

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE TRABAJO SOCIAL
Tesis Licenciatura en Trabajo Social

**Introducción a las penas alternativas a la privación
de libertad en Uruguay.**

María José González Michelena

Tutor: Sandra Leopold

2008

A Martín, compañero del alma.

Agradezco particularmente a: Sandra Leopold por el seguimiento durante el proceso de trabajo; a Claudia, Lucía, Jimena, Carolina, por las lecturas exigentes y sugerencias; a mi familia por la motivación constante, y a todos el resto de mis amigos que supieron acompañarme en todo momento.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. Presentación del objeto de estudio.....	5
2. Objetivos y metodología de abordaje.....	5
CAPÍTULO I - SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD -	9
1. Reconstrucción histórica.....	9
Dos modelos de ejecución de la pena privativa de libertad: Sistema Auburniano y Sistema de Filadelfia.....	13
2. Funciones de la pena privativa de libertad. Historia de su legitimación.....	14
Control Social. Hacia una definición del concepto.....	14
Ideologías del sistema penal.....	16
Discursos de legitimación de la pena.....	16
El por qué y para qué de la pena. Teorías de la pena.....	18
Resocialización.....	21
3. Deslegitimación. Paradigma crítico.....	22
4. Crítica a la cárcel y el surgimiento de propuestas alternativas.....	26
CAPÍTULO II - HISTORIA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN URUGUAY. LA REALIDAD ACTUAL -	29
1. Sistema penal Uruguayo.....	29
2. Surgimiento de la pena privativa de libertad en Uruguay.....	32
3. Realidad actual.....	35
CAPÍTULO III – PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD -	38
1. Origen de las penas alternativas.....	38
2. Las propuestas alternativas a la privación de libertad en Uruguay.....	40
Ley 17.726. Medidas Alternativas.....	41
Ley 17.897 de Libertad Provisional y Anticipada.....	43
CAPÍTULO IV - REFLEXIONES SOBRE LA REALIDAD DE LAS PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: ¿LIMITACIÓN DEL USO DE LA CÁRCEL?	46
1. Las penas alternativas a la privación de libertad y descarceración: ¿nuevas formas de control social?.....	46
Hard y Soft control: un intercambio disciplinario.....	47
Elección por estrategias alternativas.....	49
CAPÍTULO V- TRABAJO SOCIAL Y SU INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS PENAS ALTERNATIVAS	55
1. El Patronato.....	55
La metodología aplicada.....	57
CAPÍTULO VI –REFLEXIONES FINALES–	61
BIBLIOGRAFÍA	66
ANEXOS.....	70
Historia del Sistema Carcelario Uruguayo.....	71
Primera entrevista (Entrevistado A).....	74

Segunda entrevista (Entrevistado B).....	79
Tercera entrevista.....	89
Datos estadísticos “Procesados con y sin prisión”	102
Ley N° 17.897.....	105
Ley N° 17.726.....	115

INTRODUCCIÓN

1. Presentación del objeto de estudio

El presente trabajo corresponde a la Monografía Final de la Licenciatura de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales y tiene como objetivo realizar un estudio introductorio sobre las penas alternativas a la privación de libertad, enmarcadas en nuestro país. En este sentido, nos introduciremos en la temática de las alternativas a la cárcel, estudiando el proceso de incorporación de las mismas a nuestro ordenamiento jurídico y teniendo en consideración, como parte de dicho proceso, dos textos normativos con escasos años de promulgación, a saber: la Ley N° 17.726 de 26 de diciembre de 2003, que establece medidas sustitutivas a la prisión preventiva y penas sustitutivas a la privación de libertad, y la Ley N° 17.897 de 14 de septiembre de 2005 de Libertad Provisional y Anticipada, denominada en el proyecto de la misma, como la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario.

Creemos que afrontar reflexivamente el tema de las penas alternativas a la privación de libertad, constituye un aporte al proceso de discusión sobre las soluciones que se han desarrollado ante la comprobación del fracaso histórico de la respuesta carcelaria con respecto a sus objetivos de utilidad social: la misma no socializa, sino que genera en el sujeto efectos deteriorantes y por lo tanto, ha demostrado ser ineficiente para la recuperación social de los internos; y una aproximación a las principales discusiones de fondo que están planteadas sobre los reales efectos de las penas alternativas, más que nada a aquellos relacionados a las potencialidades sobre la limitación del recurso de la cárcel.

De esta forma, nuestro objeto de estudio podemos definirlo de la siguiente manera: las principales discusiones que están planteadas sobre los efectos de las penas alternativas a la privación de libertad, principalmente aquellos relacionados a las posibilidades de reducción del uso de la cárcel, y reflexionar si dichos efectos se pueden avizorar en nuestro país.

Entendemos que el abordaje de la temática constituye también un aporte orientado a la reflexión del Trabajo Social y su práctica enmarcada dentro del sistema penal, y aproximarnos a las posibles oportunidades y desafíos que ofrece a la intervención profesional el desarrollo de las penas alternativas a la privación de libertad.

Desde el punto de vista académico, el tema adquiere relevancia y pertinencia teniendo en cuenta que constituye un área que, si bien arrastra problemas viejos, permanentemente está desafiando al mundo científico a la elaboración de nuevos abordajes y nuevas metodologías. Y sobre todo, más allá de lo que nuestras reflexiones plasmadas en este trabajo de grado puedan aportar, suma en la producción teórica sobre el campo de las alternativas a la cárcel, que tal como veremos en el desarrollo del trabajo, no ha sido teorizado y estudiado exhaustivamente, así como también presenta escasa sistematización de práctica de intervención profesional.

2. Objetivos y metodología de abordaje

Objetivos:

- Reflexionar sobre el proceso de incorporación de las penas alternativas a la privación de libertad en nuestro medio, teniendo en cuenta como parte de estos procesos, dos textos normativos: La Ley 17.726 y la Ley 17.897

- Intentar ordenar las distintas corrientes que versan sobre el origen y desarrollo de la pena privativa de libertad, con la intención de reconstruir históricamente el proceso de génesis de dicha forma de infligir sufrimiento legal, como la denomina Massimo Pavarini (1995), y que nos habiliten a comprender su carácter de esencialidad como principal respuesta ante las situaciones problemáticas definidas como “delitos”.
- Dejar planteadas las principales discusiones de fondo que existen en torno a la temática de las penas alternativas a la cárcel, así como explicitar los principales inconvenientes que se puedan estar presentando en la actualidad en relación a su ejecución práctica.
- Contribuir a la reflexión que, desde el Trabajo Social como profesión inserta en el ámbito de los sistemas penales se está comenzando a elaborar sobre la presente temática, avizorando los posibles desafíos y oportunidades en su intervención.

Para lograr cumplir con los objetivos planteados optaremos como estrategia metodológica, la referencia de materiales bibliográficos, incorporando entrevistas a actores involucrados en la temática en cuestión, y que servirán principalmente, como soporte para su análisis y reflexión. Asimismo, tomaremos como referencia los debates parlamentarios en su versión taquigráfica sobre las leyes en consideración -tanto la Ley de medidas alternativas como la de Libertad Provisional y Anticipada- obtenidos de los Diarios de Sesiones de la Cámara de Representantes y de la Cámara de Senadores. Complementaremos la información, con la consulta a datos estadísticos sobre la población reclusa actual, proporcionada por el Observatorio Nacional Sobre Criminalidad y Violencia del Ministerio del Interior. Tendremos en cuenta, también, la lectura de los medios de comunicación, ya que constituyen el aparato de propaganda del sistema penal.

Como se deja entrever en lo explicitado sobre nuestra metodología de abordaje, dado las características de nuestro trabajo en la modalidad de estudio exploratorio, el acceso de información para su abordaje requiere de técnicas cualitativas. En este sentido, nuestra información proviene de los libros y de las leyes, de los discursos de los actores políticos, de los técnicos con experiencia en la temática, y de la lectura de los medios de comunicación. Entrevistamos a dos abogados con experiencia en el ámbito jurídico penal y en el área académica, y a una asistente social que realiza su intervención en el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, en un programa de penas alternativas.

Realizaremos una exposición de diferentes corrientes ideológicas que a lo largo de la historia intentaron explicar y justificar la pena en general y la pena privativa de libertad en particular, como forma de respuesta ante las problemáticas sociales consideradas como “delitos”. Al mismo tiempo, destacaremos las ideologías del sistema penal, lo que nos permitirá explicitar las contradicciones que se advierten entre lo que dicen las leyes y el discurso jurídico sobre cómo debería operar el sistema penal y cómo opera realmente en la práctica cotidiana, observando una diferencia entre los objetivos declarados y los procedimientos aplicados, así como la existencia de una disparidad de discursos y criterios que conviven dentro del sistema penal, lo que reafirma un divorcio entre lo que está estipulado normativamente y lo que realmente ocurre en la realidad.

Expondremos las teorías de la pena ligadas a la privación de libertad que han buscado fundamentar el encierro desde un punto de vista científico, para, de esta manera legitimar la reacción custodial del Estado moderno. Aquellas teorías han ido evolucionando desde los planteamientos puramente retributivos, hasta aquellos postulados preventivos y la mezcla de ellos. Y al mismo tiempo, poder visualizar cómo confrontan las denominadas teorías de la pena con las penas alternativas a la privación de libertad.

Teniendo en cuenta la relación que presenta nuestro tema con las estructuras de poder imperantes en la sociedad, lo que requiere un manejo teórico riguroso, nuestro trabajo estará basado en los aportes críticos sobre el abordaje y tratamiento de la cuestión criminal. Es así, que autores como Michel Foucault, Massimo Pavarini, Alessandro Baratta, Raúl Zaffaroni, y en relación a nuestro medio Carlos Uriarte, serán retomados permanentemente para intentar comprender la temática en su complejidad, en la ardua tarea de despojarnos de las simplificaciones desarrolladas por los estudios tradicionales en torno a la misma. En este sentido, incorporaremos conceptos y análisis que se desarrollan desde diferentes áreas de conocimiento, como la criminología, la sociología, la dogmática penal, en sus versiones más críticas.

Nos acercaremos a una definición del concepto de control social, teniendo en cuenta, cómo ya hemos mencionado, la vinculación del tema con los mecanismos de poder y de dominación. Dicho concepto resulta útil para comprender cómo desde las diferentes corrientes ideológicas explicaron el fenómeno de la criminalidad, en su mayoría desde una perspectiva positivista realizando un planteo etiológico multifactorial centrado en la personalidad del infractor, y sin tener en cuenta en sus análisis, los efectos de los mecanismos de control social. La perspectiva del control social nos permite abordar la relación existente entre la cuestión criminal y los sistemas penales, los mecanismos de control social y de poder, en el entendido de que el sistema penal constituye el control social punitivo institucionalizado.

El trabajo está estructurado en varios capítulos, pasemos entonces a su enumeración: cuenta de un **primer capítulo** en el cual nos aproximamos a una reconstrucción histórica sobre el origen y evolución de la prisión, hasta convertirse en el marco de la consolidación del Estado moderno, en la principal respuesta penal. Desarrollaremos las principales funciones que se le han adjudicado a lo largo de la historia, y los diversos intentos por legitimarla. Serán desarrollados los discursos de deslegitimación de la pena privativa de libertad, evidenciando un cambio de paradigma en el tratamiento del fenómeno de la criminalidad. Por último, y en relación al primer capítulo, se expondrán las críticas realizadas a la cárcel y el surgimiento de las propuestas alternativas.

En un **segundo capítulo** se intentará ahondar en las características principales que hacen al sistema penal uruguayo. Al mismo tiempo, desarrollaremos cómo el proceso de reconstrucción histórica sobre el origen y desarrollo de la cárcel se procesa en nuestro país, para luego establecer, a grandes rasgos, la situación actual de nuestro sistema penitenciario.

En un **tercer capítulo**, nos adentraremos en el desarrollo de las penas alternativas a la prisión, cuándo y en qué contexto surgen, qué antecedentes en su aplicación existen, cuáles fueron los principales instrumentos internacionales que plantearon las alternativas. Enumeraremos las diferentes alternativas a la prisión que existen a nivel de derecho comparado y los principios mínimos que a nivel de la doctrina penal se han elaborado para la utilización de las mismas.

Nos introduciremos nuevamente en nuestro país, con la intención de describir cómo fueron adoptadas las propuestas alternativas en el marco de la legislación más reciente; concretamente, nos abocaremos a las leyes anteriormente mencionadas. Dichas leyes constituyen textos normativos que nos alientan en la reflexión sobre la orientación de la política criminal en nuestro país en estos últimos años, y si es correcto pensar que este tipos de reformas habilitan a transitar por un nuevo paradigma en relación al derecho penal en nuestro país.

Luego, en un **cuarto capítulo**, intentaremos ahondar en la realidad de las penas alternativas planteando las principales discusiones teóricas en torno a las mismas, y los efectos que derivan de su aplicación práctica. Asimismo, a través de la información aportada por los entrevistados, intentaremos divisar si las penas alternativas que se establecen en los textos normativos

mencionados, están teniendo aplicación por parte de los jueces en nuestro país; y al mismo tiempo, ver si aquellas consecuencias evidenciadas en las discusiones teóricas sobre la temática, se presentan en nuestro medio.

En el **quinto capítulo**, intentaremos explicitar las características del rol del Trabajo Social en el área de las penas alternativas a la privación de libertad, tomando como referencia la descripción que realiza la asistente social entrevistada sobre los procesos de intervención, detectando cuál es el proceso llevado a cabo para abordar la problemática. Asimismo, con estos elementos, aproximarnos a la reflexión sobre los posibles desafíos y oportunidades que presentan para la intervención profesional las penas alternativas a la privación de libertad.

Finalmente, en el **sexto y último capítulo**, presentaremos una serie de reflexiones derivadas de nuestro estudio, con la intención de dejar planteadas algunas líneas para futuros trabajos que aborden la temática, y con la convicción de que es posible llegar, o al menos intentar, reconstruir los conflictos y los problemas sociales de una forma alternativa a la punitiva.

CAPÍTULO I - SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD -

1. Reconstrucción histórica

Aproximarnos a una reconstrucción histórica sobre el origen y evolución de la cárcel, teniendo en cuenta diversas interpretaciones y posturas, es lo que nos va a permitir llegar a entender el estado actual de las instituciones penitenciarias, donde se advierte una supuesta “crisis” de dichas instituciones a nivel de todo el contexto mundial.

La cárcel como castigo específico o, mejor dicho, como pena en sí misma, no es tan antigua como comúnmente se podría llegar a pensar. De todas formas, diversas son las teorías que versan sobre el origen y desarrollo de la institución y de el por qué y para qué de la misma. Desde aquellas que manifiestan que la cárcel y sus posteriores reformas, surgen debido a un proceso lineal de “humanización” del sistema criminal; hasta aquellos escritos de pensadores que realizan una interpretación histórica crítica sobre la génesis y evolución de la institución penitenciaria moderna, estableciendo una conexión con la estructura y el contexto social, no considerándola como una institución aislada.

En este sentido, *“la cárcel y las demás instituciones, de confinamiento, son lugares cerrados, y por lo tanto están aislados y separados de la sociedad libre, pero esta separación resulta más aparente que real, ya que la cárcel no hace más que manifestar o llevar al paroxismo modelos sociales o económicos de organización que se intentan imponer o que ya existen en la sociedad”* (Neppi Modona, 1985: 7).

Un ejemplo de interpretación contraria a las teorías de los procesos de humanización lo encontramos en Massimo Pavarini. Éste se orienta en explicar el origen de la cárcel más allá de la historia de las instituciones penitenciarias, ahondando en otros temas como aquel vinculado con *“las necesidades de racionalización y formalización de un derecho burgués”* (Pavarini, 1995:16).

Siguiendo el análisis histórico que desarrollan los autores Melossi y Pavarini (1985) en su libro “Cárcel y Fábrica”, es posible establecer una conexión entre el origen de la institución carcelaria moderna, como pena autónoma, y el surgimiento del modo de producción capitalista en occidente. Antes del siglo XVIII, la cárcel, constituía un lugar de depósito de personas que habían cometido algún tipo de delito y estaban a la espera de un castigo. El elenco de penas era variado: desde las penas corporales, hasta las de índole pecuniaria como la multa, así como otras que ocasionaran el menoscabo a otro tipo de derechos como la deportación, confiscación, etc. Pero fue recién en las codificaciones del siglo XIX, tal como sostiene Pavarini, *“(…) cuando la pena privativa de libertad, o pena carcelaria, se convirtió en “la” pena”* (Pavarini, 1995: 16).

Sostienen dichos autores que

“en un sistema de producción precapitalista la cárcel como pena en sí misma, cómo sanción generalizada no existe. (...) En la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero no es correcto afirmar que la simple privación de libertad, prolongada por un periodo determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y afirmada como pena autónoma y ordinaria” (Melossi, Pavarini, 1985: 19).

Con la crisis del sistema feudal y el advenimiento del mercantilismo, se da en Europa un fenómeno de desplazamiento de una gran masa de trabajadores del campo hacia las ciudades, sin que el naciente sistema de producción sea capaz de absorberlos con la misma rapidez con que ellos

abandonan el campo. Se hacía necesario disciplinar y adiestrar para el trabajo a esta masa de ex trabajadores agrícolas. Se establece una asociación entre la primera forma de la institución carcelaria con las experiencias de las casas de trabajo o corrección, cuyos principales ejemplos son los Bridewells y las Workhouses de Inglaterra y las Rasp-huis de Holanda (Neppi Modona, 1985: 9).

La población favorita de este tipo de instituciones segregatorias eran las masas de vagabundos, locos, mendigos, huérfanos, prostitutas, etc., a los cuales se les ejercía un control social para evitar el desorden en las ciudades y eran disciplinados para el trabajo asalariado. Por lo tanto, disciplinar y educar en valores y costumbres burguesas, así como realizar una preparación profesional a los habitantes, dada la escasez de la mano de obra en el siglo XVII, eran los principales cometidos y funciones de las casas de corrección.

Según Emilio García Méndez con este tipo de instituciones se empieza a establecer una especie de “cultura del secuestro de los conflictos sociales”¹, encerrando a aquellas personas que constituían un peligro para la familia y para la sociedad en su conjunto e instruirlos en los métodos del trabajo asalariado. Pero aún la pena privativa de libertad, como pena en sí misma, producto de una sentencia judicial, no constituía una forma de castigo autónoma (García Méndez, 1994: 94).

“Los siglos XVII y XVIII fueron creando poco a poco la institución que primero el Iluminismo y después los reformadores del siglo XIX transformarían en la forma actual de la cárcel” (Melossi, 1985: 53).

Conjuntamente con la incorporación del trabajo se establece, también, la metodología de aislamiento en celdas con la intención de que el encierro constituyera una forma de reflexión sobre el delito cometido, no permitiendo el contacto entre los reclusos y de esta forma evitar un contagio de los “males”, e instaurando un trabajo solitario.

Con el advenimiento de la Revolución Industrial operan en la sociedad distintos fenómenos que hacen que el trabajo en las casas de corrección se vuelva inútil e innecesario, a saber, importantes cambios económicos y sociales producto de la aparición de la maquinaria, en donde aparecen situaciones de pauperización creciente y aumento de las masas de desocupados. De las funciones que antes cumplían estas instituciones solamente prevalecen las de control y encierro. Asimismo aumentan, en el siglo XVIII, los delitos contra la propiedad y disminuyen los delitos de sangre lo que determina, al decir de Foucault, una nueva forma de administrar los ilegalismos².

Nace en este contexto, como consecuencia de la Revolución Industrial, la marginalidad urbana como clase peligrosa a la que era necesario contener y disciplinar. Se instaura la pena privativa de

¹ Idea desarrollada principalmente por Foucault, y que hace referencia al control disciplinario y a la idea de dar respuesta a las situaciones problemáticas secuestrándolas en las instituciones panópticas para alcanzar una “economía política de los cuerpos”.

² Según Foucault, “(...) la derivación de una criminalidad de sangre a una delincuencia de fraude forma parte de todo un mecanismo complejo, en el que figuran el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una valorización jurídica y moral más intensa de las relaciones de propiedad, unos métodos de vigilancia más rigurosos, una división en zonas más ceñidas de la población, unas técnicas más afinadas de localización, de captura y de información: el desplazamiento de las prácticas ilegalistas es correlativo de una extensión y de un afinamiento de las prácticas punitivas”. Asimismo, sostiene que “con las nuevas formas de acumulación del capital, de las relaciones de producción y de estatuto jurídico de la propiedad, todas las prácticas populares que dimanaban, ya bajo una forma tácita, cotidiana, tolerada, ya bajo una forma violenta del ilegalismo de los derechos, se han volcado a la fuerza sobre el ilegalismo de los bienes (...) La economía de los ilegalismos se ha reestructurado con el desarrollo de la sociedad capitalista” (Foucault, 1989: 91)

libertad, como pena principalísima, derivada de una nueva forma de concebir al “delincuente” y al “delito” a través de la vigilancia y el control.

El poder de castigar de los príncipes se ejercía de forma natural, por mandato divino, mediante la concepción de una sociedad como organismo. Ante esto, la clase industrial en ascenso necesitaba limitar este poder de la nobleza y creó la idea de sociedad como contrato. De esta forma, *“el sujeto debía reparar (pagar) el daño causado con su violación al contrato social y, para ello, se le embargaba cierta cantidad de trabajo que podía ofrecer en un hipotético mercado laboral, lo que explica, la reducción de todas las penas a la pena a tiempo de privación de libertad”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 209).

Interpretaciones como las de Melossi y Pavarini, sobre el origen y desarrollo de la cárcel, habilitan a comprender el fenómeno de una manera que va más allá de un simple proceso de “humanización” de la respuesta ante el delito, como algo natural, inmutable. La pena privativa de libertad, como sanción penal generalizada, según los autores, no es comprensible sin que sea entendido el principio de “retribución equivalente” propio del sistema capitalista de producción. En este sentido los autores, citando a Pasukonis, establecen que para que pudiera surgir la idea de enmendar el daño causado por el delito *“mediante un quantum de libertad determinado abstractamente”* era condición indispensable que todas las formas de riqueza fueran reducidas a la forma de trabajo humano medido por el tiempo (trabajo asalariado). Y esto es posible en el modo de producción capitalista, en el entendido que se podía establecer una equivalencia entre el daño producido por el delito con el pago de la pérdida de libertad durante una determinada cantidad de tiempo establecida previamente. (Melossi, Pavarini, 1985: 20)

Desde otra perspectiva, pero también comprendiendo a la cárcel no como una institución aislada, sino ligada al contexto social, Foucault (1988, 1989) enmarca el nacimiento de la prisión y las distintas instituciones de confinamiento, como una nueva forma de “economía política de los castigos”. Para el autor, aunque la forma cárcel es antigua, la pena de prisión y por consiguiente su institucionalización fue expresada por el pensamiento propio de la Ilustración y se constituyó en el pasaje del Antiguo Régimen al Liberalismo. El cuerpo, ya a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, deja de ser el “blanco de la ejecución penal”. Del castigo del cuerpo, exhibido en espectáculo ante el público, se pasa al castigo del alma. En la era de los suplicios existían un sinnúmero de penas físicas, desde la pena de muerte, los tormentos, las galeras, el látigo, etc. Esta forma de castigo sobre el cuerpo del condenado era una forma de procurar la venganza del soberano, de forma pública, buscando intimidar al resto de la población, y que quedaran claras las consecuencias ante la comisión de un delito. La cárcel, no se encontraba dentro de las formas de castigo, y como ya mencionáramos anteriormente, constituía un lugar para asegurar el cuerpo hasta que el castigo fuera decidido.

Con el ascenso de la burguesía al poder se estableció una nueva racionalidad de ejercicio del mismo. El capitalismo necesitó para poder desarrollarse, crear un tipo de poder capaz de determinar a los hombres a la forma de producción. En este sentido es que nos referimos, como establece Foucault, *“(…) a los métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les impone una relación de docilidad-utilidad es a lo que se les puede llamar disciplinas”* (Foucault, 1988: 141).

Del teatro de los suplicios se pasa, según el autor en el siglo XIX, a una sobriedad punitiva en donde entran en juego nuevas formas y tácticas de ejercicio del poder.

Según el autor la forma cárcel:

“(...) preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Se ha constituido en el exterior del aparato judicial cuando se elaboraron, a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir a los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos, obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlo en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de notaciones, constituir sobre ellos todo un saber que se acumula y se centraliza” (Foucault, 1988: 233).

