados de una intervención llevada a cabo con numerosos reclusos de los centros penitenciarios de Castellón de la Plana y Quatre Camins y Brians en Barcelona (en muestras diferenciadas). Estas muestras se comparan en sus evaluaciones con otras muestras norteamericanas, se describe la estructura factorial (interpersonal, afectiva, estilo de vida y antisocial), se examina su validez, se detallan las variables demográficas, el historial delictivo y penitenciario de los sujetos, se efectúa una clasificación relativa a la psicopatía (alta, media o baja), se detalla la tipología delictiva y en las conclusiones se señala que «los resultados indican que la adaptación española del PCL-R es una medida fiable y válida del constructo psicopatía en la población penitenciaria española de sexo masculino» (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 261). Desde el punto de vista de los correlatos criminológicos, se concluye afirmando que los datos corroboran que las puntuaciones en el PCL-R se asocian con un inicio más precoz de la carrera delictiva, con una edad de la primera detención más temprana, con el número de ingresos en prisión, con un mayor número de condenas en valores absolutos y con un mayor número de condenas no violentas por tiempo en libertad» (Torrubia, Poy y Moltó, 2010: 263), lo cual confirma la utilidad del instrumento para evaluar el constructo de psicopatía en la población penitenciaria masculina española.

Como se va viendo, la recepción en España de este tipo de enfoques, listados predictivos y consecuencias terapéuticas iba teniendo lugar. No obstante, otras iniciativas, en el particular caso de la Administración penitenciaria catalana, abundarían en su decidida adopción como enseguida se verá.

Los *checklist* de la Universidad Simon Fraser de Vancouver y su difusión en el sistema penitenciario español

Indica Andrés Pueyo, en torno a considerar el fenómeno de la violencia, que además de las intervenciones legislativas, semejante fenómeno requiere de estrategias preventivas y predictivas (Pueyo, 2005: V). En su presentación del instrumento HCR-20, afirma que desde hace mucho tiempo el concepto de «peligrosidad» (tanto criminal como social) constituye la base de la predicción del comportamiento violento. Así, señala que los operadores del sistema penal y penitenciario deben realizar estimaciones en torno a la peligrosidad para poder emitir juicios del riesgo futuro de violencia que, a veces, han pecado de una «sobre-estimación» de dicho riesgo, déficit que debe reducirse. Para ello, resalta el conjunto de estrategias clínicas de predicción de riesgo que

en las últimas dos décadas han sido desarrolladas por investigadores de la *Universidad Simon Fraser de Vancouver* quienes, tras los pasos del psicólogo Paul Meehl de la Universidad de Minnesota adoptaron una técnica denominada «actuarial», «propia de la predicción de riesgos en otras disciplinas como la ingeniería, la economía, la meteorología y la sismología» (Pueyo, 2005: VI). Esta dirección enfatiza el registro continuado e histórico de aquellos sucesos que pueden considerarse factores de riesgo de comportamientos violentos futuros. El resultado de ello, añade el citado autor, es la creación desde los años noventa de toda una serie de «guías clínico actuariales de predicción del riesgo de violencia» entre las que destaca el instrumento HCR-20 que presenta para el ámbito español en la obra comentada.

En la mencionada obra el HCR-20 es definido como un *check-list* (lista de chequeo) de factores de riesgo del comportamiento violento. Se compone de 20 ítems, organizados en 10 factores del pasado («históricos»), 5 variables presentes («clínicos») y 5 aspectos del futuro («de gestión de riesgo»). Se destaca así que «los factores biográficos/históricos, o estáticos, tienen tanto peso como la combinación de los factores clínicos presentes y las variables de comportamiento futuro a las situaciones de riesgo» (Pueyo, 2005: 13). Es así como este instrumento, en el contexto español, podría ser de aplicación para:

a valoración de los permisos temporales, la libertad condicional o grado de internamiento y la selección de los candidatos a realizar salidas de la cárcel y acceso al tercer grado penitenciario y otras medidas alternativas (Andrés Pueyo, 2005: 6).

Debe señalarse que dicho instrumento puede ser también combinado con otros similares. Cabría citar el *Sexual Violence Risk* (SVR-20) que, según Redondo Illescas, también procede de la misma Universidad canadiense antes citada (Illescas, 2005: VI) o el *Spouse Assault Risk Assessment* (SARA) como Manual para la Valoración del Riesgo de Violencia contra la Pareja, presentado por Ed Hilterman, sociólogo holandés que tanta influencia tendría en el asesoramiento de la Administración penitenciaria catalana como después se verá (cfr. Illescas 2005: V y VI).

Todos estos instrumentos vienen acompañados de las plantillas en las cuales los profesionales, tras tener que puntuar ítems históricos (o fijos, propios de la biografía del sujeto evaluado) y clínicos (o variables, propios de la «clínica» de la persona), terminan con un juicio final denominado «Valoración final del riesgo» que siempre debe ser calificada como baja, moderada o alta.⁸

8 Todos los materiales que se citan forman parte de los materiales del *Grupo de Estudios Avanzados en Violencia* del Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos de la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona. Dicho Grupo de Estudios ha realizado, según consta en los documentos citados, las traducciones al castellano de los materiales producidos en los distintos ámbitos culturales donde han sido originalmente publicados.

El actuarialismo penitenciario en el Derecho penal de adultos

La escala RISCANVI

Como se está viendo, en la última década el desembarco de las corrientes actuariales en las cárceles españolas, basadas en el paradigma de la gestión de riesgos, ha cobrado fuerza tanto en el ámbito de un derecho penal juvenil como en el de los adultos, tanto para el *risk management* en el denominado medio abierto como en el propio de la privación de libertad de los adultos. Aunque con un uso extendido y dispar en la geografía carcelaria española, el desembarco de las corrientes actuariales en el ámbito de la ejecución penal está resultando importante. Ello sucede con particular énfasis en Cataluña donde su *Departament de Justicia* ha adoptado el paradigma predictivo importado de otros ámbitos culturales como Inglaterra, Estados Unidos y Canadá. Será pertinente constatar cómo este modelo de gestión penitenciaria convive —o al menos así se pretende presentar en la retórica discursiva— con la finalidad reinsertadora que la CE atribuye a las penas privativas de libertad. A continuación se examinará la paulatina adopción de estos modelos actuarial-predictivos, sus principales rasgos y algunas apreciaciones sobre los mismos.

Como señala Brandariz (2014b), es especialmente a partir de los años comprendidos entre 1995-2000 cuando la población encarcelada en España experimenta un notable ascenso que no va a detenerse en toda la década hasta 2010. La preocupación de los responsables penitenciarios (de las dos administraciones españolas) ante semejante crecimiento va siendo cada vez mayor.⁹ A la vez que se aceleran planes de construcción carcelaria, semejante crecimiento penitenciario se ve acompañado en ocasiones de noticias alarmantes sobre delitos gravísimos o salidas en libertad de presos con condenas muy elevadas en su enunciado pero reducidas conforme a la ley, todo lo cual parecía —visto ahora con una cierta mirada retrospectiva— dibujar un panorama de cierto desgobierno de la penalidad carcelaria. Es en ese marco, que en el ámbito del *Departament de Justicia* de la Generalitat de Cataluña, se constituye, el 31 de julio de 2007, la *Comisión para el estudio de las medidas de reincidencia en delitos graves*. Esta Comisión finalizó su trabajo estableciendo una serie de recomendaciones, entre las que destaca y es la que aquí se examinará, la escala denominada *RISCANVI*. Dicho instrumento predictivo fue financiado por la Generalitat de Cataluña y elaborado por el antes citado *GEAV-Grup de Estudis Avançats sobre Violència* de la Universitat de Barcelona, el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat catalana y la empresa *Better Consultants*,

9 Indica Brandariz que de poco más de 47.000 reclusos que había en las cárceles españolas en 1994, se alcanzó quince años más tarde la cifra de 77.000 presos.

Consultora con sede en Madrid y Barcelona especializada en modelos de gestión de entidades financieras y aseguradoras. De acuerdo a los propios documentos gubernamentales, no existía una «cultura de evaluación y gestión del riesgo» entre los profesionales penitenciarios. Conviene analizar un poco, en qué consiste el nuevo dispositivo.

Este está compuesto por dos cuestionarios de valoración del riesgo. Su versión acotada, el RISCANVI-S (*screening*) contiene los datos del interno, su edad, género, estado civil, situación procesal-penitenciaria, régimen de vida penitenciaria, tipo de delito y relación con la víctima. Posteriormente aparecen 10 ítems: 1) edad del primer incidente violento o inicio de las conductas violentas; 2) violencia previa (al delito principal); 3) comportamiento penitenciario anterior (faltas graves o muy graves); 4) evasiones, fugas, quebrantamientos de condena; 5) problemas con el consumo de alcohol u otras drogas; 6) problemas de salud mental anterior (diagnósticos previos de trastornos, ira, inestabilidad emocional, impulsividad); 7) intentos o conductas de autolesión previos; 8) falta de soporte familiar y social, falta de una red relacional; 9) problemas de índole laboral; 10) ausencia de planes de futuro. Estos ítems van orientados a «medir» la violencia autodirigida, la intransigencia, la reincidencia violenta y el quebrantamiento de condena. Como puede observarse, 7 de los 10 ítems son de carácter «estático» y no podrán modificarse pues pertenecen a la biografía de la persona evaluada.

Examinados y relacionados tales factores se realiza un cálculo del riesgo que dará como resultado el nivel alto o bajo del mismo. Si el resultado es bajo, el instrumento será nuevamente empleado a los seis meses. Si por el contrario, el riesgo es evaluado como elevado, entonces se le someterá al preso a otro instrumento que contiene 43 ítems y finalizará con una evaluación tripartita del riesgo (que se clasificará como alto, medio o bajo). Este otro instrumento es el llamado *RISCANVI complet* (*RISCANVI-C*). Se aplica a presos con un probable riesgo alto (de acuerdo al anterior instrumento, el RISCANVI-S). La recogida de información se obtiene a partir del expediente penal y penitenciario, de entrevistas y observaciones directas y de otras informaciones complementarias. Los aludidos ítems son:

Factores criminales/penitenciarios:

- 1 delito base violento,
- 2 edad en el momento del delito base,
- 3 intoxicación durante la realización del delito base,
- 4 víctimas con lesiones,
- 5 duración de la pena,
- 6 tiempo ininterrumpido en la cárcel,
- 7 historia de violencia,
- 8 inicio de la actividad delictiva o violenta,

- 9 incremento de frecuencia, gravedad o diversidad de los delitos,
- 10 conflictos con otros internos,
- 11 incumplimiento de medidas judiciales,
- 12 expedientes disciplinarios,
- 13 evasiones o fugas,
- 14 regresión de grado,
- 15 quebrantamiento de permisos.