En el trasfondo del surgimiento de la prisión, no sólo estaba la necesidad de control y vigilancia de las clases populares, sino también la necesidad de la clase que detentaba el poder, de proteger determinados bienes y riqueza que estaba en permanente contacto con las clases trabajadoras. De esta forma, según Foucault, se separan los ilegalismos de los bienes del de los derechos. La burguesía se reserva los ilegalismos de derecho (delitos como el fraude, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares, etc.), y persigue los ilegalismos más accesibles a las clases populares, los ilegalismos de bienes (robos, atentados contra la propiedad) y les aplica penas de privación de libertad. (Álvarez Uría, 1991: 95)

En el contexto de las revoluciones, tanto francesa, americana e inglesa, se comienzan a dar diferentes transformaciones en el plano económico y político que instauran, como mencionábamos anteriormente, una “economía política de los castigos”. La sociedad políticamente centralizada, necesitaba los instrumentos que determinarían una mayor certeza jurídica. En este sentido, obras como la del Marqués de Beccaria establecerían cambios en las inclinaciones del pensamiento punitivo de la época. El pensador expuso una nueva forma de considerar al delincuente y se postuló sobre el tema de la proporcionalidad entre el delito y la pena, de la prevención del delito a través de la ley, y por sobre todo se opuso a las formas de castigo físico y las prácticas de pena de muerte. Se entra, de esta forma, en el siglo XIX, en la era de las codificaciones donde se afianza el nuevo sistema de justicia penal.

Para Foucault,

“encontrar nuevas técnicas para adecuar los castigos y adaptar los efectos. Fijar nuevos principios para regularizar, afinar; universalizar el arte de castigar. Homogeneizar su ejercicio. Disminuir su costo económico y político aumentando su eficacia y multiplicando sus circuitos. En suma, constituir una nueva economía y una nueva tecnología del poder de castigar: tales son, sin duda, las razones de ser esenciales de la reforma del siglo XVIII” (Foucault, 1989: 94).

A su vez, la teoría política del contrato y la ficción de un pacto supuestamente suscrito de una vez por todas, convertía al delincuente en un enemigo de la sociedad y en desestabilizador del orden social, el cual debía ser castigado y reformado. *“El derecho de castigar se ha desplazado de la venganza del Soberano a la defensa de la sociedad”* (Álvarez Uría, 1991: 82).

Otros pensadores de la época de Beccaria -pertenecientes al liberalismo ilustrado y que desde las diferentes teorías, se les atribuye una influencia no despreciable sobre los cambios en el sistema punitivo en la modernidad y que dieron origen a la pena privativa de libertad, como forma por excelencia de reprimir el delito- fueron John Howard y Jeremy Bentham. El primero, a través de sus visitas a las diferentes cárceles europeas lo que le permitió constatar el deterioro de las mismas y los tratos inhumanos a los que estaban expuestos los presos. El segundo, también preocupado por el estado de las cárceles de la época y con la intención de difundir sus ideas reformadoras, elaboró su idea del panóptico, constituyente en una cárcel circular que permitía la efectiva vigilancia de los

reclusos. Una arquitectura que permitía el ejercicio del poder sobre el alma, del cual hablaba Foucault.

El panóptico consistía “en un edificio radial, con pabellones a partir de un centro común, donde se lograba el máximo control con un mínimo de esfuerzo, porque desde el centro, un único guardia podía observar todos los pabellones, sabiendo los presos que en todo momento podían ser controlados” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 233).

Dicha institución, con gran similitud a la fábrica de la época, era válida tanto para una prisión, como para una escuela, hospital, etc. De todas formas, los panópticos que llegaron a construirse nunca llegaron a funcionar como Bentham los había imaginado.

Los reformadores de aquella época se enfrentaron al escenario político, económico y social producto de la revolución industrial, antes desarrollado. Afianzada la burguesía en el poder y logrados todos los privilegios, se abogaba por la vuelta a las formas bárbaras de ejercicio del poder punitivo propio de épocas anteriores.

“(…) El aumento extremo del pauperismo y de la criminalidad que acompañaba al inmenso ejército industrial de reserva y a un nivel de vida del proletariado extremadamente bajo, la aparición de formas criminales que aunque no tienen aún un sentido político sí lo tienen ya de clase, hacen aumentar la presión para que se vuelva a los buenos tiempos del terrorismo y del método duro” (Melossi, 1985:72).

Como se señalaba con anterioridad, la burguesía, en su lucha contra el poder de la nobleza, y por ende, abogando por una humanización de las sanciones punitivas, había logrado capturar el apoyo de las masas populares. Una vez consolidada la nueva estructura de poder, el apoyo popular ya no era necesario, y se requería crear una política punitiva que le favoreciera y le permitiera ejercer el control eficaz sobre las personas; y favorecer, al mismo tiempo, prácticas de destrucción de la excedente población.

Dos modelos de ejecución de la pena privativa de libertad: Sistema Auburniano y Sistema de Filadelfia

Es en este contexto que entran en discusión en Europa, los dos principales modelos carcelarios provenientes de Estados Unidos: el Sistema Auburniano y el Sistema de Filadelfia. La característica principal de este último, consistía en el aislamiento absoluto de los reclusos en sus celdas; por eso se le ha dado en llamar a este régimen: ***aislamiento celular***. Este sistema tuvo una acogida importante en Europa ya que permitía la instauración de una cárcel punitiva exclusivamente de control, donde el trabajo productivo dentro de la institución no tenía casi cabida. A los reclusos, sometidos a esta forma de aplicación de la pena privativa de libertad, se les exigía la meditación en la soledad de su celda sobre el delito cometido, y así de esta forma, lograr la reconciliación con Dios. Con la invención de este régimen se “(…) impedía la promiscuidad entre los detenidos, que se consideraba un factor criminógeno de efecto desastroso, además de promover por el aislamiento y el silencio-el proceso psicológico de introspección que se juzgaba el vehículo más eficaz para la regeneración” (Pavarini, 1985:170).

Sin embargo este sistema penitenciario tuvo poco éxito en Norteamérica, ya que el aislamiento continuo requería para su realización la construcción de establecimientos sofisticados con celdas individuales, convirtiéndose en un sistema altamente costoso.

Contrariamente, el régimen Auburniano tuvo más éxito en Estados Unidos, en donde el trabajo silencioso era la base de este sistema: aislamiento en la noche y trabajo silencioso en el día. Dadas las necesidades de mano de obra, a diferencia de Europa, de los nacientes estados norteamericanos y de los bajos presupuestos estatales destinados a las cárceles, se hizo dominante en Estados Unidos este sistema penitenciario.

Por otro lado, la hipótesis filadelfiana terminó predominando en Europa. La abundante mano de obra en la población hacía inútil el trabajo forzado en las cárceles, predominando los tormentos y el trabajo innecesario y repetitivo; todo esto acompañado de un importante deterioro de la vida en las cárceles (Melossi, 1985: 89).

Según señala Melossi, había otra fuerza en la sociedad de la época que presionaba para que se eliminara el trabajo productivo en las instituciones penitenciarias: *“las mismas masas populares advertían (...) la amenaza de competencia en una situación de grave desocupación. El movimiento obrero deviene así, por muchos años, uno de los obstáculos más importantes del trabajo en la cárcel”* (Melossi, 1985: 90).

A su vez, la experiencia de las casas de corrección y de trabajo, entre los siglos XVIII y XIX, asisten al fracaso en sus cometidos de disciplinamiento y domesticación para el trabajo en la fábrica, dado que como mencionábamos recientemente, esto operaba en contra de los intereses de una clase obrera que presionaba y veía deteriorados sus salarios y condiciones laborales. *“Vaciados de toda función pedagógica terminan por ser lugares de único y “gratuito” sufrimiento”* (Pavarini, 1995: 19).

Del análisis histórico efectuado se observa que, recién a principio del siglo XIX, la pena privativa de libertad se ha convertido en la pena por excelencia.

2. Funciones de la pena privativa de libertad. Historia de su legitimación

A lo largo de la historia se le han atribuido diferentes funciones a la pena en general y, en particular, a la pena privativa de libertad, que intentaban legitimarla y justificarla como forma de respuesta ante las problemáticas sociales consideradas como delitos. Fueron muy variadas y difusas las diferentes ideologías que intentaron legitimarla y atribuirle diferentes funciones. De esta forma, se considera que el concepto de **control social**, constituye un concepto útil para poder entender cómo desde las diferentes corrientes ideológicas explicaron el fenómeno de la criminalidad y del delito, y cuáles fueron las respuestas que desde la sociedad se le ha dado al presente fenómeno. Así como también, nos permite visualizar la relación existente entre la cuestión criminal y los sistemas penales, y los mecanismos de control social y de poder, en el entendido de que el sistema penal constituye el control social punitivo institucionalizado.

Control Social. Hacia una definición del concepto.

En un sentido amplio, se puede entender por control social *“toda influencia de la sociedad delimitadora del ámbito de conducta del individuo”* (Zaffaroni, apud Uriarte, 1999:16). Esta concepción está vinculada a cuestiones de poder y su distribución en la sociedad, ya que toda sociedad cuenta con determinada estructura de poder que intenta controlar las diferencias y los conflictos que existen entre grupos contrapuestos, es decir, entre grupos hegemónicos y grupos subordinados, en función de la distancia que cada uno de ellos tenga de los centros de poder. De esta forma, el control social es una forma de ejercicio del poder y se vuelve una función básica para

mantener el equilibrio en el proceso de interacción social y mantenimiento de la estructura de poder de la sociedad.

Según De Martino y Gabin, el control social “*configura el control de toda conducta humana a fin de que no se aparte de los valores, de las pautas culturales y sociales que estructuran el proyecto social de cada comunidad histórica y del que derivan las expectativas individuales, normas de conducta, así como el modelo de hombre (imagen antropológica) vigente en este núcleo social*” (De Martino, Gabin, 1998: 26). De esta forma, el comportamiento de los sujetos es dirigido por las normas y las instituciones para que estos se mantengan dentro del orden social conveniente a los intereses de los sectores dominantes.

La orientación y disciplinamiento del comportamiento es realizada mediante el aprendizaje y la internalización de las pautas y valores, a través del proceso de socialización, e involucra instituciones como: la familia, la escuela, la iglesia, las normas jurídicas, los medios de comunicación, etc. “*Lo que revela que el control social es esencia de la socialización adaptativa de los seres humanos, propiciando su adhesión al proyecto social dominante*” (De Martino, Gabin, 1998: 26).

La distinción clásica que suele realizarse entre las formas de control social, es aquella entre control social informal y control social formal o institucionalizado. Cuando se habla de control social de tipo informal y caracterizado también como difuso, se hace referencia a aquel aplicado por la familia, el trabajo, los medios de comunicación, la moda, el rumor, etc. El control social formal o institucionalizado constituye, según Pavarini, aquel “*(...) aplicado, principalmente o subsidiariamente, por las agencias institucionalmente delegadas, a la disciplina social de conductas sociales, por medio de procedimientos y formas de intervención formalizados*” (Pavarini, 1995:109). Por lo tanto, para el autor, todo lo que no forma parte de esta noción constituirían formas de control social informal.

A su vez, el control social institucionalizado puede dividirse en punitivo y no punitivo, según se oriente a penar las conductas o no. El control social punitivo institucionalizado sería el sistema penal. Uriarte realiza una distinción entre el sistema penal estricto y el sistema penal en sentido amplio. El primero, con discurso punitivo jurídico penal, engloba al derecho penal, proceso penal y ejecución penal; el segundo, con discurso no punitivo, la internación psiquiátrica (con discurso terapéutico), menores (con discurso tutelar), ancianos. (Uriarte, 1999:17). Y aunque estos discursos no sean de tipo penal, sino educativos, terapéuticos, asistenciales, etc., implican de todas formas una reducción del espacio social y/o represión de necesidades fundamentales de los sujetos expuestos a este tipo de intervenciones disciplinarias.³

Podríamos decir que el sistema penal consiste en “*una manifestación del control social que se caracteriza por usar como medio una punición institucionalizada, esto es, por la imposición de una cuota de dolor o privación legalmente previstos, aunque no siempre mostrados como tales por la misma ley, que puede asignarle fines diferentes*” (Zaffaroni, apud De Martino, Gabin, 1998: 27).

El sistema penal está compuesto por subsectores, los cuales constituyen instancias administrativas del Estado moderno: el policial, el judicial y el ejecutivo. Se trata de grupos humanos, que en su seno están integrados por diferentes profesionales ocupando distintas posiciones; a su vez, son heterogéneos dado que agrupa en su interior a funcionarios provenientes de diversas clases sociales.

³ Uriarte utiliza, más allá de los discursos punitivos o no punitivos, la noción de pena en el sentido sociológico (concepción óptica de la pena) como reducción del espacio social, con contenido penoso, o como represión de necesidades fundamentales (Uriarte, 1999:17).

Debe incluirse dentro del sistema penal a la acción legislativa y a la opinión pública, teniendo gran influencia en ésta y viceversa, los medios de comunicación, dado que ambos tienen una relevancia importante en la operatividad del sistema. Por un lado, la acción legislativa estableciendo las pautas de configuración, y por otro, la opinión pública, poniéndolo en movimiento y con la posibilidad de controlarlo.

Ideologías⁴ del sistema penal.

Existe una diferencia sustancial entre lo que dicen las leyes y el discurso jurídico, sobre cómo debería operar el sistema penal y cómo opera realmente aquél en la práctica cotidiana. Es decir, hay una diferencia entre los objetivos declarados y los procedimientos aplicados. Agregando la disparidad de discursos y criterios que conviven dentro del sistema penal, lo que reafirma la existencia de un divorcio entre lo que está estipulado normativamente y lo que realmente ocurre en la realidad.

Tal como afirma Uriarte, “(...) *la relación entre discurso y realidad del sistema penal es particularmente compleja. El discurso, al tiempo que construye la realidad, también coincide y se contradice con ella. Esto da la idea aproximada de la complejidad ideológica del sistema penal, y de la dificultad estructural de aterrizar discursos alternativos, y provocar cambios*” (Uriarte, 1999: 18).

Esta contradicción entre discurso y realidad, la cual va a ser desarrollada más adelante, es clara cuando observamos cómo opera el sistema penal. Si bien el discurso declarado es la persecución de actos y conductas, en la realidad opera seleccionando a determinadas personas, en base a estereotipos. Asimismo, opera produciendo y reproduciendo la criminalidad en vez de prevenirla o reprimirla, fenómeno que está dado principalmente por la acción de las instituciones totales (cárcel, instituciones cerradas, etc.), teniendo en cuenta el efecto deteriorante sobre la persona que se encuentra en aquéllas, condicionando verdaderas carreras criminales.

Discursos de legitimación de la pena.

“*La pena privativa de libertad ha sufrido siempre-quizás más que cualquier otra institución jurídica-de falta de legitimación, jamás en efecto, se ha realizado completamente, en fin, cuanto más se ha cargado de énfasis y retórica, tanto más se ha mostrado débil e incierta en los hechos*” (Pavarini, 1995: 6).

A finales del siglo XVII, como consecuencia del fenómeno de la Ilustración, surgen diferentes corrientes ideológicas que cambian la concepción sobre el derecho y las formas de ejercer el control social punitivo. “*Más allá de la religión, el movimiento ilustrado persiguió una secularización del derecho como creación humana derivada del pacto social*” (Verona Martínez, 1998: 29). Estas ideas fueron plasmadas en los códigos, producto de la revolución francesa. Identificamos en este contexto a pensadores como Beccaria, Lardizábal, Voltaire, Montesquieu, etc. Bajo estos

⁴ Se comparte en este trabajo el empleo que realiza Zaffaroni del concepto de ideología en el sentido propuesto por Abbagnano. A saber, “*toda creencia adoptada para el control de los comportamientos colectivos, entendiéndose por ‘creencia’, una noción que vincula a la conducta y que puede o no tener validez objetiva.*” (Abbagnano, apud Zaffaroni, 1984:14-15)

pensamientos se consolida la concepción de delito como un ataque al Estado, como una cuestión pública.

A su vez, se exaltó el fin utilitario preventivo del castigo, teniendo en cuenta los principios de responsabilidad individual, proporcionalidad, humanidad y legalidad. Es bajo estas ideas utilitarias del castigo más los cambios en las condiciones socio-históricas de la época, que se generaliza la pena privativa de libertad, como la que mejor se acopla a estos principios y a las necesidades de la clase en el poder de lograr imponerse y someter a los sujetos al nuevo orden.

Podemos identificar estas ideas con el período correccionalista del sistema penal, en donde el fin de la ejecución penal era la corrección del delincuente. Este período se puede asociar con la consolidación de la burguesía en el poder y los cambios punitivos instaurados por esta nueva clase para someter a los individuos al nuevo régimen; es así que la pena privativa de libertad, la cárcel, se presenta como la medida más idónea para lograr los fines de la clase que monopolizaba el poder. A la vez que permitía fijar y distribuir a los individuos espacialmente, clasificarlos, vigilarlos, y obtener de ellos todo un conocimiento acumulable y centralizable.

Para Zaffaroni, la primera ideología de sustento de la pena privativa de la libertad, fue de carácter moral. Se hacía fundamental la vigilancia para disciplinar el delito y el “mal” social. La función de la pena consistiría en mejorar moralmente a la persona, corregirla y someterla a las necesidades de la clase dominante. Esta función se cumpliría a través de la cárcel, y del sistema penal, tipificando determinadas conductas como delitos, sobre todo aquellas acciones que afectaban a la propiedad privada. Por lo tanto, para lograr la corrección de los sujetos era necesario por parte de la clase que detentaba el poder, ejercerlo de una forma dura y disciplinaria, realizándolo a través de los centros de reclusión en donde imperaba la vigilancia de los reclusos bajo la forma de aislamiento permanente o temporal, bajo el silencio absoluto o en algunos casos obligándolos a trabajar. El modelo para lograr dichos objetivos era 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 de trabajo industrial”* (Zaffaroni, 1991: 36-37).

Según el recorrido histórico que realiza el autor, a la primera etapa de correccionalismo le sigue un segundo momento que fue el positivismo peligrósista.

El proceso de industrialización había generado consecuencias sociales y económicas, dando nacimiento a una nueva clase urbana caracterizada como “peligrosa”, en donde surgen la necesidad de controlar y vigilar a esta clase y neutralizar o eliminar su peligrosidad. En síntesis, *“la función de toda pena es neutralizar la peligrosidad del sujeto y la función de la prisión es un tratamiento reductor de la peligrosidad y si no, el aislamiento o la eliminación a través de la prisión”* (Zaffaroni, 1994:101). Esto dio lugar al desarrollo de una criminología positivista, con un modelo de control clínico, que veía al delincuente como un ser biológicamente anormal con características particulares que podían ser estudiadas objetivamente para determinar las causas del delito y así poder combatirlo.

“A través de distintos especialistas de la conducta, se dedican con su peligrómetro, a analizar el grado de peligro que tiene el bicho que está en la cárcel, el animal que tienen en la jaula, y tratan de neutralizar el grado de peligro de la bestia feroz, o de lo contrario mantenerlo enjaulado el resto de su vida para que no pueda transferir ningún peligro de potencia” (Zaffaroni, 1994:101).

Se construyen diferentes tipologías de delincuente, como las realizadas por Lombroso y Ferri, estableciéndose diferentes medidas y propuestas de tratamiento. La descripción que realiza

Lombroso en aquella época resume la ideología de esta corriente de la criminología clínica. *“Para Lombroso el delincuente era un ser atávico, un europeo que no culminaba su desarrollo embriofetal, o sea, un europeo que nacía mal terminado y por eso se parecía al salvaje colonizado. No tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, era insensible al dolor, infantil, perverso”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 236). Consideraba al delito como un fenómeno natural, determinado por causas biológicas y sobre todo hereditarias. Esto afirma (lo que perdura hasta el día de hoy) los procesos criminalizantes en base a estereotipos de criminales. *“La policía seleccionaba personas con esos caracteres y las prisionizaba y Lombroso verificaba que los presos tenían esos caracteres. La conclusión de Lombroso era que esas características eran la causa del delito, cuando en realidad eran sólo la causa de la prisionización”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2005: 237).

El desarrollo de la criminología positivista se centrará en el estudio del autor del delito, estudiando los diferentes síntomas de la personalidad del sujeto que llevan al mismo, y a través de la indagación determinar un posible tratamiento: tríada “diagnóstico-pronóstico-tratamiento” de la personalidad del delincuente. El autor del delito, estudiado clínicamente, era aquel que se encontraba en las instituciones, es decir, individuos que eran previamente seleccionados por el sistema penal.

Estudiando simplemente las causas o factores que determinan la criminalidad, se dejaba afuera importantes procesos de selección y de criminalización de ciertos estratos de la sociedad en donde la cárcel, en este caso, significa la culminación de un proceso que ya había comenzado con anterioridad a la entrada en ésta.

Resumiendo, es interesante la puntualización que realiza Uriarte sobre el paradigma de la defensa social, propio de la criminología positivista anteriormente analizada. Según el autor, para la corriente etiológica el delito constituye un ente natural *“ante el cual la sociedad reacciona defendiéndose (defensa social)”*, y el cual es necesario explicar de forma científica; a su vez, el delincuente se constituiría en un sujeto con características determinadas que lo hacen “proclive” al delito; *“esa proclividad puede estudiarse desde el punto de vista causal explicativo, inquiriendo acerca de circunstancias endógenas o exógenas que actúan con cierto mecanicismo detrás del delito (...) Esa circunstancia hace del sujeto un ser diverso a la normalidad, un hombre delincuente”* (Uriarte, 2006: 40). A su vez, dicha proclividad es susceptible de medición (ya sea cualitativa o cuantitativamente), de manera que se pueda determinar el grado de proclividad al delito. *“Es posible intervenir políticamente combatiendo esas circunstancias, ora represiva ora preventivamente. La propia intervención represiva del sistema penal es, a su vez, preventiva; en este punto se produce un engarce entre la intervención del sistema penal y las llamadas teorías preventivas de la pena que intentan legitimarla”* (Uriarte, 2006: 40).

La mencionada intervención represiva se efectúa institucionalmente mediante la pena privativa de libertad, con la intención de resocializar al sujeto y neutralizar su peligrosidad a través de un tratamiento en el cual confluyen una diversidad de disciplinas y saberes que pretenden dar una explicación causal al fenómeno criminal.

El por qué y para qué de la pena. Teorías de la pena.

El derecho penal tiene importantes problemas de legitimación, no sólo por algunas de sus concepciones, sino también el hecho de que en la realidad el sistema penal opere selectivamente influye en el modo de su vigencia y por lo tanto, en su legitimidad. Es así, que el tratamiento de las teorías de la pena permite entender de forma cabal el paradigma de la defensa social y los distintos

discursos que a lo largo de la historia han intentado justificar y explicar la pena en general, y la pena privativa de libertad en particular. Buscan fundamentar al encierro desde un punto de vista científico y así poder legitimar la reacción custodial del Estado moderno.

“La pregunta del por qué y para qué de la pena es la pregunta acerca de su legitimación” (Uriarte, 1999:57).

Con respecto a los fines y funciones de la pena se han sostenido (y se sostienen) a lo largo de la historia diferentes teorías, las cuales convencionalmente se agrupan entre teorías absolutas y preventivas de la pena y la mezcla entre ellas. Las **teorías absolutas** parten de la concepción retributiva de la pena que sostienen, según Kant (Uriarte, 1999:59), que el fin de ésta es el de la satisfacción de la justicia. Dicha concepción retributiva encierra una idea de venganza, dado que constituye la retribución de un mal con otro mal.

Asimismo, Hegel (Uriarte, 1999:59), concibe la pena de forma dialéctica estableciendo que es una negación de una negación, es decir, el delito niega el derecho y la pena niega el delito. Constituye la satisfacción del ideal de justicia más la reparación del daño causado por la conducta que constituyó el delito.

En este sentido, para las teorías absolutas, la pena está conectada principalmente con la reparación de lo sucedido y no con la prevención de actos futuros.

Uriarte (Uriarte, 1999:59) sostiene que esta teoría no justifica la pena porque no logra explicar porqué el derecho penal interviene en algunos casos y en otros no; así como tampoco establece pautas para incriminar conductas.

Las teorías absolutas se basan en deducciones, que no pueden ser contrarrestadas empíricamente; no constituyen ninguna justificación de la pena en sí misma, sino al servicio de otras cosas como la defensa de la sociedad (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005:38). A su vez, en ningún momento se cuestiona la intervención del derecho penal, sino que se entiende que éste es bueno y no necesita ser revisado, y que cualquier persona que cometa un delito que dañe el pacto social se convierte en enemigo de la sociedad y debe ser castigado con una pena, con un mal, proporcional al daño cometido por la conducta delictual.

Por otro lado, están las **teorías preventivas** de la pena, cuyo fin no es la de retribuir el daño causado por el delito, sino que el fin es evitar que aquel sea cometido. Para la teoría absoluta la pena es impuesta y se justifica porque se ha cometido un delito, mientras que para las llamadas teorías relativas o preventivas, la pena se impone para que no se cometa el delito. En este sentido, la pena constituye un mal necesario.

Estas teorías se dividen entre prevención general y prevención especial. A su vez, se subdividen entre prevención general positiva y negativa; y prevención especial positiva y negativa. Estos constituyen tipos ideales de modelos teóricos respecto a las funciones preventivas de la pena.

Las teorías de la **prevención general** se dirigen a los sujetos que no han delinquir, cuyo mensaje puede ser negativo, es decir, disuadiendo a los potenciales infractores para que se abstengan de delinquir; o puede ser positivo, para reforzar valores y reafirmar la confianza en el derecho.

Las teorías de la **prevención general negativa** parten de la idea de un hombre racional capaz de realizar un cálculo entre costos y beneficios, partiendo de la base que conoce y entiende las normas y consultaría a aquellas antes de cometer un delito. A su vez, el sujeto se convierte en un instrumento para lograr conseguir un fin: que el resto de la sociedad se abstenga de delinquir, lo que

ofende y amenaza la dignidad humana dado que va en contra del principio de no instrumentalidad de la persona (Uriarte, 1999:63). Al decir de Uriarte, *“es la teoría del chivo expiatorio: la prevención, en esencia, supone un prius al crimen potencial (virtual) que todos podemos cometer, sólo que se ejerce sobre el cuerpo y el alma del condenado, lo cual no parece justo”* (Uriarte, 1999:63).

Para comprobar empíricamente los efectos de intimidación perseguidos por la prevención general negativa, es necesario que se den varios supuestos. En primer lugar, que los destinatarios conozcan las normas, que las compartan y las entiendan, lo que no siempre sucede. A su vez, como mencionábamos anteriormente, que el sujeto se maneje de acuerdo a una racionalidad que le permita visualizar las ventajas y desventajas que le traería la comisión del hecho y luego desistiera de cometerlo, partiendo del supuesto de que el derecho, a través de la conminación penal y la ejecución de la pena en concreto, le ha demostrado al sujeto que no vale la pena cometerlo. Lo que no significa que en algunos casos la pena surta realmente efecto intimidatorio, pero no alcanza para generalizarlos a todos los sujetos. Tal es el caso de los delincuentes profesionales, los habituales, los ocasionales, lo que pone en evidencia que la amenaza de la pena no es suficiente para evitar la comisión de un delito.

La **prevención general positiva** o también denominada prevención-integración, legitima la pena, no mediante la intimidación, sino mediante el reforzamiento a través de aquella, de la confianza en el sistema penal. El derecho tendría un valor simbólico cuyo cometido sería reforzar la confianza de los sujetos en el sistema social en general y en el sistema penal en particular (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 42).

Inspirado en la teoría de sistemas, este enfoque concibe al derecho como instrumento de estabilidad social que orienta las acciones e institucionaliza las expectativas. Desde esta perspectiva, la función de la norma no sería la intimidación, ni la retribución de un mal con otro mal, tendría un efecto positivo, el de restablecer la confianza en el derecho y contribuir a la integración y estabilidad social.

Según Zaffaroni, para esta teoría, *“el delito sería una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace su publicidad neutralizante, o sea que las agencias del sistema penal se irían convirtiendo en agencias publicitarias de lo que es necesario hacer para que una sociedad basada en el conflicto no cambie”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005:42).

De esta forma, la persona sería criminalizada para tranquilizar a la opinión pública y generar el efecto en la población de que el sistema penal opera eficazmente ante la comisión de un delito. Si bien parten de que la pena no sirve, tiene que tener la función de aparentar y hace creer de que sí, por el bien de la sociedad. En síntesis, para la prevención-integración la pena tiene por función, que los miembros de una sociedad reconozcan las normas y tengan fidelidad frente al derecho.

La prevención general positiva tiene como consecuencia la criminalización selectiva de determinados delitos y personas, dado que los llamados delitos de cuello blanco no tienen importancia para el sistema porque no son seleccionados como conflictos a ser penalizados, por lo tanto su criminalización no tendría sentido. La criminalización, entonces, terminaría recayendo sobre aquellos más “torpes”.

Como sostiene Zaffaroni,

“no es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos: es verdad que provoca consenso (en la

medida de que el público lo crea), pero no porque robustezca los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos impunes en razón de su invulnerabilidad al poder punitivo, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados (los más torpes y brutos)” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005:43).

Por último, dentro de las teorías de la pena, se encuentran las teorías de la **prevención especial**, que a diferencia de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige a la comunidad en general, sino que está dirigido al sujeto que cometió un delito para que en el futuro no lo vuelva a hacer.

Dichas teorías pueden dividirse entre prevención especial negativa y prevención especial positiva. **La prevención especial negativa**, tiene como objetivo la neutralización del infractor y la intimidación, provocando un mal en el sujeto pero que constituye un bien para la sociedad. El objetivo es lograr que el autor de una infracción se vuelva incapaz de cometer futuras infracciones, ya sea mediante la destrucción física y psíquica, ya sea con el encierro de máxima seguridad, etc., o con diferentes medidas que provoquen una contra motivación a la comisión de un delito.

La diferencia de esta teoría con el retribucionismo radica en que para éste el castigo constituye un instrumento de justicia, de restauración del derecho vulnerado; mientras que para la prevención especial negativa constituye un instrumento de disuasión, la legitimación vendría dada por la utilidad del castigo (Uriarte, 1999:73).

La **prevención especial positiva** intenta legitimar la intervención punitiva mediante el tratamiento y mejoramiento del infractor. Tiene que ver con las llamadas ideologías “re”: resocialización, reeducación, rehabilitación, reinserción, repersonalización, etc.

Resocialización

Zaffaroni identifica como tercer momento con respecto a las ideas que intentaron sustentar la pena privativa de libertad, y su correspondiente ideología del “tratamiento”, aquel que se da con la reorganización del enfoque positivista, asistiendo al fin del positivismo biologista o peligrosista. En esta fase, la intervención punitiva más que orientarse simplemente a la corrección de los sujetos sometidos a la pena privativa de libertad, lo que trata es de reinsertar al delincuente a la sociedad. Este movimiento tuvo su apogeo luego de la Segunda Guerra Mundial, teniendo gran influencia las teorías sociológicas del funcionalismo sistémico, sin dejar de lado las concepciones organicistas. El representante más conocido de la sociología sistémica fue el norteamericano Talcott Parsons. Dicha sociología era propia del Estado Benefactor o Welfare State, cuyo correspondiente en economía era el Keynesianismo.

“Para Parsons la sociedad es un sistema y la socialización del humano tiene lugar por obra de agentes que podríamos llamar normales, como la familia, la escuela, los viejos, las iglesias, etc., pero cuando estos agentes fallan, entran en juego otros que reaseguran la resocialización, como son los del sistema penal o los de salud mental, llamando control social sólo al ejercido por estos últimos” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 263).

Con el Estado de Bienestar se procuraba garantizar a la población un mínimo de seguridad social y mejorar de esta forma las condiciones de socialización, incorporando a todos los sujetos a las formas de producción industrial, brindando las condiciones mínimas para que accedan a los servicios sociales. Como el Estado brindaba todos los elementos para mejorar la socialización, y si las causas del delito respondían a factores sociales e individuales, con el mejoramiento de las

condiciones de vida, el delito que queda tendría causas puramente individuales, legitimando de esa manera el control punitivo como medida de resocialización del delincuente, el cual ha demostrado su inadaptación social.

También surgieron, contemporáneamente, otros conceptos más difusos para denominar el mecanismo de resocialización, como: “readaptación social”, “reinserción social”, “reeducación”, “repersonalización”, etc. Todas estas ideologías “re”, mantuvieron la importancia de la criminología clínica y la etiológica, dando entrada a diversas teorías psicológicas y psiquiátricas. (Zaffaroni, 1991:38).

Mientras el período correccionalista moralizador se vio materializado en el modelo arquitectónico del aislamiento celular y el régimen auburniano, anteriormente descritos, la fase resocializadora de la intervención punitiva se vio materializada en los regímenes progresivos y abiertos. Los sistemas penitenciarios progresivos estaban compuestos de varias etapas. Una primera etapa en la que el sujeto era sometido por varios meses al asilamiento absoluto que tenía por fin, no castigar al recluso, sino que éste reflexionara sobre el daño que había ocasionado a la sociedad. Después de la etapa de aislamiento sucedía una segunda etapa, que constituía en el aprendizaje por parte del recluso de un oficio que le pudiera ser de utilidad al momento de quedar en libertad. Todo esto bajo una determinada filosofía, aquella que pretendía combatir el delito a partir de la regeneración del delincuente, mediante la motivación hacia el trabajo y hacia los deseos de recuperar la libertad perdida por no haber vivido conforme a las normas de la sociedad. (González Harker, 2000: 66)

3. Deslegitimación. Paradigma crítico

La resocialización ha presentado varias críticas desde diversas posturas, considerándola como un proceso de poder y dominación, de imposición de valores, si no se tiene el consentimiento de la persona a resocializar. Las sociedades son heterogéneas y cuentan en su seno con una diversidad de culturas cuyos valores son distintos entre sí.

Para Cervini (1993) la resocialización, en su esencia, implica un proceso de interacción y de comunicación entre el individuo y la sociedad, el cual debe ser acordado entre ambos, de lo contrario se estaría frente a relaciones de dominio y de dependencia.

Sostiene que

“resocializar al delincuente, sin evaluar, al mismo tiempo, el conjunto social al cual pertenece, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido. Asimismo afirma, “(...) que la auténtica resocialización sólo será posible cuando el individuo que resocializar y el encargado de resocializarlo, tengan, acepten o compartan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia” (1993: 26-27).

Las críticas a la resocialización se dirigen más que nada al medio empleado para su realización: la cárcel. La crisis de legitimación de la pena privativa de libertad tiene que ver con la crisis de la cárcel como ámbito para llevar adelante los objetivos resocializadores. Desde su origen, la cárcel ha estado rodeada de críticas y de propuestas alternativas.

Los discursos críticos, según Uriarte (1999), pueden dividirse en dos: por un lado, aquellos que sostienen que la cárcel funciona mal, existiendo un desfase entre el derecho y la realidad. Esta constituye una perspectiva que sostiene que las cárceles no resocializan por defectos coyunturales de las mismas (falta de recursos económicos y humanos, hacinamiento, inexistencia de preparación

de los funcionarios, falta de técnicos especializados, etc.) Por otro, están aquellos discursos que sostienen que la cárcel estructuralmente genera violencia y deterioro.

Los primeros se enmarcan dentro del paradigma resocializador y se abocan a la crítica de que en la realidad no se ponen en práctica los diferentes proyectos penitenciarios; mientras que los segundos, enmarcados dentro del paradigma crítico el cual ha tenido su auge en estos últimos tiempos, sostienen que la *“mejor cárcel no existe”* (Uriarte, 1999:76).

Según Zaffaroni (2003), la función deslegitimante más importante del discurso jurídico penal, fue la realizada en sociología por las corrientes del interaccionismo simbólico y la fenomenología, que dio lugar dentro de la criminología a todo un conjunto de teorías que pueden denominarse teorías de la reacción social. Dentro de estas teorías identificamos el estudio de Goffman sobre las instituciones totales, las teorías del etiquetamiento, etc. Este grupo de investigaciones parten de la idea de que no es posible estudiar la criminalidad sin tener en cuenta la acción del sistema penal en la definición y reacción ante aquélla.

Esta corriente sostiene que como sujetos nos vamos formando a medida de cómo nos ven los demás y, en este sentido, *“(…) la prisión cumple una función reproductora y la persona a la cual se etiqueta como delincuente asume finalmente el rol que se le asigna y se comporta conforme al mismo”* (Zaffaroni, 2003:64). Asimismo, el sistema penal pasa a ser inevitablemente objeto de la criminología dado que es revelada por aquélla su función reproductora de la criminalidad, a diferencia del enfoque positivista etiológico que tenía una función auxiliar al sistema penal, ya que legitimaba y justificaba la intervención represiva y correctiva del Estado, en la defensa de una mayoría de individuos considerados como normales, ante una minoría considerada anormal.

Como mencionábamos anteriormente, la crítica que se le ha realizado a la cárcel está más que nada orientada a la crítica a las teorías preventivas de la pena. A esto Uriarte (2004) agrega que si en realidad existe una situación de “crisis” de la cárcel, situación que el autor pone en duda, no es tanto que la propia institución esté en dicha situación, sino lo que verdaderamente está atravesando una crisis es la prevención como estrategia y fin del sistema penal. Por un lado, la crítica se ha centrado en la violencia custodial del encierro, que cierra el discurso en la inocuización y en la neutralización del criminalizado (prevención especial negativa), determinando el encierro por el encierro mismo. Por otro, la crítica se ha dirigido a las teorías “re”, es decir, en la prevención especial positiva (Uriarte, 2004:23).

Hoy en día no se puede desconocer la violencia y los efectos deteriorantes de la cárcel, que demuestran que la misma no fue diseñada para cumplir con los fines explicitados. El análisis realizado por Goffman sobre las instituciones totales, expuesto por Uriarte (2004), deja en evidencia las reales consecuencias del encierro institucional para los sujetos y para la sociedad en general. Para Goffman, la institución total *“constituye un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten una rutina diaria, administrada formalmente”* (Goffman, apud Uriarte, 2004:25). Dentro de esta caracterización entran instituciones como: cárceles, hospitales psiquiátricos, conventos, etc.

La institución total además de producir el asilamiento de los sujetos, constituye un régimen regresivo, porque provoca que el interno vuelva a otras etapas de la vida, como la infancia y la adolescencia, en donde no podía elegir que hacer de forma adulta y responsable. La vida interna está reglamentada, existen horarios para todo, pautas para todo. Estas circunstancias producen efectos en los sujetos inversos a los que apunta el programa resocializador.

A su vez, la acción de la institución total genera en el interno varios procesos que Goffman denomina de adaptación. El interno puede reaccionar absteniéndose de participar en cualquier actividad, puede revelarse y mostrarse reacio a colaborar, puede sentir que la institución forma ahora su hogar pasando a formar parte de su mundo total, y aquellos efectos producidos por la “prisionización”, en la que el interno combina formas de adaptación, aprende a negociar, a intercambiar, a obtener determinados privilegios, etc.

Como destaca Uriarte,

“a la salida de la institución, el individuo arrastra el estigma, componente institucional que lo acompañará afuera individualizándolo. Esta individualización tiene un doble efecto: permite al control institucional reproducir su poder, al ejercerlo sobre el “enemigo” identificado, que es sometido a prácticas persecutorias, en una operativa que implica desplegar afuera, en un continuum, las prácticas segregantes y condicionantes institucionales. Por otro lado, paradójicamente, tiene un efecto desidentificador pues reduce al hombre a una etiqueta groseramente simplificada, reductora de su identidad” (Uriarte, 2004: 26).

También, dentro de cada institución total conviven diariamente personas que desempeñan diferentes roles, que van desarrollando su propia cultura institucional y ponen en marcha la institución de acuerdo a sus necesidades. Es así que, dentro de las instituciones, comparten diariamente, técnicos, funcionarios, directores, internos, etc., lo que muestra la complejidad de la dinámica interna que como sostiene el autor, es desconocida y simplificada por la resocialización.

El paradigma etiológico ha sido severamente cuestionado, también, desde la corriente de la criminología crítica. Dicha corriente crítica, encierra una cantidad de pensamientos que se postularon en contra de las formas de tratamiento de la cuestión criminal desde la criminología positivista etiológica.

“Cuando hablamos de criminología crítica (...) situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir, económico-política, de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, un trabajo que tienen en cuenta instrumentos conceptuales elaboradas en el ámbito del marxismo (...)” (Baratta, 2002:165).

Oponiéndose al enfoque biopsicológico que usaba la vieja criminología positivista, la cual pretendía explicar las causas y factores del delito, considerando a la criminalidad como un dato preconstituido a la reacción social y al derecho penal, el enfoque crítico, contrariamente, *“(...) historiza la realidad del comportamiento desviado y pone en evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución.”* (Baratta, 2002: 166).

Este enfoque supera las concepciones de la ideología del enfoque etiológico -que partían de la naturalidad del delito-, sosteniendo que la desviación y la criminalidad no es una cualidad ontológica de ciertos comportamientos y de ciertos individuos.

Asimismo, estudia el tema de la selectividad del sistema penal, teniendo en cuenta los procesos de criminalización primaria y la criminalización secundaria por los cuales pasa el sujeto. En primer lugar, mediante la elección de los bienes protegidos penalmente, y de las conductas que dañen los bienes protegido por las normas legales; en segundo lugar, mediante la selección de determinados sujetos estigmatizados entre todos aquellos que cometen infracciones a los normas penales.

El positivismo estudia el sujeto que está dentro de la cárcel, sin tener en cuenta cómo dicho sujeto llega a ésta por medio del mencionado proceso de selección. A su vez, deja fuera el momento de la definición de los delitos, sin tener en cuenta que las definiciones legales *“son temporal y espacialmente situadas”*. Antes existían determinadas conductas o hechos que eran considerados delitos y en la actualidad ya no los son, por ejemplo: la brujería. Así como los delitos pueden recibir diferentes definiciones y las penas pueden ser distintas según el derecho de cada país.

El sistema penal selecciona determinados autores de delitos, aquellos que le *“ponen la cara”* al sistema penal, es decir, aquellos que terminan siendo más *“torpes”* y *“vulnerables”* a la criminalización. Las personas terminan siendo criminalizadas no por el grado de gravedad de los delitos, sino por poseer determinadas características personales que responden a un estereotipo de criminal que los hace más vulnerable al ejercicio del poder de los sistemas penales. El enfoque etiológico deja por fuera la operatividad selectiva del sistema penal, mientras que el paradigma crítico pone el acento en el sistema penal como control social institucionalizado.

Uriarte (2006) sostiene que con el cambio de paradigma cambia también el enfoque de la política criminal. La crítica se dirige a los principios de la ideología de la defensa social, más que nada al principio de igualdad. La ideología de la defensa social parte del postulado de que el derecho penal protege de forma igual los intereses y los bienes de los ciudadanos frente a los ataques dirigidos a estos. Supone, asimismo, que el interés en la defensa de dichos bienes es compartido por todos. Parte de que la ley es igual para todos, que todos aquellos que atenten contra los intereses y bienes penalmente protegidos son factibles de ser penados. Según el principio de igualdad de la defensa social, *“la criminalidad es la violación de la ley penal, y como tal es el comportamiento de una minoría desviada. La ley penal es igual para todos. La reacción penal se aplica de modo igual a los autores de delitos”* (Baratta, 2002: 37).

El mito de la igualdad del derecho penal es evidenciado por el enfoque crítico en la profundización y el análisis sobre, los ya mencionados, mecanismos selectivos del sistema penal. No solo las normas del derecho penal se forman y se aplican de forma selectiva, sino que el derecho penal cumple una función de producción y reproducción de desigualdad. *“Esta profundización evidencia el nexo funcional que existe entre los mecanismos selectivos del proceso de criminalización y la ley de desarrollo de la formación económica en que vivimos (y también la condiciones estructurales propias de la fase actual de este desarrollo en determinadas áreas o sociedades nacionales)”* (Baratta, 2002: 171).

La desigualdad queda en evidencia cuando el sistema penal tiende a criminalizar conductas delictivas típicas de las clases subordinadas, mientras que las clases dominantes se vuelven inmunes a los procesos de criminalización. El sistema penal acciona frente a las conductas que contradicen las relaciones de producción y distribución capitalista, típicas de los estratos más bajos de la sociedad, y por el contrario, actúa de manera menos eficaz ante las formas de criminalidad típicas de las clases que están en el poder. Como sostiene Baratta,

“(…) la aplicación selectiva de las sanciones penales estigmatizantes, y especialmente de la cárcel, es un momento supraestructural para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad (…) El hecho de castigar ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que permanecen inmunes al proceso de criminalización” (Baratta, 2002: 173).

4. Crítica a la cárcel y el surgimiento de propuestas alternativas

De la reconstrucción histórica efectuada sobre el surgimiento y desarrollo de la cárcel y de la exposición de las corrientes ideológicas que intentaron legitimarla, entendemos que ésta ha constituido un fracaso histórico con respecto a sus objetivos de utilidad social: la misma no socializa, sino que genera en el sujeto efectos deteriorantes y por lo tanto, ha demostrado ser ineficiente para la recuperación social de los internos. Desde el mismo momento que surge la pena privativa de libertad en su acepción moderna, como pena por excelencia, ha estado expuesta a las críticas y propuestas alternativas. A su vez, la crítica a la cárcel se vio intensificada en la segunda mitad del siglo pasado, con la internacionalización y especificación de la cuestión de los derechos humanos.

Frente al desinterés por parte de los gobiernos y los Estados ante los efectos reales de los sistemas penales en la sociedad, el derecho penal se ha convertido en un derecho simbólico promulgado con la apariencia de que el Estado asume la defensa de la sociedad que esta misma reclama, elaborando discursos y estrategias tendientes a la seguridad ciudadana, definida en términos de inseguridad y ésta, a su vez, en términos de criminalidad.

En el marco de las formas tradicionales de la defensa social -la cual surge en el ámbito específico del sector penal al mismo tiempo que nace el sistema jurídico burgués- Alessandro Baratta (2002:36-37) enumera una serie de principios que destaca como sus fundamentos y permite reconocer cómo los mismos se mantienen vigentes en la actualidad a la hora de legitimar al sistema penal en su conjunto como herramienta para garantizar el orden social, a saber: *el principio de legitimidad, principio del bien y del mal, el principio de culpabilidad, principio del fin o de la prevención, principio de igualdad y el principio del interés social y del delito natural*. En cada uno de estos principios se hace referencia a una sociedad que detenta valores e intereses comunes a todos los ciudadanos, una ley penal igual para todos, y un Estado como expresión de esa sociedad que está legitimado para reprimir la criminalidad mediante instancias institucionales de control social -criminalidad entendida como el mal, como amenaza- reafirmando esos valores, normas e intereses. Dicha ideología tiende a ocultar la verdadera operatividad del sistema penal, en su función de producción y reproducción de la desigualdad social, no obstante se ampare y legitime en el principio de igualdad.

Ante el fracaso de las ideologías “re”, la cárcel se había convertido en lugar de pura seguridad, y vuelve a surgir la idea de prisión como prisión retributiva. Todo esto enmarcado en la crisis del Estado de Bienestar, lo que produce un achicamiento de las intervenciones estatales fundamentalmente en lo económico y social, pero en lo político, por el contrario, se da un incremento de la intervención penal. Este proceso de cambio se inicia en un contexto de auge de la doctrina neoliberal- introducida por la mayoría de los gobiernos latinoamericanos-, y de la globalización económica. Y que como sostiene Luis Niño, *“tal doctrina y su versión extrema, el fundamentalismo de mercado, no sólo sirvieron de argumento de legitimación al demolidor desguace de los aparatos de producción de los países periféricos, sino que influyeron en las concepciones sociales y jurídicas de las sociedades y sus dirigentes”* (Niño, 2003: 42).

Como principales consecuencias, se opera la ampliación de la pobreza, la destrucción de los aparatos productivos y las protecciones sociales, la desregularización del trabajo y la reformulación del rol del Estado, abandonando paulatinamente el diseño de políticas sociales que garanticen la preservación de derechos universales básicos.

Desde los diferentes gobiernos de turno se apelaron a estrategias y políticas respaldadas en las tradicionales demandas de defensa social, fortaleciendo y expandiendo el sistema penal, aumentando su represión, fomentando leyes de aumento de las penas, evitando las excarcelaciones, etc. Un ejemplo de esto para el caso uruguayo, con referencia a la legislación de la década de los 90, fueron la Ley de Seguridad Ciudadana y, más adelante en los años 2000-2001, las sucesivas leyes de Urgencia, lo que implicó la tipificación de nuevos delitos, aumento de las penas tendiente a la protección penal de ciertos bienes, principalmente la propiedad.

La crítica a las instituciones totales, en especial a la cárcel, ha dado paso al surgimiento de diferentes propuestas alternativas de resolución de los conflictos sociales fuera del ámbito penal. Se desarrolló a finales de los sesenta y mediados de los setenta en Europa, toda una literatura que giraba en torno a las alternativas a la cárcel. Según Larrauri (1992: 210) el surgimiento de las alternativas no tuvo una acogida alentadora, porque existía la duda de si las mismas habían surgido ante la certeza del fracaso de la cárcel o, simplemente, por necesidades estatales. Asimismo, según la autora, no había en la época una real convicción sobre los efectos descarceratorios de las alternativas, sino que sostenían que con éstas se ampliaban las redes de control disciplinar fuera de la institución, control que permitía someter a más gente en las redes penales del Estado.

Desde el punto de vista político criminal, las propuestas ante la deslegitimación del sistema penal se pueden dividir entre: la propuesta de un derecho penal mínimo y las propuestas abolicionistas.

La **propuesta abolicionista** niega la legitimidad de los sistemas penales tal cual operan en la realidad social actual, y se muestran partidarios a la eliminación, no sólo de la pena privativa de libertad, sino de todo el sistema penal. Argumentan que las penas, y principalmente la pena privativa de libertad, son penas clasistas que afectan principalmente a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Se muestran en contra de toda tentativa de solución formal y abstracta de los conflictos y apelan a la asunción de otras instancias informales de solución de los mismos. Si bien existen diferentes posturas dentro del abolicionismo penal, en su mayoría parten de que el sistema penal es estructuralmente ineficaz, genera sufrimientos a los sujetos que se enfrentan a éste, y no tiene ningún efecto positivo sobre las personas involucradas en los conflictos. Los criminólogos abolicionistas no estaban interesados en plantear propuestas alternativas a la cárcel, por el contrario, planteaban alternativas a todo el sistema penal, alternativas al castigo. Consideraban que hasta que no desapareciera la cárcel las alternativas serían funcionales a ésta y mantendrían el mismo cometido de disciplinar a la gente al sistema de valores y normas convenidos a los intereses dominantes.