Factores personales/sociofamiliares:

- 16 desajuste infantil,
- 17 distancia entre su residencia habitual y el centro,
- 18 nivel educativo,
- 19 problemas relacionados con la educación,
- 20 falta de recursos económicos,
- 21 ausencia de planes viables de futuro,
- 22 antecedentes delictivos en la familia de origen,
- 23 socialización problemática en familia de origen,
- 24 falta de soporte familiar y social,
- 25 amistades criminales/delincuentes,
- 26 pertenece a grupos sociales de riesgo,
- 27 rol delictivo destacado,
- 28 víctima de violencia de género (solo aplicable a mujeres),
- 29 cargas familiares actuales.

Factores clínicos/personalidad:

- 30 abuso o dependencia a drogas,
- 31 abuso o dependencia a alcohol,
- 32 trastorno mental severo,
- 33 comportamiento sexual promiscuo,
- 34 respuesta limitada al tratamiento psicológico o psiquiátrico,
- 35 trastorno de personalidad relacionado con la ira,
- 36 pobre enfrentamiento del estrés,
- 37 intentos o conductas de autolesión,
- 38 actitudes procriminales o valores antisociales,
- 39 baja capacidad mental e inteligencia,
- 40 temeridad,
- 41 impulsividad, inestabilidad emocional,
- 42 hostilidad,
- 43 irresponsabilidad.

Es importante destacar que de la evaluación que se haga de todos estos ítems dependerá que el preso evaluado obtenga o no permisos de salida al exterior, progresiones en el grado de clasificación, acceso a régimen abierto y a la libertad condicional. Ya se ha mencionado cómo

hace tres décadas observaba que semejantes incidentes de la ejecución penal, vitales para los presos, se veían devaluados de la categoría de *derecho subjetivo* a la de *beneficio penitenciario* como consecuencia de la subjetivización de tantos aspectos personales, familiares, sociales, ambientales, etcétera. Pues bien, treinta años más tarde se puede comprobar el recorrido que de la mano de las orientaciones psicológicas y actuariales ha ido trazándose en España en el ámbito de la ejecución penal.

En efecto, como se ve, se efectúa un pormenorizado enjuiciamiento —de tipo administrativo/penitenciario— sobre muchísimas facetas de una persona que, conviene no olvidarlo, ya ha sido juzgada y condenada por la comisión de un delito. Más allá del posible carácter intrusivo de un modelo semejante (solo hace falta considerar que se juzga una «promiscuidad sexual o valores antisociales», entre tantos otros), que puede poner en cuestión el derecho a la intimidad, por ejemplo, esta *psicologización* de tantos aspectos, puede entrar claramente en colisión con numerosos derechos fundamentales que la CE de 1978 establece para todas las personas, esto es, con independencia que sean personas libres o privadas de su libertad. Más adelante se volverá sobre esta cuestión; quede por ahora apuntada esta advertencia.

Fundamentos e importación a España del actuarialismo penitenciario

Abundando más en torno a la recepción en España de los comentados modelos penitenciarios actuariales, puede ser importante examinar el trabajo titulado *Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria*,¹⁰ debido a las consideraciones de fondo que se realizan sobre estos instrumentos. Sus autores, Nguyen, Arbach-Lucioni y Andrés, señalan que:

determinar qué delincuentes presentan un mayor riesgo de comisión de un nuevo delito violento tras salir de prisión es una tarea fundamental para poder prevenir dicho comportamiento. Uno de los modelos que mejor explica la adquisición y el mantenimiento de la conducta delictiva es propuesto por Andrews y Bonta (1994). Este modelo está basado en la evidencia empírica y propone la existencia de 'Cuatro Grandes' factores de riesgo relacionados directamente con el comportamiento delictivo y que, además, son los que mejor predicen la reincidencia general. El propósito de este estudio es determinar en qué grado estos cuatro factores de riesgo (historia de la conducta antisocial, redes y vínculos antisociales, actitudes antisociales y patrón de personalidad antisocial) son capaces de predecir la reincidencia violenta en una muestra de delincuentes. La historia de la conducta antisocial, así como el patrón de personalidad antisocial se mostraron estadísticamente significativos en la predicción de la reincidencia violenta, lo que sugiere que estas dos variables debe-

10 Publicado en la revista de *Derecho Penal y Criminología*, de la UNED, n.º 6, 3.ª época (2011).

rían evaluarse a fondo y tenerse en cuenta en la gestión penitenciaria, la toma de decisiones y la planificación del tratamiento de los delincuentes en prisión (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 273).

El citado trabajo, que se seguirá examinando aquí, señala más adelante que en la medida en que sea posible identificar a los presos que presentan un mayor riesgo para la reincidencia delictiva se podrá maximizar la eficacia de los tratamientos dirigidos a su reinserción social. Se reconoce explícitamente la vinculación de este modelo con los estudios acerca de la peligrosidad pretendiéndose así el gran anhelo deseado: combinar la gestión de riesgos con la predicción del comportamiento humano para lograr la rehabilitación y evitar la reincidencia delictiva (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 274), es decir, lograr la siempre buscada finalidad que combina eficiencia (intrasistémica) con eficacia (extrasistémica) ¿Cómo lograr semejante finalidad?

En primer lugar los autores citados lamentan el escaso número de trabajos sobre esta materia en España,¹¹ y abogan por la adopción del modelo propuesto hace veinte años por Andrews y Bonta (*The psychology of criminal conduct*, 1994) adonde establecieron la existencia de «ocho grandes factores de riesgo» que supuestamente estaban relacionados de modo directo con la conducta delictiva y se habrían mostrado como los mejores «predictores» de la reincidencia (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 277). Tales factores constituyen todo un tratamiento acerca del concepto de la *conducta antisocial*. En efecto, se trata de los siguientes:

(1) las cogniciones antisociales (actitudes, valores, creencias y racionalizaciones que apoyan la delincuencia, así como estados emocionales y cognitivos de ira, resentimiento y rebeldía hacia el sistema de justicia e identificación con el rol de del delincuente), (2) las redes o vínculos antisociales (relaciones cercanas con otros delincuentes y aislamiento respecto a personas prosociales, así como reforzamiento social inmediato de la conducta delictiva), (3) la historia individual de conducta antisocial (inicio precoz y participación continuada en numerosos y diversos comportamientos antisociales y delictivos en diferentes situaciones, incluida mala conducta penitenciaria) y (4) el patrón de personalidad antisocial (presencia de un trastorno de personalidad antisocial según criterios diagnósticos o patrón habitual y generalizado de bajo autocontrol, impulsividad, búsqueda de sensaciones, hostilidad, baja empatía, conducta problemática en la infancia y comportamiento antisocial). A esos cuatro grandes factores de riesgo, se suman otras cuatro variables o áreas completando así los «Ocho Grandes» los cuales también añaden capacidad predictiva al modelo y están constituidos por las circunstancias problemáticas en el (5) ámbito familiar (baja satisfacción marital o de pareja o mala calidad de las relaciones con los padres y otros familiares cercanos), (6) escolar o laboral (inestabilidad y bajos niveles de

11 Se citan como antecedentes importantes los estudios que en esa línea ha patrocinado el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (del Gobierno catalán).

rendimiento y de satisfacción académica o laboral, (7) en el tiempo de ocio o recreativo (bajos niveles de implicación y poca satisfacción en actividades no delictivas durante el tiempo libre y (8) el abuso de sustancias (problemas de consumo y dependencia de alcohol o drogas). De esta manera, el modelo admite que existen múltiples vías para involucrarse en la carrera delictiva y que su predicción mejora en la medida en que aumenta el número y la variedad de los (ocho) factores de riesgo evaluados y la multiplicidad de fuentes de información utilizadas (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 277-278).

Comentan enseguida los autores citados (recordando siempre el pionero trabajo mencionado de Andrews y Bonta), que pueden así fácilmente distinguirse dos órdenes de factores que pueden incrementar el riesgo de la comisión delictiva. Se trata de los «estáticos», que al formar parte de la biografía del sujeto a analizar ya no podrán modificarse («como por ejemplo el historial delictivo» señalan Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 278) y de los «dinámicos» que son susceptibles de cambio a través de la intervención (identificados como «necesidades criminógenas»). Reconocen, no obstante, que no está claro qué tipo de factores (si los estáticos o dinámicos) contribuyen en mayor o menor medida a la predicción; se sugiere que en consecuencia ambos factores resultarán útiles a tal fin (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 278).

Para ahondar más en la recepción española de los instrumentos propios del actuarialismo penitenciario, se puede destacar por ejemplo la investigación de Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo sobre una muestra de 635 presos adultos que cumplían penas privativas de libertad en Cataluña entre el 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2007. Se utilizó el protocolo RISCANVI para obtener información sobre la presencia o ausencia de 43 factores de riesgo delictivos. Ello suponía la aplicación de la metodología propuesta por Andrews y Bonta y tal como señalan los tres autores citados:

se seleccionaron aquellos ítems del protocolo que coincidían con la definición que los autores (se refieren a Andrews y Bonta) propusieron para las variables 'Historia de conducta antisocial', 'Amistades antisociales', 'Actitudes antisociales' y 'Patrón de Personalidad antisocial' (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 281).

Todo ello se combinó con factores de riesgos asociados a tales variables, tales como *delito base violento, historia de la violencia, inicio de la actividad delictiva, incremento en la frecuencia, gravedad y diversidad de los delitos, conflictos con otros internos, expedientes disciplinarios, pertenencia a bandas delictivas o amistades delincuentes, pertenencia a grupos sociales de riesgo delictivo, rol delictivo destacado, actitudes antisociales y valores procriminales, desajuste infantil, problemas relacionados con el empleo, temeridad, impulsividad e inestabilidad emocional, hostilidad e irresponsabilidad*. Todo ello fue calificado con una «puntuación promedio en cada factor de riesgo en función de la presencia o ausencia de los ítems que lo componían» (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 281-282).

Con ello se calcularon los «índices de asociación» entre los cuatro factores de riesgo y se obtuvieron las *odds-ratio* desarrollándose una «regresión logística para evaluar la capacidad predictiva de los cuatro grandes factores de riesgo y la reincidencia violenta. Los datos fueron analizados a través del paquete estadístico PASW Statiscs 17» (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011).