Hulsman, uno de los principales postulantes de esta corriente, propone directamente el reemplazo del sistema penal por otras instancias de resolución de los conflictos que atiendan a las verdaderas necesidades de las personas involucradas. El autor propone no utilizar más las categorías “crimen” y “criminal”, las cuales fueron “reificadas” por el pensamiento occidental, y que encierra una diversidad de conflictos, que aunque no desaparezcan una vez eliminado el sistema penal, redefinidas como “situaciones problemáticas”, permitiría brindar una efectiva solución de otra forma distinta a la punitiva. (Zaffaroni, 2003:103).

El abolicionismo propone también un modelo distinto de sociedad, en donde los conflictos sean resueltos de otra manera, sin la necesidad de recurrir a las penas o a las instancias punitivas institucionalizadas.

Se han realizado varias objeciones y críticas a las corrientes abolicionistas, las cuales han dado lugar a una interesante polémica que se encuentra vigente y en pleno desarrollo en la actualidad. Una de las repuestas más atrayentes es la que proviene de la opción por el “**derecho penal mínimo o mínima intervención penal**”. Dicha vertiente de pensamiento comparte las críticas a la pena privativa de libertad y al sistema penal que realiza el abolicionismo, pero no proponiendo la abolición del sistema penal, sino que postula que la principal alternativa pasa por la concepción del derecho penal como limitador del poder punitivo.

Para Uriarte,

“si el discurso de la pena encubre o bien manipula tecnocráticamente una realidad de violencia selectiva, y si, por otra parte, no es viable una estrategia reductora de violencia sino a partir de un discurso intrasistemático -hacia dentro del sistema-, más allá de las estrategias abolicionistas a largo plazo, y de estrategias extrasistemáticas -fuera del sistema penal-; entonces, la mejor alternativa es hacer del discurso de la pena un discurso reductor de la violencia, contentivo de expansión penal represiva” (Uriarte, 1999:89).

Para el autor el discurso penal en vez de ocuparse de legitimar al sistema penal-que ha demostrado que opera de forma estructuralmente selectiva-, mediante teorías que encubren o manipulan dicha selectividad, debe elaborarse para reducir o contener la intervención penal.

Surgieron en diversos países del mundo, sobre todo en Europa y en Estados Unidos, diferentes propuestas alternativas en sustitución del encierro. Como mencionábamos anteriormente, en torno al surgimiento de las alternativas cundió un pesimismo sobre las posibilidades, mediante aquellas, de descarcerar. Como describe Uriarte (2004),

“(…) en Italia y en Inglaterra las cárceles y las alternativas se expandieron simultáneamente, contrariando el efecto descarcerador de las alternativas. Ante esta realidad, surgen dos posibles reacciones: la primera consiste en afirmar que las alternativas son del todo preferibles a la cárcel, y que no podemos quejarnos si algo peor nos puede pasar; la segunda consiste en considerar a las alternativas sanciones principales y a la privación de libertad como excepción” (Uriarte, 2004:29).

CAPÍTULO II - HISTORIA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN URUGUAY. LA REALIDAD ACTUAL -

“La cárcel no se separa de la sociedad donde se inserta y aunque constituya su normativa propia sus hacedores vienen del exterior y así se refleja en su universo Por eso la cárcel del margen, del tercer mundo, es diferente de la del primero, se presenta maloliente, hacinada, donde los reglamentos no tienen la forma rígida de la perfección”.

(Grezzi, 1995: XIX)

1. Sistema penal Uruguayo.

Una vez realizada la reconstrucción histórica sobre la pena privativa de libertad, identificando las diferentes contradicciones y paradojas de los discursos legitimadores de la misma, se hace necesario desarrollar cómo dicho fenómeno se procesa en nuestro país. Se procurará visualizar cuál fue la respuesta que se diseñó para atender el fenómeno de la criminalidad, atendiendo su desenvolvimiento en el pasado y los aspectos que perduran actualmente.

Interesa ver cómo opera nuestro sistema penal, qué particularidades presenta, cómo surge la pena privativa de libertad, cómo se ha legitimado, y qué lugar se le da en la estructura social al sistema carcelario. Asimismo, se observará cómo la crisis de los discursos legitimantes de la cárcel se presentan particularmente en nuestra realidad, y qué propuestas alternativas se han encontrado ante el fracaso de la institución para lograr los propósitos declarados.

Como se hacía referencia en el primer capítulo del trabajo, el sistema penal consiste en *“una manifestación del control social que se caracteriza por usar como medio una punición institucionalizada, esto es, por la imposición de una cuota de dolor o privación legalmente previstos, aunque no siempre mostrados como tales por la misma ley, que puede asignarle fines diferentes”* (Zaffaroni, apud De Martino y Gabin, 1998: 27). El sistema penal, está compuesto por subsectores: el policial, el judicial, y ejecutivo. Se trata de tres grupos humanos que no operan exclusivamente por etapas sino que tienen influencia en cada una de éstas, y que pueden seguir actuando o interaccionando en las restantes. A su vez, no puede excluirse del sistema, al sector legislativo y a los medios de comunicación.

Pasaremos a desarrollar detenidamente cada uno de los subsectores para poder visualizar cómo opera en nuestro país todo el conjunto del sistema penal.

Subsector Policial

La institución policial tiene sus orígenes a comienzos del siglo XIX, y aparece como instrumento de control de las clases propietarias para establecer la nueva estructura de poder y atacar las disidencias por las graves condiciones de la industrialización capitalista. Su organización, teniendo en cuenta su origen y función, respondió a una estructura militarizada y burocratizada (Roballo, 1997:182).

Dicha institución va siendo adaptada a través del tiempo a las necesidades del momento histórico acompañando las formas de Estado y nutriéndose de su ideología. Dentro del sistema político está vinculada directamente con el Poder Ejecutivo. Está integrado por un grupo humano institucionalizado con una escala jerárquica infranqueable y militarizada, y con un discurso ideológico moralizante con consignas de seguridad y orden.

Cuenta con un personal con capacitación deficiente, especialmente la del personal subalterno, perteneciendo en su mayoría a los sectores más desfavorecidos de la sociedad, al igual que los que son criminalizados, lo que aumenta las contradicciones y antagonismos en el seno de dichos sectores. (Roballo, 1997:183).

El sector policial opera a través de determinados mecanismos, muchas veces ilegítimos, manejándose en base a estereotipos criminales, apuntando sus acciones de vigilancia y aprehensión a los sectores más vulnerados y mostrándose inoperante ante la criminalidad sofisticada característica de las clases más favorecidas de la sociedad, criminalidad que produce importantes daños y costos sociales (Roballo, 1997: 184). En este sentido, el sector policial aprehende, traslada e informa sobre los infractores que entrega al fallo del sector judicial.

Subsector Judicial

El sector judicial recibe la población seleccionada por el policial y ahí determina si el proceso de criminalización secundaria, activado en un principio por la acción de la agencia policial, debe continuar su curso o debe ser interrumpido. Siendo los jueces y magistrados encargados de dictar las sentencias a aquellas personas que han infringido contra el consenso social. Es aquel que interpreta la ley penal, basado en un discurso garantizador en el sentido de que la ley penal será aplicada a todos los ciudadanos que hayan sido sometidos a un debido proceso; a un juicio rodeado de todas las garantías para el enjuiciado. A su vez, ejerce control sobre la ejecución, legitimando el poder de castigar a través de la legalidad.

Este sector tiene como finalidad la garantía de la protección de los Derechos Fundamentales como la vida y la libertad. Muchas veces el cumplimiento de esta finalidad se vuelve lento e ineficaz por la burocracia, o por falta de recursos. Por otro lado, como mencionábamos anteriormente, un déficit que presenta este sector está relacionado con la dependencia que tienen los jueces con el sector policial en la realización de la investigación y el aporte de los elementos probatorios. Mostrándose ineficaz para perseguir los llamados delitos de “cuello blanco”, cuando no pena a los involucrados en casos de corrupción o no puede encontrar pruebas cuando los que están involucrados son personas pertenecientes a los estratos más altos de la sociedad, alimentando una mala imagen y debilitando aún más la credibilidad del Poder Judicial.

Entre sus funciones, tiene la de proteger los derechos de los internos que cumplen prisión preventiva, condena o medidas de seguridad.

Subsector Ejecutivo o penitenciario

El circuito de control social que se inicia primero con el sector policial y continúa luego con el judicial se cierra con el sector penitenciario. Es el encargado de la custodia de los presos durante el cumplimiento de la sentencia, en las instituciones carcelarias.

El objetivo de la prisión establecido en la Constitución de la República, artículo 26, es “la reeducación de los procesados y penados en busca de su aptitud para el trabajo, y profilaxis del

delito”. Tal como sostiene Cairoli, *“no siempre cumple con la función para la que ha sido creado dentro del sistema, porque excede (...) la simple privación de libertad y aun su función resocializadora impuesta por mandato constitucional, ejerciendo funciones de disciplina que lo convierten en una institución completa”* (Cairoli, 2001: 18-19).

Si en el resto de los sectores era factible encontrar prácticas incongruentes y carentes de garantías, en el sistema penitenciario es posible encontrar una clara contradicción con los principios humanitarios más elementales, constituyendo un exponente de violación sistemática de los derechos humanos (Ottonelli, 1997: 244).

Subsector Legislativo

El sector legislativo es aquel que fija las pautas de configuración, es decir, la ley, aunque muchas veces ignorando qué es lo que realmente se legisla, y esto debido a que en la confección de las leyes no siempre se consulta a los técnicos especializados en la temática a la que alude la ley. (Cairoli, 2001:16).

Al igual que en el resto de los países latinoamericanos, en nuestro país se evidencia una producción desordenada de leyes penales, transformando a nuestra legislación de fondo en legislación de emergencia, acompañada de fallas técnicas o políticas, determinando un avance hacia la represividad penal, mediante la sanciones de leyes como la Ley de Seguridad Ciudadana (Nº 16.707) en 1995 y las sucesivas leyes de Urgencia (Nº 17.243 de 29 de junio de 2000 y Nº 17. 292 de 25 de enero de 2001). Las mismas determinaron nuevas figuras delictivas, aumentaron las penas en varios delitos, etc.

Según Roballo,

“(...) tal urgencia produce dos efectos; por un lado evita un análisis técnico profundo que delataría a la ley como innecesaria, por ser el tema seguridad ciudadana un problema de gobierno y de administración y no de creación de leyes penales o endurecimiento de las mismas. Por otro lado, pretende y con éxito copar a la opinión o sentir público con el tema de la seguridad (...) produciendo un desplazamiento de temas esenciales y dando lugar una respuesta punitiva” (Roballo, 1997:180).

Ante la incapacidad del sistema político para atender los problemas reales de fondo que determina la producción de hechos con significación socio-económica, se vuelca a la producción de leyes penales represivas con la pretendida intención de resolver de esta forma dichos problemas y captar a su vez mayores adhesiones (Roballo, 1997:181). En definitiva, se le otorga mayor arbitrariedad al sistema penal. A su vez, las leyes y medidas propuestas por este sector, terminan dirigiéndose a la represión-prevención penal de determinados delitos efectuados por los sectores subalternos, mientras que otros grupos que tienen influencia sobre la configuración de las leyes penales obtienen cierta inmunidad, poniendo en tela de juicio los principios de igualdad, legalidad, etc.

Medios de Comunicación.

Por último, no se puede excluir del sistema penal la influencia de los medios de comunicación, formando parte como uno de sus subsectores. Aquellos, constituyen el aparato de propaganda del sistema penal haciendo posible su poder configurador. A través de estos, se genera una “opinión pública” portadora de la ideología dominante que legitima el sistema penal. (Roballo, 1997:186).

Los medios otorgan un importante espacio para la difusión de la supuesta eficacia del sistema penal. A través de la prensa se dan a conocer estadísticas sobre el aumento y control de delitos contra la propiedad, se televisan detalles sobre episodios de violencia y sangre, etc., generando un clima de alarma pública, y creando el ámbito propicio para la realización de campañas de “ley y orden”, *“con la consiguiente movilización de sentimientos de venganza, indagación moral que legitima la represión, reaviva la consideración de la pena de muerte, penalización del consumo de tóxico, presunción de legítima defensa policial, etc.”* (Roballo, 1997: 187).

Como se hacía referencia en el primer capítulo, cada subsector o segmento del sistema penal está integrado por grupos profesionales estratificados jerárquicamente y en su interior está formado por grupos heterogéneos, ya que están compuestos por funcionarios que provienen de diferentes sectores sociales. Por otro lado, cada uno de los segmentos responde a determinados intereses corporativos; y las diferencias de intereses se traducen a nivel ideológico en una pluralidad de discursos que fundamentan prácticas diversas.

En países como el nuestro puede apreciarse una diferencia sustancial entre los objetivos a nivel normativo y lo que ocurre a nivel de la realidad. Con respecto al discurso declarado, se hace hincapié en el fin preventivo de los sistemas penales, pero en la realidad el sistema opera propiciando verdaderas carreras criminales. Asimismo, el discurso impartido desde el subsector penitenciario es la ideología del tratamiento a través de la resocialización de los sujetos, pero ya se ha visto que en la realidad esto es un mito dado que el sistema opera contrariamente a cualquier objetivo resocializador, actuando sobre los criminalizados deteriorándolos psíquicamente.

Ante la operatividad real del sistema penal con las características ya mencionadas más arriba, como la selectividad, reclutando a los penados de los sectores subalternos, y la criminalización, reproduciendo carreras criminales, estigmatizando y asignando estereotipos sociales de desviación. Todo esto hace que se diferencie, según la denominación de Aniyar de Castro, un sistema penal “subterráneo” respecto del “sistema penal aparente”. (Roballo, 1997:177).

2. Surgimiento de la pena privativa de libertad en Uruguay

El sistema penal uruguayo estuvo influenciado por los modelos provenientes de Europa. Por obra de la colonización, desde el viejo continente se adaptaron modelos culturales y normativos a la naciente colonia, sin tener en cuenta la identidad nacional que se había formado por grupos sociales de diversa extracción y diferente cultura, y la cual no fue tenida en cuenta al momento de imponer la normativa jurídica por la dominación colonial, y luego por las clases dirigentes que pretendía formar y organizar el país imitando los modelos europeos.

Como sostiene Ofelia Grezzi, *“la colonia y la Patria Vieja en poco se diferencian. Recién unos sesenta años después de constituida la República se dictan los códigos penales (...) y veinte años más tarde se inauguraron los auténticos establecimientos carcelarios. Es así que leyes, costumbres y recintos de reclusión son españoles”* (Grezzi, 1995: XIX). Dicha autora, en el prólogo al libro de Pavarini “Los confines de la cárcel”, realiza un análisis histórico, basándose más que nada en relatos y anécdotas, sobre el desarrollo del sistema penal en el Uruguay desde el período de la colonia, pasando por la dominación brasileña, y la conformación de la República, hasta llegar a la realidad contemporánea.

Es interesante cómo la autora, mediante el recurso de anécdotas y relatos, logra identificar las características del sistema penal que ya se hacían evidentes en aquella época, a saber: la selectividad del sistema, la impunidad de ciertos sectores privilegiados, el manejo de la alarma pública, los discursos diversos de los distintos elementos del sistema, y el privilegio de ciertos funcionarios. A su vez, con respecto al sistema penitenciario, se observa los problemas de hacinamiento, la falta de capacitación de los funcionarios encargados de los centros de reclusión, etc. Esto demuestra la ineficacia estructural del sistema penal para prevenir y contener la criminalidad. Desde el momento que surge la cárcel en nuestro país fue expuesta a las críticas y a las reformas; así como su discurso estuvo bajo la influencia de Europa y EEUU.

El surgimiento y desarrollo de la pena privativa de libertad en el Uruguay, como la pena por excelencia, se corresponde con la conformación del Uruguay moderno en el período de 1860-1890. El pasaje al Estado moderno, hacia 1900, marca importantes cambios económicos, políticos, culturales, etc., que dan paso, al decir de Barran (1993) a una nueva "sensibilidad". Dicha sensibilidad, a la que el autor denomina "civilizada" disciplinó a la sociedad: *"impuso la gravedad y el "empaquetado al cuerpo", el puritanismo a la sexualidad, el trabajo al "excesivo" ocio antiguo, ocultó la muerte alejándola y embelleciéndola, se horrorizó ante el castigo de los niños, delincuentes y clases trabajadoras y prefirió reprimir sus almas (...)"* (Barran, 1993:11). El Uruguay ajustó su evolución demográfica, tecnológica, económica, política, social y cultural a la de la Europa capitalista. Estos cambios alentaron el nacimiento a una sociedad burguesa al estilo de los países dependientes; esa temprana burguesía, tuvo hacia 1860, todos los medios de presión para imponer en todo el país su concepción de disciplina social, y todos sus esfuerzos se vieron dirigidos a que el resto de la población internalizara los valores acordes a la nueva sensibilidad.

Entre los cambios instaurados por esta nueva sensibilidad, aparece el rechazo ante el castigo físico. Como afirma Barran,

"la sensibilidad "civilizada", como contrapartida de la represión del alma que aceptó y vivió casi sin culpa, se horrorizó ante el castigo físico". Y agrega que, "ello tal vez ocurrió porque se había descubierto la dignidad de éste al mismo tiempo que el valor de la salud, o también porque la agresividad que la "barbarie" permitió y manejó con soltura (...) se trasmutó en un valor socialmente más estimado: el trabajo" (Barran, 1993:92).

Los movimientos abolicionistas de la pena de muerte comenzaron hacerse sentir, en la década del sesenta, del siglo XIX. Ya el texto de 1830, pautaba el momento en donde el discurso jurídico abandonaba las prácticas de tortura como medio de prueba, aunque mantenía aún las penas mortificantes. La restricción de la pena de muerte dio lugar a la extensión de la pena de penitenciaria; de las penas suplicantes, castigos corporales, se pasa al correccionalismo, a la educación del alma del "delincuente" a través de la pena privativa de libertad. De esta forma, *"el asilamiento y el silencio, castigos "civilizados", sustituyen a los "bárbaros" de la efusión de la sangre, los golpes, la promiscuidad y la suciedad"* (Barran, 1993:95). Finalmente en 1907 fue derogada formalmente la pena de muerte en nuestro país.

Como señalan Raquel Landeira y Beatriz Scapusio en su libro "Sistema Penal. Revisiones y Alternativas" (1997), desde la fundación de nuestra ciudad se aplicaron predominantemente penas corporales aflictivas, es decir, desde aquellas que implicaban directamente la muerte, hasta aquellas que producían sufrimientos físicos diversos como las de cadena, presidio, azotes, mutilaciones, o aquellas penas que implicaban trabajos corporales en las obras públicas (Landeira, Scapusio, 1997:33). Los suplicios y las penas de muerte eran ejecutadas en público, exhibidos como espectáculo.

En lo concerniente a las cárceles, ya a partir de la constitución de 1830 se estableció en el artículo 138, que “en ningún momento las cárceles servirán para mortificar y sí solo para asegurar a los acusados” (Landeria, Scapusio, 1997:58). Esto determina, como mencionábamos anteriormente, un cambio en la función penal en donde se pasa de castigo del cuerpo al castigo del alma, y esto mediante la sustracción del tiempo del recluido. Al mismo tiempo, la nueva sensibilidad de la época tampoco admitió la cárcel del tormento físico y como sostenía Batlle en 1890 en su discurso punitivo, debía llegarse a la cárcel correctiva y educativa de la moral del delincuente.

En 1918 con la reforma de la constitución, el texto original del hoy artículo 26 ha tenido modificaciones que alteraron su sentido original. Se sustituye la palabra “acusado” por “procesados y penados”, quedando el artículo redactado de la siguiente manera (Art. 163): “*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*” (Uriarte, 1996:390).

Todo lo anterior constituyó un importante antecedente para que entrara en escena en los discursos punitivos las ideas de la “rehabilitación”, “reeducación”, “readaptación” o “reincorporación” del penado a la sociedad.

Para la constitución de 1934 entró en vigencia un nuevo texto que reformaba el artículo 26, en el cual se agregaba al párrafo final: “*(...) persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito*”. El discurso punitivo de la época apuntaba a la prevención especial positiva (reeducación y profilaxis), construyéndose la cuestión criminal desde el paradigma etiológico, ya caracterizado en el primer capítulo. La influencia de la medicina reforzó el peso del discurso positivista, dado que se identificaba el delito con enfermedad y por lo tanto el delincuente era considerado un individuo enfermo. A su vez, el texto incorpora al trabajo en el escenario penitenciario, constituyendo, para el Uruguay moderno, uno de los ejes del disciplinamiento.

Con respecto al código penal uruguayo, el mismo fue obra de Irureta Goyena y entró en vigencia el 1 de agosto de 1934. El modelo principal del presente código fue el italiano de 1931. Según el autor del código, este es definido como “un trabajo de política criminal” el cual se encuentra inspirado en las exigencias de la defensa social, con el fin de dar cuenta de las necesidades de orden social. Asimismo, ingresan al código penal algunos principios del Derecho Penal Liberal, a saber: el de responsabilidad-culpabilidad, legalidad, penas, etc.

Irureta Goyena, reconocía el descrédito en el que habían caído las sucesivas reformas de la cárcel y ante las complicaciones que había traído el régimen progresivo Irlandés, destacaba la reclusión celular nocturna y el trabajo e instrucción diurna en silencio.

Uriarte (1997) expone una nota explicativa del Art. 70 en donde se visualiza la concepción del autor del código sobre las funciones de la pena privativa de libertad:

“Creer que la celda reforma por sí misma es una ilusión, la celda es sólo una medida de hacer al penado impermeable a las influencias perniciosas que obran sobre él desde la cárcel y fuera de ella, y de aumentar su permeabilidad respecto de las influencias moralmente saludables. En el Uruguay, durante muchos años, la penitenciaria sólo podrá ser una pena preventiva y de intimidación como las demás, y esporádicamente, en muy contados casos reformadoras. La celda, la clasificación y el silencio deben mantenerse cuando fuere posible, no sólo por razones de disciplina sino como elementos que neutralizan o acentúan la contaminación moral de las conciencias, propias de las cárceles y que va de los espíritus más corrompidos a los que lo están en menor grado” (Uriarte, 1997:234).

De esta forma, se ve que se exalta el encierro celular y del silencio como mejor forma de organización penitenciaria, mientras que para afuera de esta se apunta a la prevención general negativa.

3. Realidad actual

Antes de comenzar a desarrollar las distintas propuestas alternativas que se efectuaron en nuestro país para atender a la situación carcelaria y al fracaso que ha demostrado la prisión para llevar a cabo sus objetivos declarados, es de primer orden realizar una breve descripción de la situación penitenciaria actual.⁵

Según las declaraciones de la asesora del Ministerio del Interior en Política Criminal y Temas Penitenciarios, la Doctora María Noel Rodríguez, realizadas en el programa “En Perspectiva”, emitido por la radio El Espectador, el Uruguay es el cuarto país en Latinoamérica con más personas presas con relación a su población. Al respecto afirma:

*“el Uruguay presenta una tasa extremadamente alta de prisionización, que no responde a la situación delictiva y criminal. Básicamente las tasas de prisionización aumentan por dos o tres factores. En primer lugar por el crecimiento demográfico de los países, de las sociedades, que no es el caso nuestro porque Uruguay tiene una muy baja tasa de crecimiento demográfico. En segundo lugar, por el incremento de los índices delictivos, lo que puede ser una explicación pero no la única o no nos satisface del todo. Y, en tercer lugar, por un mayor uso de la pena de prisión y por el endurecimiento de las políticas criminales”.*⁶

Plantea que el incremento mayor que hubo en nuestro país con respecto a la población reclusa se dio en el año 1995, como consecuencia de la Ley de Seguridad Ciudadana y las posteriores leyes de Urgencia, que hacen que hoy exista una enorme cantidad de población reclusa que llega a los 7.200 y que responde fundamentalmente al mayor uso de la pena privativa de libertad.

Para ser más precisos, según los datos proporcionados por el Observatorio Nacional Sobre Violencia y Criminalidad del Ministerio del Interior, en nuestro país se evidencia un importante crecimiento del número de presos en el transcurso de los años. De 3636 que había en el año 1997, contra 2104 en 1988, a julio de 2007 hay 7187 personas privadas de libertad. De ese total de 7187, 4547 se encuentran en calidad de procesados y 2640 de penados.

A partir del año 1995 con la sanción de la Ley de Seguridad Ciudadana y las reformas que instauró, y luego con las sucesivas leyes de Urgencia, se asistió en nuestro país a una inflación del sistema penal, debido a la creación por los citados textos normativos, de nuevas figuras delictivas, el incremento de los guarismos mínimos de algunos delitos y la supresión de ciertos beneficios relacionados al régimen de libertades. Las presentes medidas fueron desarrolladas debido a la demanda de seguridad pública reclamada por diversos sectores de la ciudadanía que, ante el incremento de la violencia y la forma en que se cometían los delitos, exigieron al legislador de la época una política más represiva en la materia⁷.