En orden a evaluar la capacidad predictiva de los *Cuatro Grandes Factores de Riesgo*, el estudio comentado destaca (tras realizar unas operaciones de matemática estadística) que:

a partir de la ecuación se observa que la conducta antisocial pasada es la que mejor predice la reincidencia, seguida de un patrón de personalidad antisocial [...]. Los valores *odds-ratio* nos indican que los sujetos con una historia clara de conducta antisocial tienen 3,89 veces más probabilidades de cometer un delito violento que el resto de sujetos que no presentan dicho factor de riesgo. Cuando un sujeto presenta indicios de poseer antecedentes delictivos o de conducta antisocial, el riesgo de reincidencia violenta se incrementa en 3,13 veces frente a los que no presentan una historia de conducta antisocial pasada. Respecto a la personalidad, el hecho de mostrar indicios o presencia probable de rasgos de personalidad antisocial incrementa en 2,04 veces el riesgo de reincidencia violenta en comparación con los sujetos que no presentan este patrón (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 286).

Concluyen los citados autores alentando a los profesionales del campo penal y penitenciario a que adopten estas técnicas predictivas:

Es necesario que en España los profesionales comiencen a familiarizarse con las guías de valoración, que amplíen sus conocimientos sobre los factores de riesgo específicos que mantienen o incrementan la probabilidad del comportamiento violento y que utilicen estrategias clínico-actuariales para valorar el riesgo de violencia con instrumentos desarrollados para tal fin. Solo así podremos mejorar nuestras predicciones y hacerlas más precisas y, por lo tanto, más eficaces a nivel de prevención e intervención (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 290).

La recepción de la Criminología forense y de las neurociencias

En una línea similar a cuanto se viene comentando, cabría citar también los aportes que Anthony Beech, del *Centre for Forensic and Criminological Psychology*, de la *School of Psychology* de la *University of Birmingham, UK*, ha realizado por ejemplo en el marco del Seminario «Evaluación del Riesgo en Violencia: Guías HCR-20, SARA y Escalas de Psicopatía»¹². En su conferencia, titulada «Factores de riesgo para el delito y nuevos enfoques en el tratamiento», señala que el objetivo de ella es sugerir ideas en torno a cuál puede ser el futuro camino del

12 Celebrado el 26 de junio de 2014 en el marco del IL3 *Institut de Formació Continua* de la Universidad de Barcelona.

tratamiento, ya que «todos somos producto del desarrollo de nuestro cerebro y de su funcionamiento».

Incorporando ideas de los rápidos avances en el campo de la neurociencia, el citado autor insiste en la delimitación de lo que considera como «factores de riesgo para la conducta antisocial», con cita del *Forensic Psychology, Crime, Justice, Law. Interventions* (publicación editada por él y por Graham Davies) para lo cual recomienda la consideración de todo el *corpus* que proviene de las *forensic neuroscience*. Los aludidos «factores» son clasificados en distintas tipologías.

1. Factores de riesgo en el desarrollo

Anormalidades en el desarrollo del feto.

Tabaquismo materno.¹³

Síndrome de alcoholismo fetal.¹⁴

2. Factores de riesgo perinatales

Complicaciones de obstetricia.

3. Factores de riesgo postnatales

Nutrición.¹⁵

Daño cerebral.

Eventos traumáticos.

Una vez clasificados los factores de la forma aludida, Beech inicia su análisis de carácter neurobiológico, a partir del estudio de «la amígdala», el «córtex del cíngulo anterior», el «córtex orbitofrontal», «la corteza insular», las «neuronas en huso» y las «neuronas espejo». En cada apartado se extraen las conclusiones que pueden ir referidas al miedo, la memoria, el afecto y la empatía. Los resultados relativos al córtex orbitofrontal son particularmente relevantes, indica el especialista, a la hora de evaluar el «cerebro social» «y es crucial en la adaptación del comportamiento como respuesta a la predicción de cambios en el reforzamiento». En la misma línea, la consideración de la «corteza insular» se propone como relevante a la hora de conocer la «fuente de las emociones sociales (deseo, disgusto, orgullo, humillación y culpabilidad)». De todo ello, se sugieren una serie de tratamientos para agresores que promuevan un crecimiento cortical, a partir de lo cual se analizan una larga serie de experimentos con pacientes (recordándose

13 Señala al respecto que «existe una amplia evidencia que demuestra que el tabaquismo materno durante el embarazo *predispone* al desarrollo de la conducta antisocial en los menores».

14 Lo cual provocaría, según el conferenciante, «retraso en el crecimiento, dificultades de aprendizaje y de conducta» y añade el autor, «existe evidencia de que la exposición prenatal al alcohol *predispone* a los individuos al comportamiento antisocial».

15 El citado autor afirma que «Liu y Raine encontraron en un estudio prospectivo longitudinal, que los niños con deficiencias en proteínas, hierro y zinc a la edad de 3 años tenían significativamente más conductas agresivas e hiperactivas a la edad de 8 años y más conductas antisociales a los 11».

los previamente realizados con animales, los enfoques empleados y sus resultados).

Pocas dudas parecen quedar en torno a la recepción en España de las técnicas propias de lo que se ha dado en llamar *actuarialismo penitenciario*. Aún hay algo más que considerar en la misma dirección, ahora respecto del ámbito de la intervención específicamente con jóvenes.

La recepción en España del actuarialismo penitenciario en el Derecho penal juvenil. Especial consideración del instrumento SAVRY (*Structured Assessment For Violence Risk In Youth*)

El denominado SAVRY, conocido como «Valoración estructurada del riesgo de violencia en los jóvenes», (conocido por su denominación en inglés, *Structured Assessment for Violence Risk in Youth*), es un protocolo de detección de riesgo que el Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya adoptó primero en un Centro de Girona y hacia finales de 2007 y enero de 2008. Brevemente, consiste en un cuestionario para conocer numerosos aspectos de la historia personal y familiar de los jóvenes acusados de algún delito, así como aspectos vinculados con la escuela y el medio ambiente del joven. Los ítems sobre los que debe informar son los siguientes:

Riesgos históricos

- Violencia previa.
- Historia de los actos delictivos no violentos.
- Inicio precoz de la violencia.
- Fracaso de las intervenciones anteriores.
- Intentos de autolesión o de suicidio anteriores.
- Exposición a la violencia en el hogar.
- Historia de maltrato infantil.
- Delincuencia de los padres o educadores.
- Separación precoz de los padres o cuidadores.
- Bajo rendimiento escolar.

Riesgos sociales/contextuales

- Delincuencia en el grupo de iguales.
- Rechazo del grupo de iguales.
- Estrés experimentado e incapacidad para afrontar dificultades.
- Escasa habilidad de los padres para educar.
- Falta de soporte personal/social de otros adultos.
- Entorno marginal.

Riesgos individuales

- Actitudes negativas.
- Asunción de riesgos/impulsividad.
- Problemas de consumo de sustancias tóxicas.
- Bajo nivel de empatía/remordimiento.

Problemas de concentración/hiperactividad.
Baja colaboración en las intervenciones.
Bajo interés/compromiso escolar o laboral.

Protección

Implicación prosocial.
Arraigo social fuerte.
Fuerte vinculación con un adulto prosocial.
Actitud positiva hacia las intervenciones y la autoridad.
Fuerte compromiso con la escuela o el trabajo.
Perseverancia como rasgo de personalidad.

Riesgos añadidos

Mantener vínculos con recursos del entorno.
Actitud familiar frente al delito.
Locus de control.
Relaciones de pareja disociales.
Inteligencia.

En la elaboración del instrumento SAVRY ha participado la empresa *JUSTA MESURA. Consultoria & Investigació Aplicada*, la cual es «una pequeña empresa con una extensa red de conocimiento a nivel nacional e internacional» (como indica su propia página web, <www.justamesura.com>). Bajo el lema «*Medir para prevenir*», esta Consultoría promociona:

proyectos de innovación y mejora en el ámbito de la prevención de la delincuencia y la seguridad. Desarrolla y adapta instrumentos para valorar y gestionar el riesgo de comportamiento violento. Evalúa intervenciones para medir su efectividad. Propone mejoras a partir de la evaluación y el análisis de resultados. Mide la motivación y el clima laboral y de convivencia en instituciones cerradas. Justa Mesura utiliza conocimiento práctico, empírico y teórico de diferentes disciplinas para mejorar la efectividad de intervenciones y reducir la reincidencia.

El equipo directivo de la empresa está conformado entre otros, por Ed Hilterman «especializado en la valoración y gestión del riesgo de reincidencia».¹⁶ Como se vio anteriormente, Hilterman es también investigador del Grup d'Estudis Avançats en Violència (GEAV) de la Universidad de Barcelona y quien presenta la obra antes comentada *SARA Manual para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja*. Para una mejor comprensión puede acudir al documento elaborado entre

16 Añade en su presentación la citada página web que Ed Hilterman «tiene mucha experiencia en la investigación aplicada. Ha trabajado en el Ministerio de Justicia de Holanda y, como jefe de investigación y diagnóstico, en el Instituto de Psiquiatría Forense de Rooyse Wissel en Holanda. Desde 2005 es consultor y director técnico del proyecto de Gestión de Riesgo en jóvenes infractores, un proyecto del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) y de la Dirección General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña. En 2008, Ed Hilterman ha constituido Justa Mesura, Consultoria & Investigació Aplicada. Es director de proyectos y se ocupa de la investigación aplicada».

el Departament de Justicia y la Consultora «Justa Mesura» que describe la implantación de este instrumento. Como indica el aludido texto:

El SAVRY está diseñado para ser utilizado como ayuda o guía en las valoraciones profesionales sobre la situación personal y sociofamiliar de los jóvenes. Los factores a explorar que recoge el SAVRY son aquellos que la investigación empírica ha identificado que son los que más pueden incidir en la comisión de nuevas conductas delictivas. Por consiguiente son factores básicos a trabajar para la reinserción de menores y jóvenes. El SAVRY no ha sido diseñado para ser una escala o test formal. Cada factor de riesgo está codificado en una escala de tres niveles (alto, moderado, bajo), pero no se le asigna un valor numérico, se trata de una valoración profesional. El valor principal de este instrumento es constituirse como una ayuda para que el profesional valore cada caso de tal forma que aquellos factores importantes, aquellos que están bien documentados por la investigación, sean tenidos en cuenta de forma sistemática y no sean omitidos.

Respecto de los aspectos que debe evaluar el SAVRY, el documento del Centro de Estudios de la Generalitat de Cataluña establece que:

El SAVRY es una guía que ayuda al profesional a explorar y valorar el riesgo de reincidencia. Los 30 factores, o aspectos a valorar en cada joven, están agrupados en cuatro secciones:

- Factores históricos (por ejemplo: violencia previa, inicio temprano de la violencia, exposición a la violencia en el hogar, bajo rendimiento en la escuela).
- Factores sociales-contextuales (por ejemplo: delincuencia en el grupo de iguales, escasa habilidad para educar de los padres).
- Factores individuales (por ejemplo: actitudes negativas, asunción de riesgos-impulsividad, bajo nivel de empatía-remordimientos).
- Factores de protección (por ejemplo: implicación prosocial, perseverancia como rasgo de personalidad).