Contrario al efecto que se esperaba en relación a las mencionadas leyes y pese al aumento de las penas y la creación de nuevos delitos, la Ley sólo logró el aumento del número de personas privadas de libertad, pero no disminuyó la criminalidad y el número de reincidentes.

⁵ Con respecto a la historia del sistema carcelario uruguayo, remitirse al anexo del presente trabajo

⁶ Declaraciones de la Doctora María Noel Rodríguez, en una entrevista con Emiliano Coteló denominada “Los caminos de salida de la superpoblación carcelaria”, en el programa En Perspectiva de radio Espectador emitida el 22.03.2007.

⁷ Ver Diario de Sesión 3273, de 27 de julio de 2005, pág. 27

Ante el aumento de la cantidad de personas privadas de libertad, el sistema colapsó, dado que carecía de infraestructura para atender la demanda de alojamiento interno, teniendo en cuenta que la capacidad del sistema penitenciario está prevista para alojar a menos de la mitad de personas que se encuentran alojadas en la actualidad. En este sentido, de acuerdo a los parámetros internacionales nuestro país se encuentra ante la realidad de un hacinamiento crítico. Como ejemplo, para el año 2005, la capacidad del sistema penitenciario era de 3.676 y albergaba a unos 7213 reclusos, teniendo un exceso de 3.537, y por tanto una densidad de 196 (a nivel internacional, el hacinamiento se mide mediante la densidad carcelaria cada 100 plazas, es decir, número de personas privadas de libertad sobre capacidad instalada, por 100). El parámetro utilizado por el Consejo de Europa establece que el hacinamiento se considera crítico cuando la densidad es igual o superior a 120.⁸

La situación de importante hacinamiento junto con la insatisfacción de la demanda sanitaria y la escasez alimentaria, sumando la lentitud del sistema procesal penal para dictar sentencias en tiempos razonables, trajo como consecuencia conflictos internos, tales como motines⁹, enfrentamientos entre presos, etc. El resultado de dichos conflictos en muchos casos fue grave, dado que se produjeron muertes, suicidios, lesión de funcionarios y destrozos de materiales en las instalaciones de los establecimientos.¹⁰

En un principio, la Ley de Seguridad Ciudadana había creado una Comisión Honoraria con el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo en lo relativo al mejoramiento del sistema carcelario. Dicha comisión, integrada por diversos miembros operadores del sistema penal se había postulado en contra de que las cárceles continuaran dependiendo del Ministerio del Interior.

El 4 de julio de 1996 la Comisión eleva un informe al Ministerio del Interior, resumiendo la situación carcelaria. Entre los puntos destacados en el informe se encontraba: la inadecuación de los edificios para cumplir con los objetivos; superpoblación y hacinamiento; ausencia de capacitación de los funcionarios así como su distribución inadecuada; denuncias informales de corrupción, consumo de drogas y alcohol, y juegos de azar prohibidos; violencia física institucional e intergrupala; desorganización de los equipos técnicos y falta de seguimiento en los tratamientos; régimen disciplinario desprovistos de garantías y racionalidad; desvalorización de los derechos de los internos; ocio compulsivo.¹¹

Por otro lado, teniendo en cuenta la legislación penal de las últimas décadas, se ha incrementado el proceso de selección y criminalización de los sectores socio-económicos más desfavorecidos de la sociedad, aumentando su grado de vulnerabilidad frente al sistema penal. Por el contrario, las leyes de Seguridad Ciudadana y las sucesivas leyes de Urgencia, no contemplaron con el mismo

⁸ Ibidem.

⁹ El 1 de marzo de 2002 se amotinaron en el Penal de Libertad alrededor de 350 reclusos de 480 que albergaban el establecimiento, manteniendo como rehenes a siete policías que fueron liberados en la noche. El establecimiento quedó destruido. Actuaron como negociadores autoridades de la época, concretamente, el Ministro del Interior Guillermo Stirling, el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia Dr. Gervasio Guillot y los Diputados Guillermo Chiflett, Edgar Bellomo y Raúl Argenzio. Según declaraciones del Diputado Chiflett al programa En Perspectiva de la radio El espectador el 4 de marzo de 2002, las negociaciones permitieron lograr un acuerdo, señalando que los presos denunciaron falta de atención sanitaria, mala alimentación, violencia en las requisas, dificultad de los familiares cuando concurren a visitarlos, etc.

Como consecuencia del motín, se realizaron traslados de reclusos hacia "La Tablada", establecimiento ubicado próximo a la ruta 5 dentro de Montevideo, que anteriormente constituía un centro para "menores infractores". Ver, Informe realizado por Serpaj para el IV Seminario Sobre Cárces: "El fracaso del Sistema Penitenciario Actual. Realidad y Reformas Urgentes". En: www.serpaj.org.uy

¹⁰ Ver Diario de Sesión N° 3273, de 27 de julio de 2005, Pág. 28.

¹¹ Ver, Informe realizado por Serpaj para el IV Seminario Sobre Cárces: "El fracaso del Sistema Penitenciario Actual. Realidad y Reformas Urgentes". En: www.serpaj.org.uy

rigor punitivo ciertos tipos de delitos, tales como el tráfico de influencias, el lavado de activos, estafas tributarias, etc. Según el mensaje enviado por El Poder Ejecutivo al Parlamento para la consideración del proyecto de Ley sobre la Humanización y Modernización del Sistema Carcelario, dicho panorama había pautado la orientación hasta el momento vigente de *“la política criminal en materia delictiva, así como la naturaleza de los delitos perseguidos, el perfil de delincuente, y la pretensión punitiva estatal”*.¹²

Dado el contexto anteriormente descrito -que no es exclusivo de nuestro país, sino que es necesario enmarcarlo en un contexto regional- en donde se observaba un incremento de la inflación penal, sumado a las contradicciones inherentes a las funciones de custodia y rehabilitación de la cárcel, el hacinamiento de los establecimientos de reclusión, la violación sistemática de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, y la incapacidad de las instituciones penales para reducir la criminalidad, entre otros fenómenos, han propiciado el surgimiento de movimientos tendientes a tratar a los sujetos fuera de los muros de la cárceles o prescindiendo de ellas.

¹² Ver, Diario de Sesiones N° 3273, de 27 de julio de 2005, pág. 29

CAPÍTULO III – PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD -

1. Origen de las penas alternativas

Como ya se hacía mención en los capítulos anteriores, los discursos de reforma penitenciaria y de las penas alternativas nacen con la prisión moderna. Desde el mismo momento que surge la cárcel, nace su crítica. Recordemos que gran atención de la criminología crítica, en la década del sesenta del siglo pasado, había estado dirigida principalmente a buscar alternativas a las instituciones totales.

En la segunda mitad del siglo XX, en países de Europa, se realizaron varias reformas y se legisló sobre las alternativas, pero años más tarde se registró que la cárcel resistía las reformas y que las alternativas se desvirtuaban. (Uriarte, 2004:29). Los ejemplos de Italia e Inglaterra en donde la cárcel y las alternativas se expandieron de forma simultánea dejaron al descubierto el fracaso de las mismas con respecto a su propósito descarcelador. La conclusión a la que se llegaba era que las alternativas a la cárcel no la reemplazaban, sino que la complementaban.

En este sentido queda manifiesto el gran pesimismo que rodeó a las penas alternativas en sus comienzos. Ante dicho pesimismo se produjo una reafirmación de las penas alternativas a través de dos estrategias: por un lado, se debían reafirmar los valores que inspiraban las alternativas, más allá de cómo éstas habían operado en la práctica, y por otro, debía analizarse de forma diferente su puesta en práctica (Laurrari, 1992: 212).

En una primera instancia se han desarrollado iniciativas a nivel mundial con la intención de reducir los efectos de enorme violencia de la pena privativa de libertad. Ya el primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, que aprobó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos constituyó un punto de partida en el proceso de reforma penal; y luego las deliberaciones del V Congreso pusieron en primer plano la búsqueda de alternativas al encarcelamiento.

El 14 de diciembre de 1990 fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas un texto elaborado por el Instituto para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes en Asia y en Extremo Oriente, denominado “Reglas de Tokio”. Ellas representan las normas mínimas que deben considerarse en la aplicación de medidas no privativas de libertad y constituyen un conjunto de directivas para la aplicación de estas medidas en todas las etapas del proceso penal. Establecen una serie de principios fundamentales para favorecer la aplicación de las medidas y las garantías mínimas para las personas que se someten a éstas. Asimismo, intentan promover la participación de la colectividad en la justicia penal y el tratamiento de los autores de infracciones.

En el mismo año, en el VIII Congreso Mundial de Derecho Penal, llevado a cabo en Cuba, la Asamblea General por Resolución N° 545/110, recomendó: *“1º) La prisión es el último recurso al que debe acudir. 2º) Debe asegurarse la primacía de las medidas de no custodia de los prisioneros, todo ello buscando el justo equilibrio entre los derechos de las víctimas, los de los delincuentes y los de la Sociedad”*¹³.

En el análisis que realiza Uriarte (2004) de las penas alternativas a la privación de libertad desde un enfoque político criminal, en un sentido amplio el autor establece que es correcto vincular a las alternativas con toda instancia de descarcelación, sea considerada explícitamente como alternativa o

¹³ Ver Diario de Sesiones N°3118 de 14 de mayo de 2003, Pág. 20.

no. Por tanto, la libertad provisional, la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y la libertad anticipada, constituyen desde un punto de vista de política criminal, instancias de descarceración (Uriarte, 2004:14).

En un sentido restringido, sostiene el autor, en derecho comparado suelen enumerarse entre alternativas a la prisión las siguientes: *la diversión o derivación* (no se procede a denunciar o acusar por el delito sin establecer condiciones o subordinándolo a determinadas exigencias, como puede ser la reparación); *perdón o dispensa* (el juez no dicta condena por el delito realizado, sin que éste pueda comportar antecedentes); *amonestación* (reprobación oral realizada por el juez por el delito realizado); *caución de conducta* (obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de que se comportará de determinada manera); *reparación* (recompensación a la víctima por parte de autor del delito); *multa* (obligación de pagar una cantidad de dinero); *probation* (la persona es asistida o supervisada durante un tiempo; libertad asistida); *probation intensiva* (la persona sufre un mayor control de sus actividades, debe participar de ciertas tareas y generalmente éstas son llevadas a cabo en una institución, lo que puede significar también vivir en otro lugar); *trabajo al servicio de la comunidad* (trabajar determinadas horas sin recibir retribución); *toque de queda* (la persona tiene que permanecer en determinado lugar durante determinadas horas del día, con la posibilidad en algunos casos de control electrónico); *arresto domiciliario* (permanencia en el domicilio por determinado período, siendo la sanción en algunos casos controlada de forma electrónica). Existen otras sanciones que consisten en una forma atenuada de la pena privativa de libertad, a saber: *semilibertad* (obligación de pasar determinadas horas del día en la prisión); *prisión intermitente o arresto de fin de semana* (obligación de permanecer en prisión determinados días de la semana durante determinado tiempo) (Uriarte, 2004: 14-15).

Desde la doctrina penal se han elaborado algunos principios mínimos para la utilización de las medidas alternativas, y que cualquier régimen legal debería respetar. A saber: *principio de oportunidad* el cual se considera que debe ser el criterio principal para la elección de un régimen alternativo en reemplazo del encarcelamiento; *el principio de unilateralidad*, que significa que de no cumplirse con las condiciones que establece la medida alternativa impuesta aparejaría una sanción administrativa más severa o la imposición de una medida más gravosa, pero en ningún caso consistiría en la transformación en una pena privativa de libertad. Existe un debate doctrinal con respecto a este principio, entres quienes afirman que el no cumplimiento de la medida alternativa debe determinar la reconversión en una pena privativa de libertad aludiendo que en el caso contrario el sistema penal pierde coercibilidad y eficacia, y por otro lado están los que sostienen que la alternativa tiene una sola vía.

Asimismo, las medidas deben regirse por las reglas del *escalonamiento coercitivo* y *el principio de proporcionalidad*. Para Gonzalo Fernández (1995:142), la combinación de ambos principios impediría la exclusión a priori de alguna categoría de delincuentes. De esta forma, siempre y cuando guarde proporción con la entidad del hecho punible, hasta un reincidente podría verse beneficiado con la aplicación de una medida alternativa.

Otro principio es el que determina que las medidas deben ser impuestas con anterioridad al ingreso del imputado al régimen de privación de libertad. En este sentido, para el autor, una auténtica medida alternativa implicaría la sustitución anticipada o previa de la privación de libertad, y no podría calificarse como tal una medida que sólo sea el pasaje de un régimen de privación de libertad ya sufrido, a una situación excarcelatoria. Esto responde a un modelo de política penitenciaria basado en la dinámica de premios y castigos en donde la excarcelación constituye una alternativa para el gobierno de la cárcel y significa un premio (Fernández, 1995:142).

Una última característica establece que las medidas alternativas exigen el consenso del sujeto. El sistema reposa sobre el principio de consensualidad, en el sentido que las alternativas deben ser consentidas por el imputado.

Ya se había mencionado las diferentes alternativas a la prisión enumeradas a nivel del derecho comparado. Estas pueden ser agrupadas, también, siguiendo el esquema de Gonzalo Fernández (1995: 142-144) entre *alternativas impropias* y *alternativas propias*. Dentro de las primeras, las soluciones clásicas o tradicionales como alternativas a la privación de libertad se encuentran: la suspensión del procedimiento, la suspensión del fallo y la dispensa de pena. Con respecto a la dispensa de pena, para el caso del sistema penal uruguayo sería el sistema de la excarcelación por sobreseimiento o gracia, o también la potestad del perdón judicial.

Continuando con las *alternativas impropias*, la otra vertiente está representada por el sistema de probation. En este caso se verifica una suspensión condicional de la pena, pero condicionada al sometimiento a prueba; implica la renuncia condicionada del Estado a la aplicación de la pena que funciona en base a un criterio de vigilancia y asistencia al imputado durante el período de prueba. Este instituto implica no dejar librado al mero esfuerzo del sujeto, sino que se complementa con medidas de ayuda asistencial. A su vez, requiere un juicio estimativo del autor del delito para saber si es idóneo para el régimen, no procede en caso de delitos graves y en los casos que no se cumpla con la medida implica una reconversión automática a la pena privativa de libertad.

Por el lado de las *alternativas propias*, se encuentran, según el autor, las verdaderas medidas alternativas a la privación de libertad. Un primer grupo está conformado por las llamadas medidas semiprivativas de libertad: arresto de fin de semana, arresto nocturno, los sistemas de semi-detención. El segundo grupo de medidas implican la imposición de prestación de actividades laborales, a través del servicio civil, el trabajo en beneficio de la víctima, el trabajo comunitario o del interés general. Se sustituye la privación de libertad a cambio de la prestación laboral del sujeto, realizada de forma gratuita y en carácter de pena. Para esta medida es importante el consentimiento del sujeto, ya que de lo contrario se caería en una situación de trabajo forzado.

Un tercer grupo de alternativas consiste en aquellas de carácter interdictivo, centradas en la inhabilitación, y las de carácter limitativo, tales como la prohibición de ausentarse del país, el retiro del pasaporte, las privaciones temporarias del permiso de conducir, presentación periódica a la autoridad administrativa o judicial, la prohibición de tenencia y/o porte de armas, etc. Un cuarto grupo de alternativas son las de índole patrimonial, tales como la multa y/o las pecuniarias, cuyo ejemplo más notorio es el sistema del día-multa que combina un criterio atinente a la entidad objetiva del hecho y un criterio relacionado con la capacidad económica del condenado. Por último, existen sanciones puramente morales, para delitos levísimos, tales como la amonestación y la represión judicial.

2. Las propuestas alternativas a la privación de libertad en Uruguay

Antes de realizar una descripción sobre la elección a favor de medidas alternativas a la pena de cárcel, es necesario tener en cuenta algunas características del modelo de justicia penal en nuestro país. Realizaremos una breve descripción, dado que ya fue tratado el tema en el capítulo anterior del presente trabajo.

En nuestro país, el Código Penal vigente desde 1934 y las leyes penales complementarias han establecido un sistema sancionatorio basado principalmente en la pena privativa de libertad, que se ha mostrado ineficaz para cumplir con los objetivos declarados. El Código Penal, para el cual el

codificador Irureta Goyena tomó como referencia el “Código Rocco” de la Italia de Mussolini, es la expresión de un modelo que privilegia el derecho de propiedad sobre los bienes en desmedro de los derechos de la personalidad y la vida de los seres humanos. Asimismo, ataca con mayor rigor los delitos cometidos por los sectores más vulnerables y minimiza la respuesta punitiva de los cometidos por los delincuentes de “cuello blanco”.¹⁴

A su vez, el Código del Proceso Penal vigente “*se afilia a la forma mixta, es decir, consagra un modelo bifásico, inquisitivo reformado*” (Landeira, 2004:244). Desde la normativa del Código como de la legislación posterior sancionada, emerge que en el decurso del proceso, la regla general es que la prisión preventiva es una consecuencia necesaria de todo procesamiento (Landeira, 2004:244). Esto sucede a nivel de toda Latinoamérica, en donde si bien se presenta a la prisión preventiva como un medida cautelar, cuyo objetivo apunta a asegurar la eficacia de la persecución penal, en la realidad funciona como una pena anticipada. Como consecuencia de ello, tenemos en nuestro medio una enorme cantidad de presos sin condena sometidos a prisión preventiva. Al respecto de ésta, Landeira afirma que

“en su aplicación práctica, se ha convertido en una verdadera medida provisional adquiriendo funciones plenamente retributivas y represivas de ejecución anticipada de pena, lo que importa una violación de la norma del art. 12 de la Constitución puesto que, se impone sin el previo juicio de culpabilidad emitido a través de una sentencia dictada al cabo de un debido proceso, desconociendo el principio de inocencia” (Landeira, 2004: 244).

Asimismo, la Doctora María Noel Rodríguez (2007) sostiene que Uruguay es el único país de Latinoamérica que aún no ha podido reformar su proceso penal, continuando con un proceso inquisitivo, con falta de garantías, calificándolo de “absoluto”, teniendo en cuenta el tiempo actual. Existe una cantidad de sujetos que se encuentran presos “por las dudas”-presos sin condena-lo que se considera uno de los mayores problemas que afecta al sistema carcelario.¹⁵

Por otro lado, como ya se ha mencionado, el modelo penal uruguayo ha pasado por varios momentos, desde un período que puede ser catalogado como más humanista, con la promulgación de la Ley N° 15.743, de 14 de mayo de 1985, mediante la cual se amnistió ciertos delitos y se instituyó el sistema de libertad anticipada y provisional de la media pena con respecto a los procesados y penados privados de libertad al 1° de marzo de 1985. Sin embargo, a fines de la década de los ochenta y a principio de siglo con la Ley de Seguridad Ciudadana y las sucesivas leyes de Urgencia, se asistió a un período de inflación penal en el cual el derecho penal se volvió más represivo. Contrariando la lógica de que cuanto más duras son las penas menos delitos se comenten, los datos revelan que la población carcelaria se duplicó, que los delitos no bajaron y que no ha aumentado la seguridad de la población.¹⁶

Ley 17.726. Medidas Alternativas

Finalmente el Poder Legislativo sancionó una Ley por la que se instaura un sistema de medidas sustitutivas a la prisión preventiva y de penas sustitutivas a la privación de libertad, la Ley N° 17.726 promulga el 26 de diciembre de 2003, con la que se profundizan y se generalizan algunas disposiciones que en forma fragmentada legislaban sobre el tema (Uriarte, 2004:12).

¹⁴ Diario N° 3273 de 27 de julio de 2005, pág. 40

¹⁵ Comentario realizado en una entrevista con Emiliano Coteló en el programa En Perspectiva de radio El Espectador del día 22.03.2007, Montevideo.

¹⁶ Ver Diario de Sesiones N°3273, del miércoles 27 de julio de 2005, Pág. 57

Para Uriarte la Ley mencionada viene a culminar un doble proceso, jurídico y fáctico. Desde el punto de vista jurídico integra un proceso legislativo que se inicia con el Código del Proceso Penal (Decreto-Ley 15.032, de 7 de julio de 1980, vigente desde el 1° de enero de 1981) (arts 71 y ss y 141) y que se complementa con las leyes 15.859, de 31 de marzo de 1987 y 16.058, de 27 de agosto de 1989. (Uriarte, 2004: 11). A su vez, la Ley tiene como antecedentes diferentes anteproyectos y proyectos, a saber: el proyecto enviado al Parlamento en 1995 que elevara la Suprema Corte de Justicia, denominado proyecto Cairoli, y un proyecto modificativo del anterior aprobado por la Cámara de Representantes en agosto de 1996. Más adelante se presentan dos nuevos proyectos, uno del diputado Díaz Maynard y otro redactado por los diputados Barrera y Aguilar.

Desde el punto de vista fáctico, según el autor, existe una abundante experiencia judicial, aunque la califica de errática, en la resolución de medidas alternativas, destacando el trabajo al servicio de la comunidad.

La Ley 17.726, regula la prisión preventiva, establece medidas alternativas a la prisión preventiva, regula penas sustitutivas a la privación de libertad y modificaciones a los institutos de la libertad condicional, de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la excarcelación por gracia, otorgada por la Suprema Corte de Justicia.

Con respecto a la prisión preventiva, existe una discusión sobre cómo la Ley regula las medidas alternativas, en el sentido de si la prisión preventiva es considerada una medida cautelar o en realidad constituye una pena anticipada. Y si por lo tanto, las medidas sustitutivas a la prisión preventiva operan como penas anticipadas. Desde diferentes posturas, se plantea que las sustitutivas a la prisión preventiva deben operar solamente como medidas cautelares, sino se estaría en contradicción con la constitución y los tratados internacionales, operando como penas anticipadas.

En este sentido, Uriarte (2004) sostiene que la Ley de medidas sustitutivas a la prisión preventiva viene a consolidar una práctica inconstitucional en la cual la misma es la regla y no la excepción. Sostiene que en nuestro país, la prisión preventiva funciona como pena aunque en muchos casos a nivel del discurso se justifique su imposición aludiendo a que son cautelares. Al funcionar la prisión preventiva como pena, las alternativas a la misma naturalmente sobrepasarán el marco cautelar, y serán, por tanto, penas alternativas. De esta forma, para el autor, la Ley viene a solucionar dicho fenómeno, aunque de forma desprolija, pero teniendo en cuenta lo que sucede en la realidad en donde la prisión preventiva funciona como pena anticipada, haciendo coincidir la lista de medidas sustitutivas a la prisión preventiva (enumeradas en el artículo 3 de la Ley)¹⁷ con la lista de penas sustitutivas (art. 9 de la Ley)¹⁸. En este sentido el autor afirma:

¹⁷ El elenco de medidas de este artículo consisten en: A) Presentación periódica ante el juzgado o Seccional Policial; B) Prohibición de conducir vehículos por un plazo de hasta dos años, cuando se hubiere cometido delito culposo, en ocasión del tránsito vehicular, contra la vida, la integridad física o se hubiera provocado daño importante en la propiedad a criterio del juez. Se procederá al retiro de la libreta de conducir y se efectuará la comunicación correspondiente a las intendencias y sus Juntas Locales; C) Restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito; D) Interdicción: la prohibición de concurrir a determinados lugares, comercios o domicilios, incluido el propio; o la obligación de permanecer dentro de determinados límites territoriales; F) Prestación de servicios comunitarios; la obligación de cumplir tareas que se le asignen, teniendo en cuenta su aptitud o idoneidad, en organismos públicos o en organizaciones no gubernamentales, cuyos fines sean de evidente interés o utilidad social. Estas medidas no podrán sobrepasar las dos horas diarias o las doce semanales y su plazo máximo de duración será de diez meses; G) Arresto domiciliario; la obligación de permanecer en su domicilio, sin salir de sus límites, por un plazo máximo de tres meses o de permanecer en él dentro de determinados días u horas por un plazo máximo de seis meses; I) Arresto de fin de semana o descanso semanal: la obligación de permanecer un día y medio continuo bajo arresto que coincidirá con el lapso de descanso semanal del procesado, que se cumplirá en una Comisaría Seccional, por un plazo máximo de seis meses; J) Cualquier otra obligación sustitutiva propuesta por el procesado y aceptada por el Juez, que cumpla con las

“Si bien alguien puede discutir si la prisión preventiva funciona como pena anticipada o no, queda fuera de toda duda que existen alternativas a la prisión preventiva típicamente punitivas (restitución de la situación jurídica anterior al delito, atención médica o psicológica de apoyo o rehabilitación, prestación de servicios comunitarios, arresto domiciliario, o en horas de descanso, o de fin de semana), así como penas alternativas típicamente cautelares (presentación periódica ante la autoridad, interdicciones) (...) En todo esto la Ley 17.726 exhibe una gran dosis de sinceridad, pues asume la realidad punitiva de la prisión preventiva” (Uriarte, 2004: 17-18).

Es importante observar cómo se vinculan las medidas alternativas con las ya mencionadas teorías de la pena, y sobre todo teniendo en cuenta que la prisión preventiva en nuestro país funciona como pena. Siguiendo a Uriarte, el mismo establece que la finalidad de la Ley es dotar al sistema de mayores posibilidades descarceratorias, finalidad que según el propio autor, trasciende a las alternativas en el sentido estricto. Por otro lado, las penas que están establecidas en los artículos 3 y 9 de la Ley no hacen referencia a finalidades especiales preventivas, salvo el caso referente a la atención médica o psicológica, o los servicios en beneficio de la comunidad. Teniendo en cuenta, además, que se excluye en esta Ley a los reincidentes o habituales que, según el autor, en todo caso serían los que más necesitan la resocialización (Uriarte, 2004: 17-18).

Asimismo, sostiene, que tampoco tendrían finalidades de prevención general negativa, dado que no tendrían el mismo efecto y poder de la cárcel. En este sentido, la mayoría de las medidas establecidas en la Ley se encuentran vacías de finalidades preventivo especial positivo, salvo los casos anteriormente establecidos (atención médica y psicológica, y trabajo al servicio de la comunidad). La mayoría constituyen medidas de control, vigilancia o reparatorias. En síntesis, para Uriarte, *“en realidad son medidas que se orientan a una prevención especial negativa soft, en el marco de la retribución, que la Ley reputa preferible a la privación de libertad”* (Uriarte, 2004:19).

Ley 17.897 de Libertad Provisional y Anticipada.

Continuando con la realidad Uruguaya, con referencia a los cambios suscitados en los últimos años a través de las diferentes iniciativas para reorientar la política criminal hacia propuestas alternativas a la privación de libertad, surge en el 2005 una Ley que instaura -teniendo como referencia lo establecido por Uriarte cuando habla de las alternativas en un sentido amplio- posibilidades de descarceración. Ante la crisis humanitaria del sistema penitenciario uruguayo, surge un proyecto del Ley por parte del Poder Ejecutivo denominado de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario, el cual dio lugar a la aprobación de la Ley 17.897 de Libertad Provisional y Anticipada que, entre otras cosas, establece un régimen excepcional.

Como se hacía referencia en el capítulo anterior del presente trabajo, ante la promulgación de Ley Ciudadana de 1995 y las sucesivas leyes de Urgencia I y II se asistió a una inflación legislativa en materia penal, dado que se crearon nuevas figuras delictivas, se suprimieron beneficios relacionados con las libertades, se aumentaron los guarismos mínimos de algunos delitos, logrando el incremento de las personas privadas de libertad en vez de disminuir la tasa de criminalidad y el

finalidades de esta ley o suponga una adecuada reparación del mal causado; K) Si el procesado fuese solvente deberá garantizar adecuadamente el pago de los días-multa a imponerse, en caso de no ser absuelto.

¹⁸ En relación a las penas sustitutivas el artículo establece: Cuando la pena sea de prisión podrá sustituirse por alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 3°.

número de reincidentes.¹⁹ En las presentes leyes se aumentaron los delitos contra la propiedad y poco o nada se realizó con respecto a otros delitos que causan importantes daños sociales, como aquellos vinculados con el tráfico de influencias, estafas bancarias y tributarias. Como ejemplo a lo mencionado, los delitos de rapiña y de copamiento tienen un máximo de pena de dieciséis y veinticuatro años de penitenciaría, mientras que el delito de homicidio tiene un máximo de 12 años. Asimismo, el mínimo de pena de hurto por “sorpresa y despojo” es de dos años y de rapiña de cuatro años, ambos son inexcusables, mientras que el de homicidio es de veinte meses y es excusable.²⁰

En este contexto, la actual administración de gobierno estableció que el sistema penitenciario estaba atravesando una situación de “crisis humanitaria”. La población carcelaria aumentó de forma dramática, encontrándose los centros de reclusión desbordados en situaciones de hacinamiento crítico.

En relación al proyecto de Ley el miembro informante en mayoría de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, establecía que con esta Ley se estaba transitando en un cambio de paradigma, humanitario y participativo, con respecto a la política criminal y sobretodo un cambio en el modelo penal Uruguayo.²¹ Se aspiraba con esta Ley cambiar el derecho penal enfocado a un derecho penal de autor, por un derecho penal de acto. Es decir, que se tenga en cuenta el hecho objetivo cometido por un sujeto y no la personalidad o la persona que lo llevó a cabo para destinar la pena, o en este caso, el beneficio de la libertad provisional y anticipada. A diferencia de la Ley de medidas sustitutivas y penas alternativas a la privación de libertad, no se excluye de los beneficios otorgados por la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario a los reincidentes, sino que se tienen en cuenta para excluir de los beneficios ciertos delitos, como por ejemplo, la violación, el atentado violento al pudor, el homicidio especialmente agravado, la corrupción y algunos delitos económicos.

La Ley cuenta de varios capítulos, a saber: un primer capítulo que establece un régimen excepcional de libertad provisional y anticipada, aplicado por única vez a las personas privadas de libertad que reúnan determinadas características. Se privilegiaba la situación de aquellos procesados y penados que llevaban cumplido un tiempo importante de reclusión, con relación a las penas impuestas, o la expectativa de pena que podía recaer teniendo en cuenta los delitos cometidos. Se excluía de los beneficios aquellos procesados o penados que habían cometido delitos caracterizados como graves.

A su vez, se regula las condiciones en las cuales se establecerá la libertad, determinado que la misma se otorgaría en el caso de que se hayan cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta en los casos en que la misma sea superior a tres años de penitenciaría; y la mitad de la pena en los que ésta sea hasta tres años de penitenciaría. Asimismo, se establece un régimen de atención y vigilancia a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, que en el caso de incumplimiento de la medida impuesta se establecerá la revocación del beneficio.

En síntesis, con los artículos del primer capítulo, se tenía como finalidad reducir el problema de hacinamiento de la población carcelaria y dar cumplimiento al régimen de reclusión vigente establecido por el Decreto Ley N° 14.470 de 11 de diciembre de 1975, así como disminuir la violación a los Derechos Humanos debido a las condiciones de encierro.²²

¹⁹ Ver Diario de Sesiones N°3273, del miércoles 27 de julio de 2005, pág. 27

²⁰ *Ibidem*, pág. 29

²¹ *Ibidem*, pág. 40.

²² *Ibidem*, pág 32

El segundo capítulo de la Ley, establece medidas de seguridad provisional y anticipadas para imputados y condenados enfermos o en situaciones especiales. Se contemplan los casos de los reclusos y reclusas que se encuentren en situaciones de enfermedades graves, como por ejemplo VIH y cáncer en etapas terminales, posibilitando su internación en establecimientos especiales o en el propio domicilio. Esta posibilidad también se extiende para las mujeres embarazadas. También se establece la prisión domiciliaria para las personas procesadas o penadas mayores de setenta años, excluyéndose de este beneficio a aquellas personas que hayan cometido ciertos delitos tales como homicidios cuando concurren circunstancias agravantes, violación, y aquellos delitos de lesa humanidad.

En el Capítulo III se establecen modificaciones al Código del Proceso Penal y a la Ley de Seguridad Ciudadana, en relación a la libertad condicional, la libertad anticipada y el régimen de salidas transitorias.

En el Capítulo IV, se establece un régimen de redención de pena por trabajo o por estudio que al respecto, según el Informe en Mayoría anteriormente mencionado, *“se introducen normas verdaderamente novedosas que humanizan y modernizan el sistema penitenciario generando bases concretas de sustento de una nueva política criminal. Medidas (...) que indudablemente mejorarán las condiciones de reclusión y resultarán un estímulo indiscutible para involucrar a reclusos y reclusas en su propia rehabilitación”*.²³ En este sentido, se conmutará un día de reclusión por dos días de trabajo o estudio a los procesados y condenados, incluso aquellos que se encuentren en salidas transitorias.

Asimismo, se fomenta la inserción laboral de personas liberadas, estableciéndose la inclusión en todos los pliegos y obras públicas la obligatoriedad del o de los empresarios contratantes de inscribir un mínimo de 5% del personal afectado a tareas de peones o similares, a personas liberadas que se encuentren registradas en la bolsa de trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. A su vez, el Poder Ejecutivo podrá establecer bonificaciones para aquellas empresas que incluyan a personas liberadas que se encuentren registradas en la Bolsa de Trabajo mencionada, por encima del 5%, como promover regimenes similares con los Gobiernos Departamentales (Artículo 14).

El Capítulo V establece una serie de derogaciones de disposiciones penales adoptadas en la Ley de Seguridad Ciudadana y las sucesivas leyes de Urgencia, las cuales agravaron las penas y establecieron delitos inexcarcelables.

Finalmente, en el Capítulo VI se crea un Centro de Atención a las Víctimas de la Violencia y del Delito, y comisiones de reformas del Código Penal y del Código del Proceso Penal. Dichas comisiones estarían integradas por todos los operadores del sistema penal.

²³ Ibidem, Págs. 42-43



034271

CAPÍTULO IV - REFLEXIONES SOBRE LA REALIDAD DE LAS PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: ¿LIMITACIÓN DEL USO DE LA CÁRCEL?

Luego de haber realizado una descripción sobre el desarrollo de las penas alternativas a la privación de libertad, se hace necesario plantear cuáles son las principales discusiones en torno a los fundamentos de las mismas, y sobre los efectos que tienen en su aplicación práctica. Asimismo, intentaremos divisar si las penas alternativas están teniendo aplicación en nuestro país, y si aquellos efectos que se plantean en las diversas discusiones teóricas, podemos visualizarlos también en nuestro medio. Para esto, hemos recurrido a la realización de entrevistas a actores involucrados en la temática en cuestión, para complementar la reflexión teórica y establecer los principales ejes de discusión que atraviesan nuestro objeto de estudio. Se entrevistó a dos abogados con experiencia en el sector jurídico penal (en adelante serán denominados como entrevistado A y entrevistado B) y a una asistente social perteneciente al Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, cuya intervención profesional está vinculada al ámbito de aplicación de las penas alternativas.

Apoyándonos en las entrevistas realizadas, intentaremos explicitar diversas posturas que existen sobre el tema de las alternativas a la privación de libertad, tal cual la podemos ver materializadas en los ejemplos desarrollados, identificando cuáles son las críticas que se le están realizando sobre sus efectos, principalmente aquellos que están vinculados a las posibilidades de limitación del uso de la cárcel.

1. Las penas alternativas a la privación de libertad y descarceración: ¿nuevas formas de control social?

Como se estableció en capítulos anteriores, la cuestión de las alternativas a la privación de libertad no es una realidad nueva, las mismas nacen en el mismo momento que surge la idea de la privación de libertad como pena, la cual estuvo expuesta desde su gestación a las críticas, revelando desde siempre la desconfianza en la intervención institucional. En los primeros años del último tercio del siglo XX, el tema de las alternativas a la privación de libertad ha tenido gran auge a raíz de la crisis fiscal de los países del primer mundo, que como consecuencia de la reducción del gasto público, los costosos programas de tratamiento institucional dieron paso a formas de tratamiento de la criminalidad fuera de los muros de las cárceles (Uriarte, 1999:245). Este fenómeno fue acompañado por el desarrollo de corrientes críticas que advertían la crisis de la institución total, evidenciando sus efectos deteriorantes sobre la personalidad de los internos.

Sin embargo, cuando los sustitutos alternativos se vieron materializados en los distintos ordenamientos jurídicos, comenzó a gestarse todo un movimiento crítico en relación a los efectos de aquellos, cundiendo un pesimismo sobre sus posibilidades reales de descarceración. Si bien, por un lado, se estaba atravesando en la época un momento de desinsitucionalización, por otro lado, se evidenciaba que las alternativas determinaban nuevas formas de control social. En vez de reducir el encierro, daban paso a una ampliación de las redes de control social “soft”.

Las críticas de Massimo Pavarini, permiten ilustrar el pesimismo en relación a las alternativas presente en la criminología crítica Europea. Según el autor:

“Sólo la circunstancia de que el ordenamiento contemple abstractamente algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, no da ninguna seguridad respecto a su actuación efectiva. Al mismo tiempo, la ampliación de la gama sancionatoria, favorece la posibilidad de punir ‘de todas formas’ donde, en ausencia de alternativas entre privación de libertad y

libertad, consideraciones de oportunidad hubieran sugerido no castigar. En conclusión, no se sabe si, siguiendo esta estrategia de alternativas, las alternativas a la cárcel serán aplicadas en lugar o junto a la cárcel: ¿alternativas a la privación de la libertad o alternativas a la libertad?” (Pavarini, 1995:96).

Hard y Soft control: un intercambio disciplinario.

Pavarini establece una distinción entre el control formal duro, denominado “hard”, en donde hard significa “negación de la situación problemática a través de la “supresión” de cualquier tipo de interacción social” (Pavarini, 1995:110), y formas de control social blando, denominadas “soft”, entendiendo por soft lo “no traumático”. Dentro del sistema penal se le atribuye a la cárcel la naturaleza de control social duro. Por otro lado, las formas de control social blandas están representadas por las intervenciones que tienen la intención de modificar la situación problemática, no negándola, sino “exaltando las capacidades que ofrece la dimensión social del propio problema” (Pavarini, 1995:110). Estas formas de control social blandas estarían representadas por las intervenciones asistenciales, psiquiátricas, sanitarias, etc. En este sentido, el sujeto no se encuentra en una situación pasiva, sino que se le exige una participación interactiva con el ambiente social. Por el contrario, las formas de control social duro niegan todo tipo de participación social, y se desarrollan encerrando en una institución total.

Al mismo tiempo, el autor relaciona las formas de control social formal e informal y las formas de control social dura y blanda, y sostiene que las formas de control social blanda se extienden no tanto reduciendo las prácticas de control duro, como el campo de las políticas de control social informal. En este sentido, las políticas de control social blandas no actúan como alternativas a las formas duras, sino que lo son con respecto a las formas de control social informal. Sostiene que existe un intercambio disciplinario entre las formas de intervención hard y soft, estableciendo que la expansión de las formas de control social blandas no ha tenido como consecuencia una restricción cuantitativa de las formas de control de tipo duro. Al respecto Pavarini afirma:

“el atributo “alternativo” que normalmente acompaña a los sistemas de disciplina social blanda ante los sistemas de control duro, debe entenderse exclusivamente en el sentido de que las políticas de soft control se apoyan en la presencia-a veces únicamente amenazadora, otras realmente aplicada-de los sistemas de disciplina duros, ya que en el caso que los primeros se revelen inadecuados, entran en juego los segundos: o bien, estos últimos se muestran, de cualquier forma, más fácilmente aceptables si se presentan como sustitutos de las formas de hard control”(Pavarini, 1995:112).

En las prácticas de sistema penal de siglo XIX, en donde la pena de cárcel se presentaba como la pena por excelencia, según el autor, el sujeto que se enfrentaba al sistema penal porque había cometido una infracción, o recibía una respuesta de tipo duro, es decir, o iba a la cárcel, o quedaba en libertad, quedando en manos del sistema de disciplina informal. Distinto es el caso en que el ordenamiento jurídico contemple otras formas de castigo más benevolentes que la pena privativa de libertad. En este caso, el sujeto recibe otro tipo de sanción, que aunque no deja de ser una condena penal, constituye algo “diferente” que la cárcel.

En el escenario donde sólo existía la cárcel como sanción penal, en el momento de determinar la sentencia de un sujeto, si el sistema de justicia penal sólo conoce la alternativa de la cárcel, o deja al sujeto en libertad o va a la cárcel, y condiciones de oportunidad llevaran a aplicar la pena de prisión en los casos más extremos. Por el contrario, si además de la cárcel, se cuenta con una serie de medidas alternativas a ésta, la libertad individual del sujeto puede ser limitada con formas de control social más blandas; por su presunta benevolencia las alternativas terminan siendo aplicadas

más frecuentemente, ampliando las redes de control social y siempre con la posibilidad de que si aquellas fallan se puede ir o volver a la cárcel. Tal como sostiene Pavarini, *“el control duro, en este caso la cárcel, funciona como “perro de guardia” de las formas de disciplina formal blanda”* (Pavarini, 1995:116).

En síntesis, en los casos de delitos leves si el sistema sólo conoce la pena de cárcel, es probable que se considere absolver, teniendo en cuenta que ésta puede resultar desproporcionada o excesiva, pero no se puede decir lo mismo para las sanciones penales que implican, por ejemplo, un trabajo al servicio de la comunidad.

Con respecto a la realidad de las penas alternativas y abocándonos a nuestro país, según los abogados entrevistados, las alternativas a la privación de libertad funcionaron como alternativas a la libertad y tuvieron como efecto la ampliación de las redes de control social. *“En Uruguay se había hecho una investigación muy buena, dos abogados de Maldonado, que cuando se puso en funcionamiento la Ley de procesamiento sin prisión hicieron todo un estudio sobre determinados casos ya previamente establecidos, y llegaron a la conclusión de que había en Maldonado, de procesamientos sin prisión, muchos más procesamientos que antes. Entonces se comprobaba esta máxima de que el control blando se extiende, en tanto que el control duro se restringe. Y bueno las medidas alternativas en gran parte tienen ese efecto, se aplican de repente más...”*²⁴. A su vez, sostiene que las medidas alternativas *“son una forma de que el sistema penal siga subsistiendo, porque si hay una alternativa hay otra alternativa, entonces siempre la alternativa punitiva sigue existiendo”*.²⁵

Se puede advertir, desde una perspectiva humanitarista, que el mismo argumento que llevó a ver a la cárcel como más humana frente a las penas corporales y la pena de muerte, se puede ver a las penas alternativas como más humana que la cárcel. Esto es posible, si se parte de una interpretación del surgimiento de la cárcel como una cuestión lineal de progreso, y ya hemos tratado en el primer capítulo otras interpretaciones que sostienen que la pena privativa de libertad nace en determinado contexto económico, político, social y cultural, en el cual la cárcel constituía el instrumento más idóneo para responder a *“las necesidades internas del proceso de racionalización y formalización de un derecho penal burgués”* (Pavarini, 1995:16), y se convirtió en la pena por excelencia cuando todas las riquezas podían ser homogeneizadas y reducidas al trabajo medido por tiempo, es decir, al trabajo asalariado, siendo posible que esto se dieran con el advenimiento de la sociedad capitalista. La pena privativa de libertad se convierte por lo tanto en la pena más humana, más justa y más democrática que uno se pueda imaginar. Más humana porque se pasa del teatro de los suplicios a los castigos del alma, más democrática porque actúa sobre el tiempo que todos poseemos por igual, y más justa porque se puede medir, según la intensidad del delito, la intensidad de la pena. (García Méndez, 2006: 9)

A su vez, la expansión de la cárcel constituyó una forma alternativa de “solución” de los conflictos sociales e implicó, también, un mayor número de poblaciones sujetas a castigo. Es así como Laurrari sostiene *“que el mismo “progreso” que las correcciones comunitarias representan es visto con desconfianza y su pretendido humanismo, bajo el cual se esconden mayores dosis de intervención, a un número mayor de población, es cuando menos cuestionado”* (Laurrari, 1987:101).

Asimismo, el entrevistado B sostuvo que el problema de las penas alternativas es que *“en realidad nunca fueron alternativas a la cárcel, sino que trabajan junto con la cárcel para*

²⁴ Fragmento de entrevista realizada al abogado con experiencia en el sector jurídico penal (A), ver anexo

²⁵ *Ibidem*

controlarla". "Fungen más que para bajar el número de penados privados de libertad para subir el número de controlados a través de mecanismo soft." ²⁶

Ambas posturas críticas permiten reafirmar lo mencionado precedentemente sobre los posibles efectos de las penas alternativas: la ampliación de la red de control social, y, que en última instancia, funcionan como alternativas a la libertad.

Elección por estrategias alternativas.

Las finalidades de las penas alternativas van a variar, dependiendo de la teoría de la pena de la cual se parta. Es decir, según el entrevistados B,

"los objetivos y las finalidades de las alternativas van a variar según la perspectiva crítica que me posicione, en la perspectiva de teoría de la pena que me posicione. Si me posiciono en una teoría de prevención de que la pena es buena porque previene delitos, las alternativas son mecanismos de prevención de delitos menos violentos que la privación de libertad. Si yo me posiciono en una postura crítica, digo que las medidas no privativas de libertad, las alternativas a la privación de libertad son más que alternativas a la pena, alternativas a la libertad. Es decir, los objetivos están severamente condicionados por la teoría de la pena. Pero en general todos están de acuerdo que es preferible a la cárcel." ²⁷

Siguiendo con el análisis crítico que realiza Massimo Pavarini, encontramos que el autor distingue tres modelos que plantean diferentes estrategias de alternativas a la cárcel que se han dado históricamente en diversos ordenamientos jurídicos. Un primer grupo de alternativas legales es aquel que justifica la elección teniendo en cuenta los postulados del paradigma clásico de la pena "justa". Desde este punto de vista, se entiende que no todos los delitos "se merecen" la privación de libertad; y desde una concepción retributiva, no todo los delitos pueden ser "pagados" con la libertad (Pavarini, 1995:91). La discusión en torno a las alternativas a la privación de libertad, según el entrevistado B, va cambiando según los grandes enfrentamientos teóricos y políticos. Ya el pensamiento jurídico clásico de los siglos XVIII y XIX, desde Beccaria a Howard, consideraban "excesivo" para algún tipo de delito la pena carcelaria. En este tipo de estrategia, la alternativa aparece sólo en el marco de la sanción legislativa y no ligada, por tanto, al caso particular (Pavarini, 1995:92).

Un segundo modelo, es aquel que se plantea la necesidad de la opción por alternativas a la privación de libertad, sobre la base de buscar una pena más útil que la cárcel. Es decir, dado que ésta se ha presentado como un fracaso para cumplir con sus fines de utilidad social, se requiere buscar algo que en vez de ser más justo, sea socialmente más útil. El presente modelo fue propulsado, a principios del siglo pasado, por el movimiento correccional que tuvo gran influencia del positivismo criminológico. Demostrada la ineficacia del tratamiento penitenciario, es posible desarrollar una estrategia preventiva especial fuera de los muros de la cárcel. Dicha estrategia, según el autor, sólo pudo ser pensada y desarrollada con la imposición del Estado Social. La elección de la opción alternativa por dichas razones está ligada al caso concreto y se basa en un juicio pronóstico sobre el sujeto, es un juicio sobre el autor. Según Pavarini:

"A quien corresponda decidir entre la cárcel o "algo diferente"-sea el juez del hecho, u otra autoridad-lo hará "apostando", convencido-sobre la base de valoraciones discrecionales-de

²⁶ Fragmento de entrevista realizada al abogado con experiencia en el sector jurídico penal (B), ver anexo.

²⁷ Ibidem.

que vale la pena “arriesgar”, ahorrando la experiencia de la cárcel, cambiándola por algo que, aún siendo pena, aún siempre con contenido disciplinario, sea quizás más útil y menos doloroso...Pero con una reserva: donde fracasa la prueba, se deberá recurrir necesariamente a la pena privativa de libertad” (Pavarini, 1995:93).

En este sentido, el autor advierte una dependencia funcional entre alternativas a la cárcel por necesidades de prevención especial y la cárcel, esto es, la alternativa de tratamiento fuera de la cárcel son más preferibles a la cárcel, y si estas fallan siempre está la posibilidad de volver a ésta. De este modo se evidencia el centralismo de la cárcel, es decir, las alternativas existen en la medida que existe la prisión.

Por último, Pavarini distingue un tercer modelo de estrategia alternativa a la cárcel, aquel que se establece por necesidades de gobierno de la propia prisión. Es lo que se denomina la lógica de “premios y castigos”, donde es posible reducir la afflictividad de la pena, e incluso terminarla fuera de la cárcel, dependiendo de la conducta del sujeto al interior de la misma. Para el autor, estas modalidades no constituyen alternativas a la privación de libertad, siguen siendo penas carcelarias aunque las mismas se cumplan en parte fuera de ésta.

Según el autor, sin hacer un juicio sobre la efectividad real de las alternativas a la cárcel, sólo el primer modelo de estrategia alternativa, aquel que se establece en el momento de la sanción legislativa, es algo diferente a la cárcel y por lo tanto está en condiciones de prescindir de la misma. Las otras dos finalidades, ya sea por motivos de prevención especial o por gobierno de la prisión son funcionales a la cárcel y reafirman su esencialidad.