Algunos de los factores del SAVRY son estáticos, es decir, no pueden ser modificados por el paso del tiempo o por la intervención profesional (por ejemplo: la edad del primer delito o una historia de malos tratos en la infancia). Otros factores son dinámicos y pueden ser modificados con el paso del tiempo y también permiten la actuación profesional (por ejemplo: el consumo de sustancias tóxicas o la relación con un grupo de iguales disociales).

Un aspecto destacado del SAVRY es el énfasis en los factores dinámicos ya que ello hace posible orientar de forma muy clara las actuaciones de los profesionales a aquellas cuestiones más críticas de cada joven sobre las cuales se debe intervenir con el fin de favorecer su reinserción. El SAVRY también se destaca por tener en consideración los factores de protección, es decir, aspectos positivos del joven y de su entorno que pueden ayudar a disminuir el riesgo de reincidencia (por ejemplo una fuerte vinculación con un adulto prosocial o un compromiso fuerte con la escuela o el trabajo). El SAVRY no pretende ser un instrumento exhaustivo que identifique todos los factores de riesgo potenciales en un caso determinado. En el proceso de valoración de riesgo el profesional puede encontrar factores no contemplados por el SAVRY y que a su en-

tender son muy importantes para la comprensión de la situación de un menor o joven. El SAVRY permite que estos factores también sean tomados en consideración y sean sopesados en las conclusiones finales.

Es pertinente aquí recordar que cuando el Departamento de Justicia del Gobierno catalán ordenó la aplicación de este instrumento, un numeroso grupo de educadores del propio Departament que debían aplicar el aludido Protocolo, entendió que este podría resultar atentatorio contra los derechos fundamentales de los jóvenes a quienes iba dirigido. En tal sentido presentaron una queja al Sindic de Greuges de Catalunya, señalando, entre otras cosas que la aplicación del aludido protocolo suponía una grave violación a toda una serie de derechos fundamentales de los jóvenes sobre los cuales los educadores debían actuar, muy especialmente, los derechos a la presunción de inocencia y a la intimidad. Conviene leer directamente las objeciones que plantearon los educadores:

Que desde el mes de enero de este año, se nos ha impuesto una nueva metodología de trabajo por parte la Dirección General. La metodología que se nos impone tiene como herramienta principal un protocolo de evaluación del riesgo de reincidencia de conductas violentas en jóvenes que se llama SAVRY (*Structured Assessment for Violence Risk in Youth*). Este, mediante la detección de una serie de factores de riesgo y protección, pretende valorar el riesgo de reincidencia de los menores atendidos. También se quiere que sea un protocolo de observación dirigido a la homogeneización de la intervención. Este protocolo, en la actualidad, solo afecta a los menores que se les ha impuesto una medida de internamiento o de libertad vigilada tanto cautelar como firme, pero, en un período breve de tiempo ya medida que esta metodología se vaya implantando, afectará todos aquellos menores por los que la Fiscalía de Menores pida un informe de asesoramiento para iniciar un proceso judicial, independientemente de la medida que se les imponga. Esta metodología consiste en pasar un cuestionario personal a los menores durante el primer mes de intervención. Después, se debe trasladar toda esta información en una base de datos que se organiza por diferentes factores de riesgo y protección con el objetivo de hacer una valoración final del riesgo de reincidencia. Esta información se actualizará cada tres meses. Finalmente, casi todo lo que recoge se fusiona en un documento de word y se utiliza en su totalidad, sin la posibilidad de suprimir ningún apartado, para elaborar los informes a la instancia judicial. La consigna que se nos da es la de no informar ni a menores ni a sus familias del tratamiento que se hará de la información que se recoja en este cuestionario. Esta metodología es una interferencia importante para nuestro trabajo ya que afecta a la confidencialidad de la información que recibimos de los menores y las familias que atendemos. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, nos obliga a realizar informes a la instancia judicial. Hasta ahora, cuando los menores iniciaban el cumplimiento de la medida se les informaba de la obligación de enviar estos informes. El profesional tenía margen de maniobra para explicar la situación del joven sin contar aquellos aspec-

tos más personales que no es necesario mencionar y, así, mantener la confidencialidad necesaria en una relación de ayuda en la que la creación del vínculo es el eje vertebrador de toda la intervención.

En la medida en que este cuestionario y el manual de aplicación son exclusivamente de uso interno, rogamos al Sindic que oficie al Departamento de Justicia para que se les envíe a los efectos de poder evaluar lo que indicamos a continuación.

[...] *Que las preguntas que figuran en el cuestionario personal las entendemos como lesivas de derechos fundamentales. Algunas de estas preguntas son del estilo de:*

«¿Qué pasó para que te impongan esta medida?».

«¿Habías tomado alguna sustancia en el momento del delito?».

«¿Alguna vez has cometido delitos y no te han descubierto?, ¿de qué tipo?, ¿cuántas veces?».

«¿Alguna persona de tu familia inmediata, padre, madre o hermanos, han sido alguna vez en la cárcel?».

«¿Alguna vez has intentado herirte; por ejemplo cortarte, quemarte, etcétera?».

A continuación se explica con más detalle.

Preguntas sobre el comportamiento delictivo. Si se hicieran las preguntas que constan en este apartado en la fase de presunción de inocencia (medidas cautelares), previo a estos interrogatorios deberían leer los derechos previstos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —(derecho de no hablar, de no contestar alguna/s de las preguntas, a no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, etcétera), como un derecho que tienen todos los detenidos de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Española (CE) o incluso como imputado. En caso contrario, se vulneraría este precepto constitucional.

Pero, sin embargo, después de haberse leído estos derechos, todas estas preguntas se deberían realizar ante un abogado defensor, con el derecho de negarse a contestarlas, sin que esta negativa tenga ninguna connotación más allá del ejercicio de un derecho constitucional. Si esto no se hiciera, se vulneraría el artículo 24.2 de la CE (derecho a tener un proceso con todas las garantías, asistencia de abogado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpables, etcétera). Es indiferente que las preguntas no las haga el juez, fiscal o agente de la autoridad, y que su finalidad no sea la de aclarar los hechos o la autoría, aunque teóricamente las respuestas no tengan que trascender a aquellos operadores; el derecho es absoluto y frente a todos (aunque solo sea para evitar que el proceso siga otra dirección).

En otra fase del procedimiento, también se debe prever el silencio sobre estos aspectos, y no solo por razones procesales (posibles recursos futuros de revisión, etcétera), sino por el hecho de respetar la intimidad. En este supuesto podría ser útil en el ámbito educativo pero, deberían tenerse en cuenta los intereses en juego informando al joven sobre las finalidades, ventajas y desventajas, y aceptando en todo momento la libertad de decisión, previa consulta —si la requiere— a su abogado.

Se debe perseguir el interés del menor, pero sin paternalismos, nos encontramos en una jurisdicción formalmente penal, por tanto, con garantías —que materialmente pretende ser educativa—.

Preguntas sobre el comportamiento delictivo-comportamiento delictivo anterior.

Para algunas de estas preguntas deberían seguirse las mismas precauciones que explicábamos anteriormente, puesto que, tal vez, algunos de estos delitos para los que se pregunta y que no se han descubierto, podrían no haber prescrito y explicarlos desde un punto de vista procesal sería como declarar contra uno mismo o declararse culpable, este hecho podría suponer el inicio de otros procedimientos en contra del menor.

Preguntas sobre el consumo de alcohol y drogas.

En relación con aquellas preguntas que vinculan el tema con presuntas infracciones diferentes a las que están en curso, se debe tener especial cuidado en que el letrado de la defensa pueda intervenir, ya que las ingestas tóxicas pueden afectar a la capacidad de culpabilidad y, por tanto, si el procedimiento se encontrara en fase de instrucción, podrían utilizarse en el juicio.

El resto de preguntas, pueden lesionar el derecho a la intimidad (artículo 18 de la CE). Con anterioridad, habíamos hablado de ponderar los efectos en juego con los efectos educativos (probablemente, la valoración del riesgo no sea de este tipo, aunque pueda tener relación). Todo ello, de acuerdo con un Estado de Derecho en el que las libertades solo pueden restringirse excepcionalmente, por ley y de forma proporcional al beneficio obtenido.

Preguntas sobre la vida de familia.

Algunas de las preguntas que se hacen pueden lesionar el derecho de la intimidad, pero no solo del menor, sino también del resto de familiares, lo que es aún más grave (intimidad personal y familiar —artículo 18 de la CE). Todavía estarían más fuera de lugar las preguntas relativas a la delincuencia de los familiares.

Preguntas sobre el comportamiento y el estado de ánimo.

Algunas preguntas lesionan el derecho a la intimidad, y en el capítulo de conducta violenta (uso de arma blanca, etcétera), en determinadas fases del proceso pueden lesionar el derecho a no declarar contra uno mismo (artículo 24.2 de la CE), ya que supone la incorporación factores negativos para el proceso.

Que por todo ello, con fecha 8 de febrero de 2008, pudimos dirigir un escrito a la Sra. Montserrat Tura, Consejera del Departamento de Justicia, que hicimos extensivo al Sr. Albert Batlle, Secretario Sectorial, y al Sr. Jordi Samsó, Director General de la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y de Justicia Juvenil —que se adjuntan con una copia— en el que manifestábamos la negativa a realizar los informes a los Juzgados de Menores siguiendo la metodología SAVRY. Al mismo tiempo, pedíamos la creación de una Comisión técnica, con amplia representación de todos los profesionales, que ayudara a elaborar un nuevo modelo de informe.

Que, de momento, en fecha 25 de febrero de este año, no se nos ha dado una respuesta a este escrito. Pero que, ante el hecho de no realizar los

informes a los Juzgados de Menores empleando la metodología SAVRY, desde el Servicio de Ejecución de Medidas, se nos advirtió verbalmente de iniciar un procedimiento sancionador en contra nuestro, si no cambiábamos de actitud al respecto. Ante esto, decidimos continuar nuestra actividad profesional, sin perjuicio de plantear esta queja, ante la imposibilidad de conversar con el Departamento.

Denunciaba entonces (hacia finales de 2008) el colectivo de educadores que la implantación del protocolo SAVRY suponía una importación a España de modelos procedentes de Estados Unidos y de Canadá y, por tanto, de otras culturas diferentes adonde este debía ser aplicado. Se añadía que:

Inicialmente el SAVRY está diseñado para valorar el riesgo de reincidencia en delitos violentos. Desde los Equipos Técnicos entendemos que una herramienta que está diseñada y validada y que tiene un objetivo tan claro no puede ser generalizada, estandarizada y aplicada indiscriminadamente a todos los menores o jóvenes que entran en contacto con la justicia juvenil y mucho menos que sea aplicable a aquellos jóvenes que están imputados por delitos no violentos (texto de la queja comentada).