Como expresa el entrevistado B:

“las alternativas fueron una cosa u otra cosa, no tanto en función de los discursos o de las coyunturas penitenciarias, sino de lo que pasaba afuera. Cuando afuera no había necesidad de tener muchos presos se vaciaban las cárceles, con o sin alternativas. La alternativa no es un mecanismo, no es condición necesaria ni suficiente, en términos aristotélicos, para minimizar la cárcel. En realidad la cárcel tiene mucha gente o poca gente, según una coyuntura de afuera; coyuntura muy compleja a la cual se le ha dado explicaciones muy simplistas como la de Rusche y Kirchheimer del año 30, como la del mercado: si el mercado laborar convoca trabajadores se vacían las cárceles, si el mercado no convoca trabajadores se llenan las cárceles, lo cual es muy simplista. Pero, en alguna medida, no es un disparate porque si el mercado convoca empleo el empleo compite con la cárcel, no en términos mecanicistas pero si en términos un poquito más complejos”.²⁸

Si observamos la realidad desde una perspectiva ingenua, vemos que a lo largo de la historia se han dado momentos de endurecimiento de los sistemas punitivos y momentos de dulcificación de los mismos. Desde la perspectiva de Rusche y Kirchheimer, la categoría mercado de trabajo permite explicar estos fenómenos. Parten de la tesis de que en la sociedad capitalista, el sistema penitenciario depende del desarrollo del mercado de trabajo. En el momento que el mercado de trabajo se encuentra saturado, las penas tienden a ser más duras, es decir, en el caso de la pena privativa de libertad para que la misma tenga un fin de disuasión las condiciones dentro de la cárcel tienen que ser inferiores a las condiciones de vida del sector más pobre de la población libre. Tanto Rusche y Kirchheimer, como Foucault, aunque en distinta época, ya evidenciaban el declive de la institución carcelaria en sus fines de reeducación y disciplina, y el pasaje de control carcelario a otro tipo de instituciones (Baratta, 2002:205).

²⁸ Ibidem

Esta postura crítica, nos permite afirmar que la finalidad de limitar el uso de la cárcel mediante la vía de estrategias alternativas, puede ser eventual y no esencial. Es decir, el hecho de que se legisle sobre penas alternativas no implica que exista una relación causal entre éstas y procesos de limitación de la cárcel. Como sostiene el entrevistado B, *“la alternativa no es un mecanismo, no es condición necesaria ni suficiente, en términos aristotélicos, para minimizar la cárcel”*, *“nunca fueron alternativas a la cárcel, sino que trabajan junto con la cárcel para controlarla”*.²⁹

Pero también, según el mismo entrevistado, se reconoce que en algunas experiencias de derecho comparado las alternativas han tenido cierta efectividad real, pero que no han sido estudiadas y teorizadas. Y plantea que se caen en un vacío de discurso, *“porque si no sirven sigo con la cárcel o, ¿sigo con las alternativas? Se crea un vacío de discurso, muy peligroso, muy riesgoso, porque es malo también prescindir del discurso de las alternativas, que tiene que ser teorizado, y el riesgo es que ese espacio está poco teorizado”*³⁰. Existe poca teorización sobre cuál es la razón que llevó a que las alternativas no cumplieran con la finalidad de reducir el uso de la cárcel, y a su vez, sobre cómo lograr que tengan viabilidad en la realidad, dado que han existido experiencias de alternativas en otros países que han presentado resultados exitosos y que, según el entrevistado, no han sido estudiados exhaustivamente. La falta de teorización y estudios sobre las posibilidades de llevar a cabo estrategias alternativas que tengan una viabilidad práctica, ha dado paso también a posturas extremas que advierten que, dado el fracaso de aquéllas para reducir el uso de la prisión, nada funciona y por lo tanto se continúa con la cárcel, cayendo en el viejo refrán de “más vale malo conocido que bueno por conocer”. El peligro de caer en este tipo de posturas es, tal como sostiene Laurrari (1987:104), la coincidencia entre los discursos críticos sobre las alternativas a la cárcel y los discursos conservadores, que ven a las penas alternativas como muy benevolentes y costosas, lo que puede tener como consecuencia, aunque no intencionalmente, el fortalecimiento de la institución carcelaria. Coincide con lo que advertía el abogado entrevistado, sobre lo riesgoso que puede implicar prescindir de los discursos de las penas alternativas.

Por otro lado, la postura de Roger Matthews (1987), nos permite afirmar lo que decía el entrevistado sobre la falta de teorización y de estudio sobre la realidad de las alternativas a la prisión -teniendo en cuenta que existieron ejemplos en países en donde las mismas funcionaron-, y da cuenta del pesimismo y escepticismo que cundió en la literatura sobre el movimiento descarceratorio en la década de los sesenta y setenta, afirmando que dicho pesimismo no está basado en una clara *“comprensión y valoración de estos procesos”* (Matthews, 1987:72). Según el autor: *“se ha argüido que el proceso de descarceración, en concreto, no puede ser comprendido de forma adecuada ni como un desarrollo orgánico ni lógico que sigue a las “necesidades” del capitalismo, ni como un fenómeno que pueda ser directamente “leído” o aprehendido como un “reflejo de las condiciones económicas subyacentes”*(Matthews, 1987:73). Para éste, muchos de los estudios sobre los procesos de descarceración, en donde encontramos las alternativas a la cárcel, han sido analizados sin tener en cuenta las diferentes coyunturas políticas y económicas en los que han emergido dichos procesos.

Siguiendo con esta línea que plantea el autor, dicho abogado entrevistado sostiene que se manejan pocas variables para el estudio de las experiencias alternativas. Es un tema complejo que no resiste explicaciones simplistas, sino que exige análisis e investigaciones más sustentadas y precisas, para lograr darle cierta *“viabilidad seria en la realidad”*. Para esto es necesario evitar sobregeneralizaciones de los procesos, atender las diferentes coyunturas económicas, sociales, políticas y culturales, etc. Sostiene que en nuestro país existió un momento histórico de crisis del

²⁹ Ibidem

³⁰ Ibidem.

Estado de Bienestar que posibilitó el auge de las medidas alternativas, pero en la década de fines de los ochenta y principio de los noventa, las alternativas entraron en crisis acompañado de un periodo, como mencionábamos en capítulos precedentes, de gran endurecimiento de la intervención punitiva.

Lo mencionado anteriormente, sugiere que para lograr un análisis sobre la posibilidad de adopción de alternativas a la privación de libertad en un determinado contexto es necesario establecer cuál es la realidad histórica del país en el van a ser aplicadas, qué variables se manejan, en qué coyuntura se insertan y, al mismo tiempo, tener en cuenta los peligros que acarrea la expansión del sistema penal descrito por la literatura crítica del control social, en el hecho de que las alternativas pueden implicar una ampliación de las redes de control, transformándose, como sostiene Matthews, en “extensiones” y “adhesiones” (Matthews, R., 1987:80). Si no se tienen en cuenta el estudio de estos peligros, si las investigaciones teóricas se realizan por medio de generalizaciones, si se manejan pocas variables y, a su vez, descontextualizadas, sin tener en cuenta las distintas particularidades y realidades de los países, es probable que se caiga en una postura de que nada funciona y, en el mejor de los casos, que nada funciona bien.

“Las cárceles son un desastre, las correcciones comunitarias invariablemente son peor, una reforma realista no puede conseguirse sin una transformación fundamental de la estructura social, lo que no es probable que suceda en un futuro próximo, por consiguiente no hay nada que pueda hacerse”.

Desde esta perspectiva tiene poco sentido el rol de las reformas progresistas o de la naturaleza contradictoria de las relaciones sociales capitalistas y del Estado capitalistas. Rechazar la posibilidad o deseabilidad de la reforma penal no es adoptar una posición de neutralidad. Es más bien dar apoyo-si bien por omisión-a aquellos intereses que ven las “alternativas” como demasiado blandas y que de “mala gana” urgen la reexpansión de la cárcel como la única estrategia viable, dada la imposibilidad de hacer otra cosa” (Matthews, 1987:85-86).

Como sostiene Matthews, interpretaciones como las precedentes a las cuales denomina de pesimismo o imposibilismo, se quedan en que nada funciona, que no es posible pensar alternativas que logren una aplicación efectiva.

A partir de esto, surge la interrogante de qué hacer con las penas alternativas, si es posible encontrar un discurso que permita legitimarlas, y como nos decía el entrevistado B, “(...) *partiendo de la base que han existido experiencias buenas en derecho comparado (...), yo creo que las alternativas tienen un campo teórico para, sino para legitimarla por lo menos para darle cierta viabilidad seria en la realidad*”.³¹

En este sentido, para el entrevistado las alternativas podrían ser un mecanismo que habiliten abrir el sistema penal “cerrado” a otro tipo de intervenciones no punitivas. Mecanismo político, según este, que va a estar regulado por los alrededores: institucionales, económicos, políticos, sociales, etc. Más precisamente, sostiene:

“entre el corte de la privación de libertad y la alternativa, y la comunidad...es un corte muy violento. Entonces la alternativa podría ser un mecanismo que me permita a mí tener una bisagra entre lo comunitario y la privación de libertad. Eso se transforma en un problema teórico, porque abre un espacio de legitimación. Se puede decir, ah bueno, no son alternativas a la privación de libertad, pero pueden ser una estrategia de apertura del sistema penal cerrado

³¹ Ibidem.

*(...) Pueden ser un proceso de apertura que permita frenar la intervención punitiva y dar libre espacio a una intervención política no punitiva*³².

Como mencionábamos precedentemente, ambos entrevistados coinciden en que las penas alternativas a la libertad materializadas en nuestro país, han funcionado como alternativas a la libertad. La Ley 17.726, ha tenido un carácter meramente simbólico, dado que no existe respaldo institucional que permita una efectiva aplicación de la misma. Según el entrevistado B: *“la alternativa no es decretarla por ley, es también rodearla de una serie de mecanismos institucionales que te permitan aplicarlas”*³³. A su vez, sostienen que la Ley no se aplica efectivamente en los hechos, *“y no se aplica porque..., generalmente se dan explicaciones anecdóticas, que los jueces no se animan, no hay estructuras que las apliquen, no hay presupuestos, puede ser. Pero yo creo que también hay un déficit de teorización de la realidad de las penas alternativas que hay que tenerlo muy claro”*³⁴. Ambos entrevistados sostienen que la Ley de penas alternativas, desde el punto de vista político criminal es una ley “buena”, pero desde el punto de vista jurídico penal, es una ley “desprolija” con varios problemas de interpretación. A su vez, no se generaron los mecanismos institucionales adecuados para que la Ley pueda ser aplicada. Al respecto el abogado entrevistado B afirma:

*“la ley no es lo que dice es lo que se aplica, entonces desde las posibilidades abstractas que tiene una ley hasta su realidad, hay todo un tránsito que no está, valga la redundancia, transitado desde el punto de vista teórico, creo que ahí hay una pobreza de teorización. En el caso de las alternativas, sale la Ley pero nadie pensó en la institucionalidad que debía planificarse para que la Ley fuera aplicable, entonces el Poder Judicial sigue siendo el mismo, el Ministerio Público sigue siendo el mismo, las cárceles siguen siendo las mismas, el sistema de defensa sigue siendo el mismo.”*³⁵

Por otro lado, el abogado entrevistado A sostuvo:

*“(…) sin lugar a dudas lo que tenemos que tener presente en cualquier investigación es la mentalidad positivista, vamos a decir inquisitiva, de los jueces penales. Entonces digo, cualquier reforma de la ley si no se reformó antes la cabecita de los que aplican la Ley no va a servir de nada. Ese es otro de los temas que yo creo que cuando hablamos de reforma nos tenemos que plantear: reformas y operadores aptos para llevarlas a cabo”*³⁶.

Ambos entrevistados, sostienen que la Ley 17.726 implicó un proceso de discusión de alrededor de diez años, que consistió de varios anteproyectos y proyectos, pero no se generaron los mecanismos institucionales que permitieran llevarla a la práctica de manera efectiva. A su vez, los números de gente privada de libertad eran alarmantes, y era necesaria una respuesta desde el sistema político, pero con el solo hecho de sancionar leyes, como una especie de propaganda de que se está dando una respuesta no soluciona los conflictos sociales. Pero como sostuvo el entrevistado B: *“la respuesta puramente legiferante, en la medida de que no recibe un acompañamiento institucional, muere”*³⁷.

Además, que su aplicación es limitada, debido a que no permite su aplicación a los reincidentes. Para que la Ley tenga una cierta efectividad, también, es necesario que se tome una decisión política de reducir el número de presos mediante las medidas alternativas, pero tienen que generarse las

³² Ibidem

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem

³⁶ Fragmento de entrevista realizada al abogado con experiencia en el sector jurídico penal (A), ver anexo

³⁷ Fragmento de entrevista realizada al abogado con experiencia en el sector jurídico penal (B), ver anexo

condiciones y el respaldo institucional que las sustente. Y no aplicándola a reincidente, la Ley “pierde potencialidad”.

Entre las limitantes de la Ley de medidas alternativas ambos destacan: falta de respaldo institucional, falta de teorización sobre las coyunturas económicas, políticas, sociales y culturales, que posibiliten la aplicación efectiva de estas iniciativas, resistencia de los jueces penales: “*mentalidad positivista, inquisitiva*”; problemas de interpretación de la Ley.

Con respecto a la Ley Humanización y Modernización del Sistema Carcelario, de las entrevistas realizadas se desprende que la misma fue una respuesta hacia el colapso del sistema carcelario y que no tuvo gran impacto en los números debido a que fue una Ley que consistió en “*una solución hacia el pasado*”³⁸ pero no se proyectó hacia el futuro. “*La Ley de Humanización lo que hace es abrir la boca de salida pero no cerró la boca de entrada, entonces en el tiempo la Ley de Humanización iba a caer porque la boca de entrada no la tocaron. Cuando hablo de boca de entrada, hablo del mínimo de hurto, mínimo de hurto agravado, que eso al final no lo tocaron*”.³⁹ A su vez, según el abogado entrevistado A, más que una alternativa, significó una necesidad, “*porque la cárcel necesitaba vaciarse*”⁴⁰.

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Fragmento de entrevista realizada al abogado con experiencia en el sector jurídico penal (A), ver anexo

CAPÍTULO V- TRABAJO SOCIAL Y SU INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS PENAS ALTERNATIVAS –

Con el objetivo de desentrañar cuáles son las características de la intervención profesional en el ámbito del sistema penal, y particularmente en el de las penas alternativas a la privación de libertad, es que entrevistamos a una asistente social cuya intervención se lleva a cabo en el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, en un programa de penas alternativas. A partir de la entrevista intentaremos explicitar cómo se está realizando la intervención, qué dificultades se le presenta al profesional en su práctica concreta, cuál es la postura de la profesional en relación a la cuestión criminal, y cuáles son los desafíos y oportunidades que presentan para el Trabajo Social el campo de las alternativas a la privación de libertad.

Dado que la profesional entrevistada realiza su intervención en una institución, en donde conviven a diario determinadas lógicas y procesos de organización que pautan la intervención, realizaremos una breve descripción de aquella.

1. El Patronato

El Patronato Nacional de Encarcelado y Liberados, según la entrevistada, surge en el año 1933 por iniciativa de un grupo de mujeres que iban a la cárcel de mujeres, Cabildo, y realizaban apoyo en diversas actividades. *“Y ahí vieron que una de las principales demandas que tenían las reclusas era el contacto con los familiares o el apoyo de los familiares en ausencia de jefes de hogar, que quedaban en cierto desprotección, cierto desamparo, muchas veces el tema del contacto con los niños, todo ese tipo de protecciones. Y ahí las mujeres vieron que la sola presencia de ellas en la cárcel no estaban atendiendo los problemas urgentes que presentaban las reclusas”*.⁴¹ En ese contexto se crea el Patronato por Decreto de 7 de marzo de 1934. Al principio la institución no contaba con profesionales técnicos remunerados, sino que estaba integrada por *“gente de confianza de las autoridades de la época, todos cargos honorarios y con gente de buena voluntad sin preparación técnica de ningún tipo”*.⁴² Si bien en el artículo 94 de la Ley N° 13.318 de cincuenta años después de creación del Patronato se estableció su cometido de *“readaptación social de quienes han delinquido”*, su reglamentación se realizó recién en el año 1985, año en el que el Poder Ejecutivo dictó normas sobre su funcionamiento y organización. (Malet, 2004: 121)

Según la entrevistada, el objetivo de la institución consiste en *“brindar asistencia tanto de lo técnico, como desde el punto de vista moral, que se pueda considerar a las personas, a los familiares de las personas que están en reclusión, y al liberado”*.⁴³ Las áreas de atención están divididas en: social, psicológica y jurídica. El abordaje técnico se realiza en forma interdisciplinaria a través de dichas áreas, mediante entrevistas individuales y, dependiendo de la situación del sujeto, mediante entrevistas que pueden abarcar el núcleo familiar. A su vez, teniendo en cuenta que la mayoría de la población que asiste al Patronato presenta carencia en la satisfacción de sus necesidades básicas, se realiza una intervención y apoyo en varias áreas: vivienda, alimentación, educación, capacitación laboral; extendiéndose la intervención al núcleo de convivencia.

⁴¹ Fragmento de entrevista realizada a Asistente Social del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, ver anexo.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

Los objetivos institucionales de control y cumplimiento de las medidas se entrecruzan con los objetivos específicos de la institución de “promoción y prevención”. Dicho entrecruzamiento es problematizado por la asistente social, como una dicotomía: “(...) *somos personal dependiente del Ministerio del Interior que generalmente sus roles son de control, y que trabajamos en una institución cuyos principales propósitos son la promoción y la prevención; ahí está la gran dicotomía de la institución*”.⁴⁴ Sostiene que existe una importante discusión en relación a la dependencia de la Institución (en cuanto a los funcionarios y presupuesto) del Ministerio del Interior, y se está abogando para que la misma pase a depender del Ministerio de Educación y Cultura y tenga cierta autonomía.

Está conformada por una Comisión Directiva, cuyos cargos son honorarios, y una dirección general.

La población objetivo consiste en aquellas personas que se acercan a la institución de forma voluntaria, denominados “el público en general”, y aquellas que asisten en forma obligatoria, decretado por lo autoridad judicial, mediante medidas alternativas, o a través de las disposiciones de la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario.

En relación a las incorporación de los sustitutos alternativos a la privación de libertad, la institución tenía una experiencia de aproximadamente diez años de trabajo, debido a la tendencia por parte de algunos jueces de ordenar tareas comunitarias. Según la entrevistada,

“(...) las penas alternativas a la prisión es un programa que surge de acá, del Patronato, en el año 93, justamente como reflexión a qué pasaba con aquellas personas que por sus características de primario, primarios son los que cometen por primera vez un delito; personas que tenían un trabajo estable, tenían algún sostén, tenían hábitos laborales, y cometían un delito como pueden ser lesiones, porque se peleaban con algún vecino o un accidente de tránsito que no era grave para nada, y esa persona iba a la cárcel. Veíamos que el perjuicio que había provocado en esa persona en lo personal, en lo familiar y en lo social, era tan drástico, tan importante, que no hubiera habilitado para nada la prisión”.⁴⁵

Lo expresado por la asistente social nos permite visualizar el carácter selectivo de las penas alternativas, que reproducen los mismos criterios empleados para la definición de la población carcelaria: aquellos que producen marginación social (Pavarini, 1995:103). Es decir, son seleccionados para “ahorrarse la experiencia de la cárcel” y poder gozar de una pena alternativa aquellos en los cuales se puede confiar, como sostiene Pavarini; y aquellos en los que podemos confiar son los que presentan mejores recursos externos, como: “*algún tipo de sostén, hábitos laborales, trabajo estable, etc.*”

Era una tendencia que había crecido desde el año 93, dado el incremento de la aplicación de dichas medidas por algunos jueces, pero eran medidas que estaban siendo aplicadas “*sin un marco legal que los respaldara*”⁴⁶, lo que provocaba el efecto de que algunos jueces no se “animaran” a aplicarlas. La experiencia del Patronato en relación a las tareas comunitarias, fue muy significativa al momento de sanción de los marcos normativos analizados, dado que ya se contaba con un soporte armado y una gran experiencia por parte de la institución en la implementación de este tipo de medidas. Tal como sostiene la entrevistada: “*(...)se fueron como sistematizando las experiencias y llevada nuevamente al parlamento la experiencia, pidiéndole que tuviera un marco legal, porque en el correr de los años se fueron anexando juzgados, juzgados que fueron viendo que esto daba resultado. Como que los jueces cada vez más se iban afianzando con este sistema, pero al principio faltaba ese marco legal y una vez que sale la Ley se tiene otro respaldo, lo cual en la práctica no*

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

cambió mucho. La práctica siguió igual que siempre, solamente que ahora tenemos un marco legal”⁴⁷.

La metodología aplicada

En relación a las medidas alternativas, la atención que se brinda desde el equipo técnico no es solamente aquella relacionada con el rol de control y administración de la medida, sino que se realiza un acompañamiento en *“aquellos aspectos que se detectan como debilidades de la persona”*.⁴⁸ La atención está condicionada a la resolución del juez, que puede ser, la simple presentación del sujeto a la institución, o puede implicar un tratamiento de acuerdo a la problemática que presente el sujeto, en la que se realiza un seguimiento y abordaje más intensivo.

“Entonces, primeramente trabajamos con la persona en lo que es a la atención de la problemática que subyace, sea el consumo de drogas, el tema de las características violentas...y después si se pasa para las tareas comunitarias o se hace informe para..., claro porque ese tipo de medidas pueden ser esas dos: las tareas comunitarias, o la presentación con tratamiento de rehabilitación en sus problemáticas. Y ahí se trabaja en red con policlínicas, centros de salud, hospitales, o con la concurrencia a un grupo de alcohólicos anónimos, narcóticos anónimos, o jugadores anónimos, tenemos gente cumpliendo alternativas por el tema del juego compulsivo”.⁴⁹

Continuando con la metodología de abordaje implementada por la institución, en el caso de las penas alternativas el sujeto se presenta en la institución con la caución juratoria y se coordina día y hora para una primera entrevista. En el caso de la Ley de Humanización, el sujeto ya había sido visitado por un técnico de la institución, por lo tanto cuando sale de la cárcel ya tenía coordinada la entrevista. Las mismas pueden ser psicológicas, sociales y jurídicas. Las entrevistas psico-sociales son de corte cualitativo, en las que se apunta principalmente a reconstruir la historia de vida de los sujetos, contextualizando la infracción en una historia personal. Según palabras de la entrevistada: *“en esa primera entrevista se intenta un acercamiento con la persona, conocer la realidad personal, la realidad familiar, qué fue lo que lo llevó al delito, cómo lo está viviendo la persona, cómo vivió la persona el procesamiento, cómo vive la persona venir a una institución de este tipo, cómo vive el tema de tener que realizar tareas comunitarias”*.⁵⁰ Las secuencias de entrevistas se realizan cronológicamente, y las mismas varían según la situación concreta. La reconstrucción de la historia de vida no involucra solamente al sujeto procesado, sino también a su familia, a su núcleo de convivencia, etc.

Y por último, el equipo técnico interviniente realiza una devolución individual, y en algunos casos junto con el núcleo de convivencia, sobre *“cómo vivió el proceso de entrada a la institución, cómo ella vivió el proceso con el equipo técnico, cómo vivió las tareas comunitarias, cómo se sintió, qué significaron en su vida las tareas comunitarias. Muchas veces hacen valoraciones muy interesantes, de cómo les ha cambiado la tarea comunitaria. Y bueno desde el equipo técnico también se les hace una devolución de cómo se entendió que la persona vivió ese proceso, se les da las orientaciones generales y se envía un informe al juez con todos los pasos metodológicos. Lo cual, si bien hay objetivos fijos, permanentemente los estamos aceitando (...)”*.⁵¹

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Ibidem.

En relación a las dificultades encontradas en la práctica con las alternativas a la privación de libertad, la profesional entrevistada destacó que llegan a la institución sujetos que no se encuentran en condiciones de cumplir con las tareas comunitarias y plantea como principal dificultad la escasez de recursos comunitarios para abordar las problemáticas que presentan los sujetos que cumplen medidas alternativas. Sostiene:

“(…) llegan acá personas procesadas con tareas comunitarias que no están en condiciones de realizarlas, por ejemplo cuando tienen patologías mixtas, personas con patologías psiquiátricas bien importantes, personas con un importante consumo de drogas, en el cual en la sociedad no hay lugar para mandarlas a realizar un tratamiento de rehabilitación, porque vienen consumidores de pasta base, gurises de 18 años, que vienen totalmente socavados por el consumo y que realmente quieren hacerse el tratamiento y no tenemos...Acá desde el ámbito público tenemos el Portal Amarillo en donde el acceso no es de un día para otro y que tiene un cupo deficitario de acuerdo a la cantidad de demanda que hay, pero la forma de ingreso lleva mucho tiempo. Y después nos manejamos por intermedio del Maciel, la psicología del Clínicas, más cuanto recurso pueda aparecer ahí en el ámbito público, privado o mixto, pero que realmente no atiende de la forma que necesitamos.”⁵²

Asimismo, destaca el desconocimiento de la comunidad de lo que significan las tareas comunitarias, muchas veces entendidas desde el ámbito público en dónde los sujetos las realizan, como una “bolsa de trabajo de mano de obra barata”⁵³, y que en muchos casos los funcionarios públicos los ven con recelo porque compiten con el trabajo de éstos.