En un primer momento, el Sindic de Greuges estimó la queja del grupo de educadores mencionado estimando la vulneración de derechos ya mencionada. También abogados, jueces de menores, fiscales y algunos profesores universitarios se pronunciaron entonces señalando el carácter intrusivo del protocolo (véase, entre otros, *El País*, 3 de agosto de 2010). La primera resolución del Sindic de Greuges, entre otras cuestiones, indicó que el Departament de Justicia en la aplicación del protocolo debía asegurar que: 1) se reconsiderara el uso del SAVRY en los procesos que no haya recaído sentencia firme; 2) que se asegure el principio de mínima intervención y el interés superior del niño interrogado; 3) que se garantice la previa información al menor de lo que se le preguntará y del uso que se hará con sus respuestas. Posteriormente, el Ombudsman catalán emitió una segunda resolución en la que reiteraba fundamentalmente los aspectos ya señalados.

Ante ello, el Departament de Justicia creó una Comisión encargada de estudiar los problemas indicados, fruto de la cual se procedió a: 1) restringir el empleo del SAVRY a delitos violentos (y no con la generalización anterior); 2) a utilizarlo con los jóvenes cada seis meses y no cada tres como al principio; 3) a utilizarlo también en centros de privación de libertad y 4) que en cuanto a los ítems o preguntas a realizar por los técnicos, estos tendrán mayor margen para su empleo. Se señala también el carácter voluntario que las respuestas de los jóvenes pasan ahora a tener frente a la obligatoriedad del primer modelo. También se resalta la información previa sobre el cuestionario que los jóvenes deben tener. El 16 de febrero de 2012, el Sindic de Greuges emite su última resolución señalando que da por cerrada la queja inicialmente planteada al haberse limado aquellos aspectos del SAVRY que en su día se habían denunciado.

La antigüedad del modelo multifactorial

Una vez que se ha presentado la recepción en España de los instrumentos actuariales para su utilización en el campo penitenciario (de adultos) y en general del sistema de justicia juvenil, conviene recordar que, en realidad, semejante racionalidad penal proviene de una larga tradición poco examinada. En efecto, este modelo de comprensión de la criminalidad, y de consecuente aplicación como técnica penitenciaria, no solo no es novedoso sino que puede ser largamente rastreado en la historia del pensamiento criminológico y penológico, en especial en el campo cultural norteamericano. Así empiezan reconociéndolo algunos de los autores citados cuando recuerdan que estas técnicas «se iniciaron hace setenta años con los estudios de Burgess en 1928» (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 279). A partir de entonces, destacan la utilización sistemática de los protocolos de predicción del riesgo en los ámbitos carcelarios de Estados Unidos, Canadá e Inglaterra. En orden a señalar los instrumentos que evalúan «los factores de riesgo asociados a la conducta violenta, la reincidencia y las necesidades de gestión del caso» (Nguyen, Arbach-Lucioni y Pueyo, 2011: 279) enumeran algunas escalas de valoración tales como el Level of Service-Revised (LSI-R), su posterior versión LS/CMI, el Offender Assessment System (OASys) o el Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) entre otros. Si ello ha sido utilizado en el campo penal de adultos, como se ha visto, también cabría citar al instrumento del SAVRY para el ámbito penal minoril.

Debe a ello añadirse que, en efecto, un modelo semejante fue el adoptado hace casi un siglo atrás por la llamada «Escuela de Chicago» en la Criminología de corte sociológico la cual desarrolló una aproximación siempre conocida con el nombre de «enfoque factorial o multifactorial» (cfr. Bergalli, 1983; Pavarini, 2006; Baratta, 1991). En realidad, dicha dirección criminológica supuso entonces un intento de actualización del paradigma etiológico de la criminalidad propio de la *Scuola Positiva* italiana de Enrico Ferri,¹⁷ especialmente, quien en los últimos años del siglo XIX ya argumentaba acerca de la necesidad de combinar factores físicos, antropológicos y sociales tales como costumbres, ambiente familiar, nivel educativo, alcoholismo, carrera delictiva y relaciones sociales (entre otros factores) para que, con la ayuda de la estadística se pudiera realizar una intervención eficaz. En efecto, semejante modelo tuvo una amplia acogida en la Penología norteamericana de las primeras décadas del siglo XX y dio lugar al nacimiento de las llamadas «tablas de prognosis» criminal que se difundieron en el sistema penal y penitenciario de los Estados Unidos (entre otros, véase

17 Véase al respecto su *Sociologia Criminale* (1900).

Clemmer, 1958; Garland, 1990; Feeley y Simon, 1992).¹⁸ En efecto, existe una importante literatura que da cuenta de la difusión de este enfoque en los centros de investigación y enseñanza norteamericana de entonces y, especialmente, en la práctica de la criminología administrativa apegada a centros de gestión penitenciaria (cfr. Wolfgang y Ferracutti, 1966).

Señalaba Bergalli hace más de treinta años al respecto, que de allí surgió fuertemente la idea de que el delito es producto de la singularidad de su autor y de las circunstancias externas que rodean a este, expresadas en el mismo momento del hecho.

Este concepto fue también sostenido por el belga Prins y por el holandés van Hamel quienes junto a von Liszt fundan la Unión Criminalista Internacional (*Internationale Kriminalistische Vereinigung-IKV*). Semejante perspectiva determina una acentuación diferente (bajo la fórmula *disposición-medio ambiente*) en Europa; o como *enfoque multifactorial* en Norteamérica, en el pensamiento criminológico respecto de la descripción y el análisis causal, hasta la Segunda Guerra Mundial (Bergalli, 1983: 111).

Esos análisis tuvieron, en gran medida, el apoyo teórico y metodológico que la estadística de entonces brindó. El conocimiento norteamericano de los trabajos fundadores de Quételet y Guerry¹⁹ fueron decisivos para la construcción de una aritmética criminológica (Bergalli, 1983: 99) que tuvo la pretensión científica de afirmar que, una vez analizada la biografía de una (y de muchas) personas, se podía predecir su comportamiento futuro tras el empleo de diversas varas de medir conductas. La vieja categoría de la peligrosidad aparecía ahora remozada a través de la combinación de la psicología y la estadística. Una larga tradición, como se ve ya centenaria, emerge de estas consideraciones.

También las objeciones a semejante modelo de comprender la criminalidad son casi tan antiguas como su propia existencia. En extrema síntesis, las críticas (de entonces) se agrupan en dos campos, uno de fondo y otro propedéutico. El primero hace alusión a la concepción misma del delito natural, que entiende que este posee una cualidad, una entidad ontológica y no es el resultado de procesos de construcción, selectividad y decisión política. El segundo, alude a la negación de la pretensión de científicidad del trabajo criminológico estadístico

18 En torno a la amplia difusión que aquellos modelos multifactoriales tuvieron en las disciplinas criminológicas y penológicas de las primeras décadas del siglo XX, pueden especialmente consultarse las actas de los Congresos Penitenciarios Internacionales —que en realidad habían nacido en el siglo anterior— y que supusieron un auténtico laboratorio de discusión de ideas en torno al paradigma multifactorial (puede verse una sistematización de los mismos en Rivera 2008 y 2009).

19 Su influencia provino decididamente de la difusión de sus famosas obras *Essai sur la statistique morale de la France* publicada por Guerry en París en 1833 y *Sur l'homme et le développement de ses facultés. Essai de physique sociale* publicada dos años más tarde.

a través del desarrollo, fundamentalmente, de la teoría de la «cifra oscura» de la criminalidad. En efecto, por ella se objeta que los trabajos clásicos de estadística criminal se apoyan en la consideración de una criminalidad y no en *toda la* criminalidad que efectivamente se produce pero que no se registra oficialmente. Esta objeción pone de manifiesto que, normalmente, estos estudios no han evaluado la delincuencia de cuello blanco, la de carácter mercantil ni empresarial, la propia de la corrupción política, los delitos de los mercados, la criminalidad estatal y por tanto sigue centrada en una delincuencia fundamentalmente producida desde los estratos subalternos de la sociedad reforzando así esos patrones culturales y de clase.²⁰

No obstante esas críticas, tal vez una de las más importantes objeciones haya sido la formulada por Bergalli hace ya varias décadas, tras estudiar durante muchos años la problemática de la «recaída en el delito» en diversos órdenes culturales (Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, principalmente). Cuando el citado autor examina los postulados multifactoriales de la Escuela de Chicago —a la cual pertenecía adscrito el propio Burgess que citan Nguyen, Arbach y Pueyo— afirma:

resultado de ello ha sido el desarrollo demostrado de lo que se conoce como 'prognosis criminal', la cual, en un primer tiempo, tuvo aplicación casi aislada en el ámbito de la ejecución penal [...]. La expresión de posibilidades sobre el futuro comportamiento legal de las personas, a través de la constatación de ciertos datos sobre alguien que aparezcan reunidos en las denominadas 'tablas de prognosis', permitía suponer que la previsión del comportamiento de sujetos que ya han sido identificados penalmente iba a otorgar mayor seguridad a las decisiones [...]. Todo punto de partida para llegar a semejantes decisiones por medio de la prognosis está siempre constituido por el hecho penal y por la personalidad de su autor, aunque, en algún caso, el afán desenfrenado por saber siempre más acerca del comportamiento de las persona, ha llegado a conectar sistemáticamente los presupuestos que otorga la prognosis criminal con sistemas de control exacerbados. A tal punto se ha extendido la prognosis criminal que, mediante el empleo de la estadística, el control se ha ido transformando en influjo dominante que gobierna el objeto social de ciertas políticas [...]. Si se acepta que el enfoque multifactorial encierra una perspectiva de dimensiones múltiples de la realidad del delito en la que cada hecho ejecutado por uno o más autores no refleja una personalidad independiente de las condiciones ambientales, se estará presentado a un individuo que lleva grabados en sí los caracteres del medio social que lo circunda (1983: 112).

En el fondo, lo que subyace al modelo comentado, es la noción del *carácter antisocial* del comportamiento de la persona objeto de evaluación. Y, como es sabido, dicha noción pertenece en realidad también a

20 Sobre tales objeciones existe una dilatada bibliografía. Brevemente pueden citarse los trabajos de Baratta (1975); Christie (1969); Ferrarotti (1974); Grispigni (1928); Jiménez de Asúa (1963); Kaiser (1978); Sellin y Wolfgang (1964).

una particular dirección de la Criminología norteamericana que es la apegada a la *categoría de la desviación*. No hay espacio aquí para abordar en profundidad esta línea propia de una particular época,²¹ pero al menos debe recordarse que la noción que asocia desviación con comportamiento antisocial ha sido profusamente tratada también por una tradición académica que intentó efectuar una tipología de semejante relación. Así se estableció la noción de: a) desviación y comportamiento antisocial como anormalidad estadística (Pitch, 1975); b) desviación y comportamiento antisocial como comportamiento que viola las reglas normativas, las intenciones o las expectativas del sistema social (Pitch, 1975); c) desviación y comportamiento antisocial como determinación de las norma cuya valoración se entiende como comportamiento desviado (Cloward y Ohlin, 1961); d) desviación y comportamiento antisocial como un problema de definición (Bergalli, 1980: 172).

En efecto, el problema final será *quién define a otro como antisocial*.

A modo de reflexiones finales

Numerosas reflexiones se abren a propósito de lo analizado en este ensayo. Intentando una enumeración de ellas, podrían sintetizarse brevemente del modo siguiente:

1. Pocas dudas existen acerca de la recepción en España de una racionalidad punitiva de corte actuarial que ha impregnado fuertemente el sistema penal juvenil y penitenciario de adultos. Esa importación de modelos foráneos y extraños a la tradición constitucional en la que se inserta España, pese a haber sido resistida en ocasiones por sus propios aplicadores de base y otros operadores del sistema penal, ha penetrado fuertemente en el mismo.
2. Incluso la recepción aludida ha emulado en parte la metodología de elaboración de esos otros países de tradición jurídica diferente a la española. Se alude a la metodología que combina trabajos y acuerdos entre una Administración penitenciaria, el ámbito universitario y las empresas privadas de asesoría y *consulting* que han sido citadas.
3. El *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, en el marco del proyecto de investigación «¿Resocialización o incapacitación? Sostenibilidad del sistema penitenciario español ante las nuevas realidades delictivas y demandas de Seguridad», ha realizado —entre otras metodologías— sendos *focus groups* con abogados del Colegio de Abogados de Barcelona que se dedican a la defensa jurídica de presos condenados con el fin de

21 Y desde luego, no trataré aquí la relación entre el concepto de antisocial con la política criminal del nacionalsocialismo alemán y sus leyes específicas.

conocer su opinión acerca de las consecuencias de la recepción de los instrumentos actuariales que se han examinado aquí. Fruto de la realización de dicha experiencia, emerge que la antigua dialéctica señalada a propósito de la naturaleza jurídica de la ejecución penal, se ve remozada por nuevos contornos en la actualidad. En efecto, pareciera que la tensión entre la afirmación jurídico-procesal de ella y su deriva psicológica, no solo permanece sino que esta última se ha vigorizado en detrimento de la primera.

En efecto, si se acude a la opinión actual de numerosos abogados —al menos en Cataluña— que se dedican al ejercicio profesional del derecho penitenciario ante los juzgados de Vigilancia penitenciaria emergen una serie de opiniones que conviene citar textualmente. Destacan estos profesionales los niveles de indefensión que, desde un punto de vista jurídico, provocan las escalas *RISCANVI* al señalar que, si bien en teoría no existe obligatoriedad de los presos a someterse a ellas «quien no lo hace no sale de permiso». Se quejan de la «obligatoriedad encubierta» que encierra tener que someterse a una serie de programas que se presentan al exterior como «evidencia» del tratamiento pero que, «o no hay capacidad real para la intervención o la participación del preso representa una conformidad exterior que opera como requisito para obtener un beneficio penitenciario». Añaden estos profesionales que muchas veces durante años los presos reciben visitas de los profesionales y que hacia el final de su condena se les quiere asignar un tratamiento que no tiene que ver con su delito.

Asimismo, los abogados dedicados al derecho penitenciario tienen clara una estandarización generalizada del tratamiento a través de las escalas predictivas comentadas y en tal sentido señalan, por ejemplo, que «las Juntas de Tratamiento mandan ante el Juez de Vigilancia antes los cuales no hay una oportunidad real de contradecir el resultado y las puntuaciones de las escalas». Expresamente se quejan: «mientras antes citábamos derechos y leyes ahora citamos resultados del *RISCANVI*». Este instrumento es por ellos percibido como «una sentencia final de lo que eres y de lo que serás».

En torno a la antes citada dialéctica entre consideraciones de hecho o de autor, señala el equipo de defensores que «en prisión vemos cada vez más una tendencia a enjuiciar al autor y no al hecho, un juicio sobre la persona a través de métodos actuariales», pues «el criterio es la peligrosidad».

Agregan los letrados que, «antes, la Administración penitenciaria tenía el deber de argumentar de forma motivada las denegaciones de permisos o cualquier otra valoración, ahora los internos y nosotros nos encontramos con impresos formalizados». Aunque formalmente parezca respetarse el principio de «individualización científica» que

orienta la Ley Penitenciaria, «materialmente, la estandarización de las escalas predictivas supone su negación en la práctica».

4. En otro orden, cabría abrir un debate acerca de la posible colisión de la evaluación de estas escalas predictivas con los derechos constitucionales de las personas evaluadas en situación de privación de libertad. Tal y como se ha visto de las objeciones de los educadores de justicia juvenil acerca del instrumento SAVRY como de los otros profesionales en torno al RISCANVI, pareciera detectarse una evaluación sumamente intrusiva en las personas que podría ir en detrimento de los derechos a la intimidad, a la libertad religiosa, a no declarar contra sí mismos ni a declararse culpables, entre otros. Otra vez la tensión entre derechos subjetivos y beneficios penitenciarios.
5. Mención específica requiere la consideración del concepto de «anti-social» situado dentro de los esquemas de medición de riesgos. La pregunta es si ello no supone un rescate posmoderno de la decimonónica categoría de la peligrosidad y de la desviación de triste recuerdo. Porque además, al final de la evaluación, ¿quiénes son los que presentarán perfiles más positivos o de riesgo bajo? Desde luego, no los pobres, ni los inmigrantes, ni las personas con escasa o nula estructura familiar y arraigo, es decir, los de mayor vulnerabilidad social, económica, familiar, laboral... Por el contrario, aquellos que puedan presentar historiales de fuertes recursos socio-económicos obtendrán una mejor evaluación. Como se vio, estas críticas pese a ser ya centenarias, parece que deben ser nuevamente recordadas en el presente.
6. Una consideración final, de otro orden. Debería hacerse una seria advertencia acerca de la acumulación de información en bases de datos que se están almacenando con la aplicación de estos instrumentos. Esa información ya no recae solo sobre las personas interrogadas, ahora también lo hace sobre sus entornos laborales, escolares y familiares. Será pertinente preguntarse por dichas bases de datos, su eventual utilización futura y, ya que tanto hemos empleado la palabra, habrá que averiguar acerca de los *riesgos* de semejante instrumento de poder *gubernal* (Foucault, 2000).²²

22 En este sentido, y además de todo cuanto se ha dicho, conviene no olvidar que ya desde el 2008 se creó otro fichero de información que recoge información íntima del preso y de sus familiares, es el conocido como 'Sistema Informático Social Penitenciario' (SISPE) y comenzó a funcionar el 11 de octubre, después de que el entonces Ministro del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, ordenara su creación el 26 de setiembre. En un principio se pretendía justificar para evitar excarcelaciones «inadecuadas» en los casos de pederastas y los maltratadores de mujeres. El archivo contiene información tan sensible que la Agencia de Protección de Datos, que dio el visto bueno a este registro, pidió a la Administración que protegiera el fichero con medidas de seguridad de nivel alto. Además de los datos ya habituales sobre condena, reincidencia y de-

más, el fichero recoge el nivel educativo (incluso los motivos por los que una persona dejó los estudios), información sobre su ambiente familiar, situación de su entorno desde que fue encarcelado o información sobre su vivienda habitual, si residía en un ambiente marginal, urbano o rural. También incluye todos los detalles relacionados con la vida laboral de los presos e información muy íntima, como las enfermedades contraídas (con especial atención al sida), salud mental, discapacidades, tratamientos médicos recibidos o personas con las que el preso se relaciona habitualmente. También recoge un amplio historial sobre consumo de drogas: edad de inicio, tratamiento recibido, lugar del tratamiento, tiempo de consumo o tipo de sustancias. Esta base de datos sirve para decidir qué presos pueden cumplir medidas alternativas a la cárcel en la calle, o bien acceder a la libertad condicional o a un tercer grado. Además, toda esta información se comparte: cualquier juez, tribunal o fiscal puede conocer no solo los antecedentes del detenido o preso, sino todo su historial personal y determinar, por ejemplo, si se le puede conceder el tercer grado porque no existe riesgo de reincidencia.

También cabe citar la reacción del Sistema de Identificación Automatizado (SIA) que, entre otros datos que registra, puede leerse en sus pestañas el registro de elementos antropométricos, si lleva tatuajes y otros semejantes.

Bibliografía

- Andrés-Pueyo, A. y López, S. (2005) *SARA. Manual para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Andrés-Pueyo, A. y Hilterman, E. (2005) *SVR-20, Manual de valoración del riesgo de violencia sexual*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- (2005) *HCR-20, Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Andrews, D. A. (1989) «La reincidencia es predecible y puede ser influenciada: el uso de la evaluación de riesgo para disminuir la reincidencia», en *Foro sobre la investigación correccional*, vol. I, núm. 2 (11-18), Canadá, Correccional Service Canada.
- y Bonta, J. (1994) *The psychology of criminal conduct*, Cincinnati (Ohio), Anderson.
- Baratta, A. (1975) «Criminologia liberale e ideología della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, año I, núm. 1, 7-65.
- (1991) «Teoría de la pena, teoría de la prevención general positiva o teoría de la función simbólica del derecho Penal», en *Pena y Estado*, n.º 1.
- (1993) *Resocialización o Control Social. Por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado*, República Federal de Alemania, Universidad del Saarland.
- Beck, U. (1998) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, (traducción: J. Navarro, D. Jiménez, M^a R. Borrás).
- Beech, A. (2014) «Factores de riesgo para el delito y nuevos factores en el tratamiento», conferencia del 26 de junio en el Seminario *Evaluación del Riesgo de Violencia: Guías HCR-20, SVR-20, SARA y Escalas de Psicopatía*, Barcelona, Universitat de Barcelona (IL3, Institut de Formació Contínua).
- Bergalli, R. (1980) *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, Sertesa.
- et al. (1983) *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Barcelona, Península.
- Bergalli, R. (1986) «Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España», en *Doctrina Penal*, n.º 36, Buenos Aires, Depalma, 577-597.
- (1987) «Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España», ponencia presentada en las Jornadas sobre Tractament Penitenciari: Pena i ressocialització, Lleida, 1985, en *Papers d'Estudis i Formació*, n.º E/1-1987, 51-66.
- Bonta, J. et al. (1998) «The prediction on criminal and violent recidivism among mentally disorderer offenders», en *Psychological Bulletin* 123, 123-142.
- Brandariz, J.A. (2014) *El Gobierno de la Penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson.
- (2015) «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: Transformaciones de la penalidad y modificación práctica de la

- realidad penitenciaria», en *Crítica penal y Poder*, núm. 8, Barcelona, Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona.
- Burguess, E.W. (1928) «Factors determining Success of Failure in Parole», en A.A. Bruce y otros (ed.), *The Working of the Indeterminate-Sentence Law and the Parole Systems in Illinois*, Springfield, Illinois State Board of Parole.
- Clemmer, D. (1958) *The Prison Community*, Nueva York, Rinehart & Winston.
- Cloward, R.A. y Ohlin, L. (1961) *Delinquency and Opportunity. A theory of Delinquent Gangs*, Londres, Glencoe Illinois.
- Christie, N. (1969) *Conclusions on the Criminological and Penological Aspects of the Dark Figure*, en Sixth European Conference of Directors of Criminological Institutes (44-48), Estrasburgo.
- Del Rosal, J. (1949) *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, Casa Martín.
- Dobón, J. y Rivera Beiras, I. (2006) *La cultura del riesgo. Derecho, Filosofía y Psicoanálisis*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Feeley, M. y Simon, J. (1995) «La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones», en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 4, n.º 6-7, 33-58, (traducción: M. Sozzo).
- Ferrarotti (1974) *Il pensiero sociológico da Augusto Comte a Max Horkheimer*, Milán, Mondadori.
- Ferri, E. (1900) *Sociologia Criminale*, 4.ª edición, Turín, Bocca.
- Garland, D. (1987) [1985], *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot.
- (1990) *Punishment and Modern Society. A study in social theory*, Chicago, The University of Chicago Press. Versión en castellano: (1999), *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México D.F., Siglo XXI Editores.
- (1996), «The Limits of the Sovereign State. Strategies on Crime Control in Contemporary Society», en *British Journal of Criminology* 36, vol. 4.
- (2000), «The Culture of High Crime Societies, Some Preconditions of Recent 'Law and Order' Policies», en *British Journal of Criminology*, 40, 347-75.
- (2001a), *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford, University Press. Versión en castellano: (2004), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa (traducción: M. Sozzo).
- (2001b) «Introduction. The meaning of mass imprisonment», en *Punishment & Society*, vol. 3, n.º 1, enero, 5-7.
- García Borés, J.M. (1993a) *La finalidad reeducadora de las penas privativas de libertad en Cataluña (vol. 1 y 2)*, Tesis doctoral leída en el mes de junio en el Departamento de Psicología Social de la Universidad de Barcelona.
- (1993b) «Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis

- de una intervención institucional», en M. García Ramírez (comp.), *Psicología Social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Sevilla, Eudema.
- García Borés, J.M. (2008) «El tratamiento penitenciario», en Rivera Beiras, I. (ed.), *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, tomos I y II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2.ª edición.
- Glueck, S. y E. (1970) *Towards a Typology of Juvenil Offenders*, Nueva York, Londres.
- Greenwood, P.W. (1982) *Selective Incapacitation*, Santa Mónica, Rand Coro.
- Grispigni, F. (1928) *Introduzione alla Sociologia Criminale*, 2.ª edición, Turín, UTET.
- Grup d'Estudis Avançats en Violencia (2014) *Cuaderno de Trabajo. Evaluación del riesgo de violencia: Guías HCR-20, SVR-20, SARA y escalas de psicopatía*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Hare, R.D. (2013) *Escala de Evaluación de Psicopatía de Hare revisada. PCL-R*, Madrid, Tea ediciones.
- Hathaway, S.R. y Monachesi, E. (ed.) (1953) *Analysing and Predicting Juvenile with the MMPI*, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- Hilterman, E. (2003) «Riesgo más allá de los muros: un caso de sentimientos o de datos estructurados?», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 13, Barcelona, Escola de Policia de Catalunya.
- Kaiser, G. (1978) *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, Espasa Calpe.
- Lea, J. y Young, J. (1993) [1984], *What is to be done about law & order?*, Londres, Boulder, Pluto Press.
- Lea, J. (2004) *Delito y Modernidad*, México, Editorial Fontamara (traducción: A. Piombo).
- Logan, W.A. (2000) «A Study in "Actuarial Justice": Sex Offender Classification Practice and Procedure», en *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), 503-637.
- Luque Reina, M.E.; Ferrer Puig, M. y Capdevila i Capdeliva, M. (2005) *La Reincidència Penitenciària a Catalunya*, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Nguyen, Th.; Arbach-Lucioni, A. y Andrés-Pueyo, A. (2011) «Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, 273-294.
- Nicolás, G. (2005) «La desembocadura en la 'sociedad del riesgo'. Su marco teórico europeo», en *Política Criminal y Sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona. Anthropos, 226-243.
- Pavarini, M. (2006) «Prólogo» a la obra de Iñaki Rivera *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Pitch, T. (1975) *La devianza*, Florencia, La Nuova Italia.
- Redondo Illescas, S. (2005) «Presentación», en *SVR-20 Manual de valoración del riesgo de violencia sexual*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Rivera Beiras, I. (1992) «Análisis socio-jurídico de la normativa penitenciaria internacional», en I. Rivera (coord.), *Cárcel y derechos humanos*.

- Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, J. M. Bosch Editor S.A., 23-91.
- Rivera Beiras, I. (1993) «La “devaluación” de los derechos fundamentales de los reclusos», ponencia presentada a las Jornadas organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates en Barcelona, 7 y 8 de mayo.
- (2008 y 2009) *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, tomos I y II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2.^a edición.
- (2011) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2.^a edición.
- Sellin, Th. y Wolfgang, M. (1964) *The measurement of Delinquency*, Nueva York, John Wiley & Sons.
- Torrubia, R.; Poy, R. y Moltó, J. (2010) «Prólogo y agradecimientos a la edición española», en *Manual PCL-R. Escala de Evaluación de Psicopatía de Hare revisada*, Madrid, Tea ediciones.
- Wolfgang, M. y Ferracuti, F. (1966) *The subculture of Violence. Towards and integrated Theory in Criminology*, Londres, Social Science Paperbacks.
- Zysman, D. (2011) «La crisis del ‘welfare’ y sus repercusiones en la cultura política anglosajona», en Rivera Beiras, I. (ed.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2.^a edición, 255-285.
- (2013) *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las «United States Sentencing Guidelines*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo, Marcial Pons.

Los autores

Isabel Arriagada

Abogada por la Universidad de Chile y magíster en Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Fue seleccionada por la Comisión Fulbright para realizar su doctorado en Estados Unidos en 2015 en la Universidad de Minnesota. Ha dedicado su trabajo académico al estudio del aparato carcelario y el impacto de las políticas públicas penitenciarias sobre el bienestar de la población reclusa. Es fundadora de la ONG Leasur en Chile, dedicada activamente a la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad.

Gianella Bardazano

Abogada. Profesora adjunta de Filosofía y Teoría del Derecho y Profesora Agregada de Filosofía del Derecho en la Universidad de la República. Integrante del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR).

Diego Camaño

Profesor Adjunto de Derecho Penal (Universidad de la República). Miembro del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR) y socio fundador del Centro de Investigación y Estudios Penales (CIEPUR). Ha sido Consultor para el BID, el PNUD, la Junta Nacional de Drogas y el Centro Internacional para la Justicia Transicional. Ha publicado y dictado conferencias en su país y en el extranjero sobre temas de derecho penal, procesal penal y derecho penal internacional.

Aníbal Corti

Licenciado en Filosofía (Universidad de la República). Fue docente de la Universidad de la República y actualmente del Instituto de Profesores Artigas (IPA).

Nicolás Duffau

Licenciado en Ciencias Históricas por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República y magíster en Ciencias Humanas opción Historia Rioplatense por la misma casa de estudios. Actualmente es doctorando en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como profesor adjunto del Departamento de Historiología del Instituto de Ciencias Históricas de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación e integra el Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Ha participado de varios proyectos de investigación sobre historia política y social en los siglos XIX y XX y actualmente es coordinador académico del grupo de investigación *Crisis revolucionaria y procesos de construcción estatal en el Río de la Plata*.

María de los Ángeles Fein García

Estudiante de las licenciaturas de Historia (Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República) y de Trabajo Social (Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República). Ha participado en proyectos de investigación del Departamento de Historia Americana de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación durante su desempeño como colaboradora honoraria en dicho Departamento.

Daniel Fessler

Magíster en Ciencias Humanas y doctorando en Historia por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Participa en proyectos de investigación en el Departamento de Historia del Uruguay, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República.

Álvaro Garcé García y Santos

Ex-Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario. Integrante y Secretario Relator del Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada. Profesor de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de Evolución de las Instituciones Jurídicas en la Facultad de Derecho de Universidad de la República.

Roberto Gargarella

Abogado y sociólogo, doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad de Chicago), investigador del Conicet y profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad Torcuato Di Tella.

Virginia Ginares Echenique

Abogada, se desempeñó como Juez Letrada de los departamentos de Tacuarembó y Colonia.

Víctor Hugo González

Magíster en Psicología Social por la Facultad de Psicología de la Universidad de la República y licenciado en Sociología por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Se desempeña como docente e investigador en la Facultad de Ciencias Sociales y en el Ministerio del Interior en el Área de Gestión y Seguimiento Presupuestal en la División de Desarrollo Institucional.

Cecilia Lacruz

M.Phil. en Latin American Studies por la Universidad de Cambridge y MA en Film Studies por la University College Dublin (UCD), actualmente realiza el doctorado en Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es integrante del Grupo de Estudios Audiovisuales (GEstA, Montevideo) e investigadora activa —nivel iniciación— del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Escribió «La experiencia del semanario *Marcha* y el cine político en el Uruguay», en el volumen *Efectos de imagen: ¿qué fue y qué es el cine militante?* (Chile, 2014) y «Uruguay: la comezón por el intercambio», en el libro colectivo *Las rupturas del 68 en el cine de América Latina* (Buenos Aires-Madrid, AKAL, en prensa).

Rafael Rey

Periodista. Editor de la Mesa Américas de la Agencia de Noticias Sputnik Nóvosti. Colaborador del *Semanario Brecha* y *El País Cultural*. Entre 2007 y 2014 estuvo a cargo del área periodística de la Agencia de Comunicación por la Infancia y la Adolescencia «Voz y Vos» (El Abrojo-Unicef). Publicó los informes «Niñez y adolescencia en la prensa escrita uruguaya» correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010-2013 (Voz y Vos-Unicef, 2009; 2010 y 2014); «La violencia basada en género en los medios de comunicación uruguayos. Monitoreo de medios 2010-2012» (Voz y Vos/Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para eliminar la violencia contra la mujer, 2013) y «Adolescentes en conflicto con la ley en la prensa uruguaya. Enero-Junio 2011» (Voz y Vos, 2011), todos en colaboración con Paula Baleato y Alejandro Albarracín. Realizó estudios de Historia en la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República.

Iñaki Rivera Beiras

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (Centro de Investigación Universitario reconocido como Consolidado por parte del Gobierno de la Generalitat de Cataluña) y Director Científico del Máster oficial en Criminología; Política Criminal y Sociología Jurídico Penal y del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la UB.

Emiliano Rojido

Licenciado en Sociología por la Universidad de la República con posgrado en Políticas Públicas por la Universidad de Chile y maestría en Ciencias Sociales por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (Brasil). Se ha desempeñado como Coordinador de Sistemas de Información en el Área de Gestión y Evaluación del Estado de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (Uruguay), y como consultor independiente en temas relativos a violencia, criminalidad y seguridad pública para instituciones nacionales e internacionales. Actualmente es investigador del Departamento de Sociología de la Universidad de la República y del Laboratorio de Análisis de la Violencia de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Sus principales

temas de interés son metodología de la investigación, delito juvenil, homicidios, sistema penitenciario, policía y evaluación políticas públicas en seguridad.

Verónica Roldós

Estudiante de la Licenciatura en Ciencias Históricas de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República. Ha participado de investigaciones relativas a la creación de la primera penitenciaría del Uruguay y a la vida de las mujeres en la Baja Edad Media, cuando trabajó honorariamente en el Departamento de Historia Universal de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la República.

Nicolás Trajtenberg

Cientista Social. Candidato a Doctor en Criminología por la Universidad de Cambridge, máster en Criminología por la Universidad de Oxford y la Universidad Autónoma de Barcelona, máster y licenciado en Sociología por la Universidad de la República. Investigador y docente del Departamento de Sociología de la Universidad de la República. Sus principales temas de interés son teorías del crimen y violencia, criminología cross cultural, delito juvenil, métodos para evaluar relaciones causales, filosofía de las ciencias sociales, políticas de prevención del delito, castigo y sus fundamentos normativos.

Carlos Uriarte

Es doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y ejerce liberalmente la profesión de abogado; es profesor adjunto de Derecho Penal en las facultades de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay (UCU). Fue director de la Escuela de Capacitación Penitenciaria (1985-1988), gerente del Sistema de Ejecución de Medidas sobre Jóvenes en Infracción (2005-2008). Investigador en las facultades de Derecho, Ciencias Sociales, IIDH, ILANUD, UNICRI, Unicef y Consultor en Políticas Criminales y Penitenciarias, Programa de Seguridad Ciudadana, Procuraduría de Derechos Humanos del Gobierno de El Salvador y del Sistema Penitenciario bonaerense (1998-2010).

Títulos publicados en la colección Artículo 2

- *Intensificación agrícola: oportunidades y amenazas para un país productivo y natural*. Autores: Fernando García Préchac, Oswaldo Ernst, Pedro Arbeletche, Mario Pérez Bidegain, Clara Pritsch, Alejandra Ferenczi y Mercedes Rivas.
- *La desafiliación en la Educación Media y Superior de Uruguay. Conceptos, estudios y políticas*. Coordinador: Tabaré Fernández Aguerre. Autores: Marcelo Boado Martínez, Marisa Bucheli Anaya, Santiago Cardozo Politi, Carlos Casacuberta Guemberena, Lorena Custodio Pallares, Cecilia Pereda Bartesaghi y Ana Verocai Masena.
- *La inserción internacional de Uruguay en debate*. Coordinadores: Lincoln Bizzozero, Gerónimo de Sierra e Inés Terra.
- *(Des)penalización del aborto en Uruguay: prácticas, actores y discursos. Abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja*. Coordinadores: Niki Johnson, Alejandra López Gómez, Graciela Sapriza, Alicia Castro y Gualberto Arribeltz.
- *La matriz energética: una construcción social*. Autores: Reto Bertoni, Virginia Echinope, Rossana Gaudio, Rafael Laureiro, Mónica Lous-taunau y Javier Taks.
- *La distribución de la riqueza en Uruguay: elementos para el debate*. Autores: Verónica Amarante, Matías Brum, Amparo Fernández, Gustavo Pereira, Alejandra Umpiérrez, Andrea Vigorito, Gabriel Burdín y Ulises García-Repetto.
- *Uruguay. Inseguridad, delito y estado*. Coordinadores: Rafael Paternain y Álvaro Rico. Ediciones Trilce.
- *La violencia está en los otros*. Coordinadores: Victor Giorgi, Gabriel Kaplún y Luis Eduardo Morás. Ediciones Trilce.
- *Para entender las radiaciones: energía nuclear, medicina, industria*. Autores: Gabriel González Sprinberg y Carolina Rabin Lema.
- *Aporte universitario al debate nacional sobre drogas*. Autores: Carlos Casacuberta, Mariana Gerstenbluth, Patricia Triunfo, Gianella Bardazano, Rafael Bayce, Verónica Filardo, Sebastián Aguiar, Clara Musto, Diego Pieri, L. Nicolás Guigou, Valentín Magnone, Gabriel Eira Charquero, Carlos García Carnelli y Selva Cairabú.
- *Municipios: una política en el tintero*. Coordinadores: Alejandra Andrioli, Paula Florit y Maximiliano Piedracueva.
- *Universalizar la educación media en Uruguay: ausencias, tensiones y desafíos*. Coordinadoras: Verónica Filardo y María Ester Mancebo.

- *Repercusiones de las inversiones forestales: la ampliación del puerto de La Paloma*. Coordinador: Diego Piñeiro.
- *Los sentidos del castigo: el debate uruguayo sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Coordinadores: Carolina González Laurino, Sandra Leopold Costáble, Laura López Gallego y Pablo Martinis. Ediciones Trilce.
- *Salud Mental en debate. Pasado, presente y futuro de las políticas en salud mental*. Coordinador: Néstor de León.
- *Ley de Caducidad un tema inconcluso. Momentos, actores y argumentos (1986-2013)*. Organizador: Aldo Marchesi. Autores: Gianella Bardazano, Álvaro de Giorgi, Ana Laura de Giorgi y Diego Sempol. Colaboradores: Nicolás Duffau y Diego Luján. Ediciones Trilce.
- *Prevención de la conducta suicida en adolescentes. Guía para los sectores educación y salud*. Autores: Cristina Larrobla, Alicia Canetti, Pablo Hein, Gabriela Novoa y Mariana Durán.
- *El tránsito entre ciclos en la Educación Media y Superior de Uruguay*. Editores: Tabaré Fernández Aguerre y Ángela Ríos González.
- *Uruguay: una muralla impide la plena vigencia de los derechos humanos. Nuestro país no acata los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Director: Alberto Pérez Pérez. Coordinadores: Olga Díaz Pedemonte y Daoiz Uriarte Araújo. Integrantes: Gervasio Dalchiele, Fernando Marán, Lorena Placencia y Marcelo Vigo.
- *La violencia contra las mujeres en la agenda pública. Aportes en clave interdisciplinar*. Autoras: Carla Calce, Valeria España, María Goñi Mazzitelli, Natalia Magnone, Serrana Mesa, Flor de María Meza Tanata, Gabriela Pacci, Susana Rostagnol y Mariana Viera Cherro.

DISCUTIR LA CÁRCEL, PENSAR LA SOCIEDAD

Contra el sentido común punitivo

Los trabajos compilados en este libro buscan contribuir a la discusión pública sobre el funcionamiento de las instituciones de reclusión penitenciaria. Para ello se reúnen aportes desde diversos abordajes (filosófico, jurídico, criminológico e histórico) que analizan la temática de la cárcel desde el siglo XIX hasta nuestros días y buscan familiarizar a un público no especializado con la problemática.

Una intuición que hemos desarrollado en buena parte de las sociedades occidentales es que cuando alguien comete un delito, y en particular si este es grave, o si lo hace en forma reiterada, una respuesta razonable y eficaz es privarlo de libertad. Desde un punto de vista moral, estamos acostumbrados a pensar que hacer justicia en materia criminal supone necesariamente el empleo de la cárcel como instrumento de castigo. Cuando una ofensa es cometida, se espera que el ofensor rinda cuentas a la sociedad. El castigo suele ser considerado parte importante de esa rendición de cuentas y la cárcel el instrumento privilegiado para imponerlo.

Los compiladores consideran que una sostenida discusión pública sobre la viabilidad del proyecto penitenciario, sus debilidades y sus posibles reformas, permitirá problematizar esa visión de la cárcel como un lugar donde son enviados los «deshechos sociales», que solo alcanza con encerrar, que el delito y su castigo son un problema acotado sin ningún tipo de relación con la sociedad.

- La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo *por Eugenio Raúl Zaffaroni*
- Génesis del sistema penitenciario uruguayo (1862-1888) *por Verónica Roldós y Rafael Rey*
- El «hospital de almas». Propuestas de reformas carcelarias en Uruguay (1878-1884) *por Daniel Fessler*
- El debate sobre los «locos criminales» en el Uruguay del Novecientos. Análisis histórico de una problemática actual *por Nicolás Duffau*
- De la Colonia Educativa de Trabajo al Penal de Libertad; o de los proyectos de rehabilitación al castigo sistemático *por María de los Ángeles Fein García*
- La pantalla presa en Libertad *por Cecilia Lacruz*
- Sistema penitenciario de Uruguay (1985-2014): cambios, continuidades y desafíos *por Víctor González, Emiliano Rojido y Nicolás Trajtenberg*
- Fortalezas y debilidades en el sistema de medidas sustitutivas a la prisión preventiva *por Virginia Ginares Echenique*
- Luces y sombras de la prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal *por Diego Camaño Viera*
- Crisis y después: seguimiento de las respuestas estatales a la emergencia humanitaria en el sistema penitenciario *por Álvaro Garcé García y Santos*
- Resocialización y proceso penal *por Carlos Uriarte*
- Privatización carcelaria. La arriesgada relación entre Estado, empresa y castigo *por Isabel Arriagada*
- ¿Sin dolor no hay justicia? *por Anibal Corti y Nicolás Trajtenberg*
- Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I) *por Roberto Gargarella*
- Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II) *por Roberto Gargarella*
- Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España *por Iñaki Rivera Beiras*

TRILCE

CSIC
COMISIÓN SECTORIAL DE
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