“(…) Muchas veces ha pasado en algunas instituciones públicas que el propio funcionariado se siente amenazado por la gente que va del programa ¿por qué?, porque va gente muy bien que hace la tarea de forma brillante, y el funcionario público que está acostumbrado a tener cierta dinámica de trabajo que no se exige mucho. Todas esas cuestiones que tienen con que la persona en la tarea comunitaria sea creativo, sea positivo, que sea responsable, que pueda recibir órdenes claras y precisas de acuerdo a la tarea en forma responsable, no pasan a veces y tiene que ver con eso y opera como dificultad.”⁵⁴

Otra de las dificultades que plantea la profesional, es la inserción laboral de la población joven que asiste a la institución, estableciendo que los recursos en la comunidad para atender la situación de empleo son escasos para la gran demanda que hay.

En la entrevista, a través del discurso de la asistente social pudimos detectar algunos planeamientos característicos de la teoría positivista. En primer lugar, la entrevistada habla siempre de las dificultades y características personales de los sujetos lo que en alguna medida lo hacen “proclive” al delito. Ya hemos analizado los planteamientos del paradigma tradicional sobre la cuestión criminal, que realiza un análisis multifactorial sobre las causas de la conducta criminal, aludiendo que el delito es un ente natural, llevado a cabo por determinado tipo de sujetos que por sus características personales lo hacen proclive a cometerlo. Asimismo, dicha proclividad puede estudiarse examinando las causas endógenas y exógenas. Notamos por esto en la entrevista, características de esta ideología positivista, cuando la profesional enumera rasgos particulares de los sujetos, como patologías psiquiátricas, “consumidores de drogas”, “características violentas”; rasgos que presentan algunas personas que acuden a la institución.

⁵² Ibidem

⁵³ Ibidem

⁵⁴ Ibidem.

Esto se ve también cuando se evidencia como una de las principales dificultades de las penas alternativas, en relación a su aplicación práctica, las características mencionadas de los sujetos que son asignados a las tareas comunitarias. Al respecto sostiene: *“ahí hay que afinar un poco más en los diagnósticos porque no puede ir cualquier tipo de persona a realizar tareas comunitarias, tienen que ser personas que no tengan rasgos violentos, no sean consumidores de drogas..., personas que tengan como ciertos hábitos, ciertas responsabilidades sociales adecuadas.”* Y afirma también: *“(...) en realidad, siempre hay elementos internos a la persona o al contexto familiar que hacen que esa haya sido la opción.”* *“(...) Es una gran responsabilidad para el técnico, dónde tenemos que tener un diagnóstico de la persona para eliminar el riesgo o por lo menos para tener medido”*⁵⁵.

Estos juicios nos remiten a las posturas de la corriente positivista y a la corriente de la ideología rehabilitadora, las cuales consideran que es necesario realizar un juicio pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto, para reducir el riesgo, y que dicho sujeto desviado, *“que cometió un error”*⁵⁶ debe ser transformado en algo acorde a la productividad social. Que dicho sujeto debe ser tratado, reformado, para *“que esté en condiciones de hacerse cargo de esa libertad”*⁵⁷. En este sentido, ya hemos visto en este trabajo que la resocialización, sea intramuros o extramuros, constituye una ideología que implica consideraciones sobre la naturalidad del castigo y de la corrección del infractor, considerando que el proceso de socialización del sujeto fue desacertado o que simplemente no existió.

Cuando le consultamos sobre la evidencia de una supuesta “crisis” del sistema penitenciario uruguayo, pudimos constatar el análisis de la realidad que realiza la profesional, asociando la crisis de la prisión a factores coyunturales, que indican de que la cárcel no cumple con sus objetivos declarados por que hay algo que esta funcionando mal. Y que dicha situación de crisis se manifiesta, por ejemplo, debido a una desestructuración de la familia. Sostiene:

*(...) “yo siempre digo que no se necesitan mejores prisiones lo que necesitamos son mejores familias, porque si tuviéramos más familias con más tiempo dedicadas a sus roles de padre y madre, significa que cuando decidimos ser padre y madres nos comprometemos a acompañar a nuestros hijos en todas las etapas, desde su crianza hasta que se transforma en un adulto saludable para la sociedad, pero eso la familia no lo está pudiendo hacer. La familia se está convirtiendo en una gestadora y propulsora de... no en todos los casos, pero ya de desde corta edad ya tenemos, ahora ni siquiera te voy a decir jóvenes infractores, te puedo decir niños infractores”*⁵⁸.

Se considera importante para logran captar la esencia del fenómeno de la criminalidad y trascender sus aspectos fenoménicos incorporar al análisis otros elementos. En este sentido, desde una mirada crítica, pensamos que la “situación de crisis” del sistema carcelario que se nos presenta como una realidad del presente, es una crisis estructural. La cárcel implica una violación sistemática de derechos humanos y constituye un depósito de sujetos que no pueden ser asumidos socialmente por el Estado, los últimos de la escala social.

Con respecto a las alternativas a la privación de libertad, la entrevistada sostiene que constituyen un beneficio para el sujeto, y para la intervención profesional, dado que posibilita la intervención en relación a los procesos familiares y comunitarios. Y considera que es importante

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

seguir trabajando a nivel comunitario, teniendo en cuenta que todavía siguen habiendo resistencias por parte de la sociedad ante las personas que cumplen con tareas comunitarias. Sostiene:

*“La persona siente con el derecho, más importante que tiene es el derecho a la vida y a la libertad, la persona puede hacerse cargo de su vida. Y ahí interactuando con el mismo lugar que va a vivir siempre que es con la sociedad y a su vez, involucrado a la sociedad, y también la responsabilización porque la sociedad somos todos y por lo tanto todos contribuimos a la construcción de la sociedad. Pero acá figura mucho lo que tiene que ver con la otredad: “el otro es el que está infligiendo la ley”, “el otro es el que hace daño”, “y a mí no me toca ningún papel en la sociedad”. Por eso es que mucha gente se moviliza cuando está en esos lugares como referente o ha pasado que gente que está en un liceo o una escuela y se movilizan mucho cuando va gente de acá a realizar tareas comunitarias y la discrimina y la margina, porque se siente interpelada, siente de cómo va a ver alguien que cometió un delito, la concepción de lo que es el delito. Porque de pronto personas que estamos en libertad hemos tenido delitos similares y no estamos procesadas”.*⁵⁹

⁵⁹ Ibidem.

CAPÍTULO VI –REFLEXIONES FINALES–

“La pena (...) como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder”. (Zaffaroni, 2003:210).

Uno de los abogados entrevistados, se expresó sobre la necesidad de lograr construir los conflictos sociales de una forma alternativa a la construcción punitiva, es decir, pensar los conflictos sociales sin las ideas de delito y de pena. Dichos conceptos no tienen una naturaleza ontológica, la pena no es una necesidad, es un hecho de poder que, como ya hemos visto precedentemente, acarrea grandes problemas de legitimación. La pena tiene una historia y una evolución, por lo que ya nos está diciendo que no siempre existió y fue necesaria. Qué se quiere decir con esto, que la pena que conocemos hoy en día es la pena moderna, podemos decir que la pena como tal antes del siglo XII no existía, existía la venganza. En una sociedad fragmentada e “igualitaria”-igualitaria en el sentido de que no existía un poder central, como la germánica, los conflictos se resolvían entre las partes. Un integrante de un clan ofendía al integrante del otro, y se procedía a la venganza. No se aplicaba un castigo; en el caso de no poder resolver el conflicto entre las partes mediante una compensación, se efectuaba una guerra entre los clanes. Esto significa, que no había una pena en el sentido moderno, porque no había un poder centralizado. Desde la perspectiva de Foucault, la “verdad” en la sociedad germánica, se establecía por medio de la lucha o guerra entre las partes. En la sociedad moderna con el advenimiento del mercantilismo y la conformación de los estados nacionales, la “verdad” pasa a establecerla un tercero que actúa “sobre” las partes (Zaffaroni, 2003:66).

A finales del siglo XII, se consolida la confiscación del conflicto de la víctima e infractor por parte del Estado; la infracción se transforma en ofensa primero al rey y, con la evolución a las sociedades modernas, contra la sociedad en general (Verona Martínez, G., 1999:123). Cuando surge un conflicto entre dos sujetos, ya no se resuelve como en el poder feudal entre ofensor y ofendido, sino que el poder central expropia el conflicto a las partes impidiendo la venganza privada y, para mantener el orden, se construyen una serie de instituciones que lo legitiman y protegen.

Ya vimos en el primer capítulo que la cárcel como pena por excelencia la encontramos recién en el siglo XVIII, teniendo en cuenta que antes no era una forma de castigo, sino que significaba una forma de asegurar al sujeto para que no se escapara hasta que el castigo fuera decidido. Lo que se intentó fue con los elementos que nos aportan las corrientes críticas trascender una mirada ingenua que tiende a concebir a la pena moderna, como un instrumento natural y necesario que siempre existió como forma de respuesta a las situaciones problemáticas definidas como “delitos”.

Cuando la pena se transforma en el instrumento idóneo para ejercer el monopolio del poder central, más precisamente, la pena privativa de libertad, es cuando surgen los problemas de legitimación: ¿por qué hay que castigar, por qué hay que penar? Todas las teorías de la pena se esfuerzan por explicar los fines y funciones de ésta, pero ninguna logra explicar qué es la pena, y a la mayoría de estas las podemos englobar en dos: por un lado aquellas que sostienen que la pena tiene como fin alcanzar el ideal de justicia, y por otro, aquellas que le asignan a la pena fines de utilidad social, la legitimidad del castigo se encuentra en su utilidad social. Para Pavarini, mientras la pena se ha podido mostrar como “pena justa”, se ha mantenido inalterable a la crítica de los objetivos. Sin embargo, desde el momento que se muestra como “pena útil” y se justifica en relación al objetivo que se persigue, ha estado expuesta a las críticas sobre otros objetivos posibles, y a la verificación de su incapacidad para lograr el objetivo elegido (Pavarini, 1995:61-62).

Entonces, frente a los problemas de legitimación de la pena y del sistema penal todo, surgen dos corrientes de propuestas político-criminales que presentan diferencias entre sí: el abolicionismo penal y la de mínima intervención penal o llamado también derecho penal mínimo.

Las posturas del derecho penal mínimo, parten de que la pena existe, que es un hecho político no legítimo, como la guerra; de que la cárcel desde su surgimiento siempre estuvo en crisis y que la intervención punitiva no resuelve los conflictos sociales, sino que los agrava y hasta los genera. Teniendo en cuenta esto, la mejor alternativa consiste en que el discurso de la pena sea un discurso reductor de la violencia y de poder punitivo.

Del lado de los postulados más extremos, encontramos la propuesta abolicionista, que plantea la abolición de todo el sistema de justicia penal. Exaltando los argumentos anteriormente mencionados, en relación a las nociones de delito y de pena que involucran una construcción punitiva, podemos agregar, apoyándonos en el resumen que realiza Lurrari (1987) sobre los postulados abolicionistas, las siguientes concepciones de esta corriente.

En relación a la ley penal, el movimiento abolicionista afirma que la misma no es inherente a todas las sociedades, dado que antes de su existencia, existían otras formas para resolver los conflictos sociales, como la ley civil. Por otra parte, afirman que el crimen no presenta una realidad ontológica, sino que es producto de procesos de definición, en donde ante una cantidad diversa de comportamientos se las etiqueta de “delito”, y lo único que tienen en común estos comportamientos es el hecho de que están criminalizados. También, argumentan que dichos comportamientos no son objetos del sistema penal, sino que son productos de éste.

Por otro lado, la ley penal apunta a criminalizar acciones basándose en argumentos de responsabilidad biológica, sin tener en cuenta que estamos en presencia de interacciones, en la que la sociedad toda es responsable. Desde la perspectiva de la responsabilidad biológica, determinados sujetos por sus características personales son propensos a cometer determinadas infracciones y se asume que el resto de la sociedad está bien y tiene que defenderse ante dichas acciones “anormales”.

Asumen, también, que la ley penal acciona selectivamente, seleccionando ciertas conductas de determinados sujetos, aquellos que se presentan más vulnerables a los procesos de criminalización. A su vez, como no puede prevenir o perseguir todos los delitos, los agentes de control y el sistema penal se dirige a criminalizar ciertos tipos de conductas, y que precisamente no son las más dañosas. Ya hemos explicitado que la ley penal y el sistema penal no cumple con sus fines declarados, desde esta perspectiva es acusado de producir y reproducir las relaciones de desigualdad propias del sistema capitalista de producción. (Lurrari, 1987:105).

El sistema penal expropia el conflicto a las partes involucradas y los construye punitivamente, el cual deja de pertenecer ahora a los protagonistas y aparecen etiquetados como “delincuente” y “víctima”. Hoy en día están en boga las ideas de solución alternativa de los conflictos sociales, en donde víctima, ofensor, y comunidad logren una negociación tendiente a la reparación, conciliación, restitución de la víctima. Dichas ideas han cobrado una importancia relevante en los últimos tiempos y están en el debate contemporáneo actual. Hablamos, por ejemplo, del proceso de pasaje de una “justicia retributiva” a una “justicia reparatoria”, que incorpora en el proceso la importancia del ofendido, de la comunidad, y del ofensor en la resolución de los conflictos, partiendo de la definición del delito como un problema de orden interrelacional. Lamentablemente, el abordaje de dichos institutos excede nuestro trabajo, pero pueden significar un interesante tema para otros trabajos y futuras reflexiones.

Sintetizando podemos decir, que la intervención punitiva no logra “resolver” los problemas sociales y la reacción penal es más una respuesta que una solución. Asimismo, como sostiene Uriarte (1999), el derecho penal no hace más que seleccionar ciertas notas del conflicto. Formas alternativas de enfrentar los problemática son posibles, y es pertinente hacer mención, como la realiza también el autor, a la “parábola” de Hulsman⁶⁰, que describe una situación problemática entre unos estudiantes que viven juntos y cada uno de ellos reconstruye de forma diferente la situación que se les presenta: uno la realiza punitivamente, otro reparatoriamente, otro terapéuticamente, otro conciliatoriamente.

Muchos son los caminos que podemos ir transitando para lograr reducir la intervención punitiva y su forma de encarar los problemas sociales. La razón crítica nos habilita a reconstruirlos y pensarlos sin la necesidad de los conceptos de pena y de delito, y generar mecanismos que permitan lograr una apertura del sistema penal a otro tipo de intervenciones no punitivas. El acercamiento a este objetivo puede ser realizado mediante varias fases en las cuales el sistema de medidas alternativas creemos, forma parte de este proceso de apertura.

Por último, si bien la perspectiva abolicionista nos invita a imaginar una sociedad en donde es posible prescindir de la reacción punitiva, no podemos dejar de tener presente que el sistema penal tiene un importante componente simbólico que, aunque mal nos pese, es una realidad. Tampoco podemos desconocer, que la cárcel en nuestro país atraviesa una crisis humanitaria importante, y que constituye un lugar donde se sigue produciendo marginación social.

Asimismo, las sensaciones de inseguridad y pedido de mayor represión también constituyen un dato de la realidad que no puede ser obviado al momento de aterrizar los proyectos alternativos. En este sentido, coincidimos con los postulados del derecho penal mínimo, de que es necesario ante la violencia estructural de los sistemas penales y la institución carcelaria, generar propuestas y acciones que tiendan a reducir los efectos y la violencia de aquellos, y abrir la cárcel a la comunidad.

Abordar el tema de las penas alternativas a la privación de libertad, implicó emprender el largo camino hacia una realidad, que si bien siempre estuvo presente desde el mismo momento que la cárcel se instala como la principal respuesta ante las situaciones problemáticas, la realidad actual nos desafía a problematizarla y asumir una postura crítica sobre un área tan compleja y poco teorizada, y que al mismo tiempo constituye para el Trabajo Social un campo de acción cargado de riesgos, así como de oportunidades y desafíos para su intervención.

La revisión bibliográfica y las entrevistas realizadas a profesionales involucrados en la temática, y su posterior análisis, nos permitieron aproximarnos a nuestro objeto y dejar planteadas algunas líneas para futuras contribuciones.

En nuestro país, no existe una implementación por parte del Estado de políticas sociales integrales que se orienten hacia profundas reformas estructurales, sino que son políticas sociales focalizadas a determinados sectores, sujetas a escasos recursos, y sujetas a no producir

⁶⁰ “Cinco estudiantes viven juntos. En un momento dado uno de ellos se lanza sobre el televisor y lo rompe; también rompe algunos platos. ¿Cómo van a reaccionar sus compañeros? Ninguno de ellos estará contento, eso se comprende por sí mismo. Pero cada uno, analizando el suceso a su manera puede adoptar una actitud diferente. El estudiante número 2, furioso, declara que él no puede vivir más con el primero, y habla de echarlo a la calle. El estudiante número 3 declara: “De lo que se trata, es de comprar un nuevo aparato de televisor y otros platos, y que él pague”. El estudiante número 4, muy afectado por lo que acaba de ocurrir, sostiene con vehemencia: “Está seguramente enfermo, hay que ir en busca de un médico, hacer que lo vea un psiquiatra, etc.”. El último arguye: “Creíamos entendernos bien, pero algo no debe marchar adecuadamente en nuestra comunidad, para que tal acción haya sido posible...Hagamos juntos un examen de conciencia”. (Hulsman, apud Uriarte, 1999:25)

desequilibrios macroeconómicos. Estas políticas de ajuste, lo único que lograron fue ampliar la brecha entre aquellos que estaban integrados al sistema y los marginados del mismo, lo que produjo grandes consecuencias en el plano social y cultural. Ante dichos problemas se envían al parlamento proyectos de leyes respondiendo a la urgencia y a la alarma social, como respuesta a los problemas económicos y sociales, con la idea que con el sólo hecho de promulgarlas bastaría para revertir la situación, y cuyo producto son leyes que no abordan las verdaderas causas de los problemas que pretenden solucionar.

Qué queremos decir con esto, que los últimos años estuvieron caracterizados por un derecho penal de la emergencia, y es en dicho contexto que aparecen la Ley de medias alternativas y la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario Uruguayo.

El escenario actual ha planteado los riesgos en los cuales han caído las penas alternativas, dado que hemos podido develar que las mismas han operado como alternativas a la libertad. De las entrevistas realizadas hemos constatado los efectos que han presentado tanto la Ley de medidas alternativas como la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario en nuestro país. En relación a la Ley de medidas alternativas, vimos que la misma ha tenido un carácter simbólico, dado que no se han generado los mecanismos institucionales para que la misma se aplique. En relación a la Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario, si bien ha generado institutos permanentes para modificar el Código Penal y el Proceso Penal, y en un principio possibilitó que se liberaran una gran cantidad de presos, logrando descongestionar el sistema carcelario, en la actualidad el número de privados de libertad se ha igualado al momento previo de aplicación de la Ley. Esto que hace suponer que se sigue abusando de la pena privativa de libertad como principal respuesta del Estado ante un hecho delictivo, y el hecho de que Ley de medidas alternativas tenga escasa aplicación creemos que también influye en este fenómeno.

Los riesgos mencionados precedentemente, deben ser problematizados por los operadores del sistema penal, en el entendido de que nuestras intervenciones no apunten simplemente a disciplinar legalmente a aquellos sujetos catalogados como “criminales”. Asimismo debe ser problematizada, también, la intervención profesional orientada al fin terapéutico y rehabilitador, aunque sea fuera de los muros de la cárcel, y orientarla hacia una intervención que ponga el acento sobre los derechos, ya que poniendo el énfasis en las penas alternativas simplemente como bien o como beneficio para ciertos sujetos, se legitima ese pasaje de corrección pedagógica, propia de la corriente positivista, hacia “lo social”, corriendo el riesgo de continuar reproduciendo la función de manipulación y de control. En este sentido, se hace imperante oponernos a toda tentativa de ampliación de las redes penales, y proponer siempre que sea posible, formas alternativas de atender los problemas sociales. Debemos insistir en que la intervención punitiva y principalmente la cárcel, no hacen más que producir y reproducir los problemas que supuestamente deben resolver. Ya es sabido que las cárceles más allá de afectar a los sectores más desfavorecidos de la población constituyen, utilizando un término de Wacquant (2000), máquinas de pauperización.

Las penas alternativas se transforman, por lo tanto, en un espacio que posibilita a los operadores sociales a trabajar en la dirección que mencionábamos precedentemente, reconstruyendo la historia de vida de los sujetos, estableciendo los cuadros de vulnerabilidad que los derivó a ser criminalizados y seleccionados, minimizando la violencia de la intervención punitiva, y siempre con una postura crítica ante ésta. Y teniendo en cuenta que, si bien las penas alternativas implican una sanción que evita los efectos deteriorantes del encierro y que apuntan a no aislar al sujeto de su contexto familiar y comunitario, diferenciándose de un control social orientado exclusivamente a la defensa de la sociedad, no dejan de ser estrategias de control social, y ya hemos visto en otros capítulos los riesgos que implican la opción por penas alternativas si dicho campo no es teorizado y estudiado con exhaustividad.

Creemos importante incorporar para los procesos de intervención del Trabajo Social y como complemento de la misma, los aportes críticos de las ciencias sociales y de la criminología crítica, que permiten develar la verdadera esencia del fenómeno de la criminalidad y de la acción de los sistemas penales, teniendo en cuenta que constituye un espacio de intervención profesional. El aporte de la criminología, en sus versiones más críticas, permite enriquecer el abordaje de dicha problemática, así como el ámbito de las penas alternativas presenta para los operadores del sistema penal, y particularmente para el Trabajo Social, un escenario que-si bien presenta riesgos- también está plagado de oportunidades y desafíos para la intervención profesional.

Para lograr superar las concepciones de la corriente criminológica tradicional, aquella que realiza un análisis clínico del fenómeno criminal, es posible orientar la intervención hacia mecanismos que posibiliten reducir la vulnerabilidad de los sujetos con los cuales trabajamos e intervenir para mantener en vigencia sus derechos, apuntando a una reconstrucción de su vida, en donde la infracción sea considerada dentro de una etapa personal, individual, y no ya como una conducta “desviada”.

Para lograr esto, se hace imprescindible asumir una postura teórica metodológica crítica que nos permita pensar la intervención profesional despojándonos de las ideas de delito y de pena desmitificando la figura del “delincuente”, y teniendo en cuenta también que aquellos conflictos sociales tipificados como delitos por las leyes penales, no son tan distintos de aquellos que quedan afuera de la construcción punitiva. Es por eso que se hace fundamental pensar en una construcción alternativa de los conflictos sociales, logrando identificar el espacio social de producción de los mismos y no simplemente su manifestación; esto nos permite captar las diferencias que existen entre ellos y plantear alternativas y diversas formas de abordaje que permitan aprehender la particularidad de los mismos.

Como oportunidad para la profesión, se hace necesario, como establece la asistente social entrevistada, propiciar la búsqueda de alternativas para hacer frente a la cuestión criminal, estableciendo una discusión abierta en torno a la temáticas, sistematizando y colectivizando las distintas experiencias de la profesión en el campo de las penas alternativas, ya sea dentro del colectivo profesional, o con las distintas experiencias ya existentes en el área. Así como, generar desde el Trabajo Social estrategias de acercamiento de la cárcel hacia la sociedad mediante proyectos encarados creativamente, evitando que la cárcel siga constituyendo algo “diferente” y opuesto a la comunidad.

Asimismo, propiciar la búsqueda constante de nuevas estrategias de abordaje de los procesos familiares, ampliando los sujetos de acción profesional, y sobretodo apuntando al trabajo interdisciplinario.

Por último, consideramos de suma importancia continuar con el debate en la línea de los diferentes procesos que contribuyan a desinflar la acción de los sistemas penales y estudiar las potencialidades que puedan tener para afectar la pena privativa de libertad, procesos tales como la descriminalización, despenalización, deslegalización, que instalan formas alternativas de control social y que son apreciados como caminos hacia una reducción de la intervención punitiva para resolver los problemas sociales, así como también estudiar las diversas imbricaciones entre el sistema penal y la intervención asistencial, y otros posibles escenarios que podamos evidenciar en relación a la reorganización del control social en la sociedad contemporánea, lo que podría ser estudiado en futuras contribuciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Uría, Fernando-“Sociologías de la cárcel”-En: Cuaderno de Cárcel. Compiladores: Mary Ana Beloff, Alberto Bovino, Christian Courtis. E.d. La Galera, Bs. As, 1991.
- Baratta Alessandro-*Criminología Crítica y Crítica Del Derecho Penal. Introducción a la sociología juridico-penal*. Siglo veintiuno editores argentina, 2002.
- Barran, José Pedro-*Historia de la sensibilidad en el Uruguay. Tomo 2. El disciplinamiento (1860-1920)*. Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1993.
- Bustos, Juan-“Alternativas a la Prisión”. En: I Seminario sobre cárceles. ¿Un quehacer de todos? Intendencia Municipal de Montevideo, 19 y 20 de setiembre de 1994.
- Cairolí, Milton.-*El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Tomo I. La Ley-El Delito*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- Castelli, Silvia, De Martino, Mónica-“Trabajo Social y Sistemas Penales. Un antiguo problema y su nuevo escenario”.En: Demandas y Oportunidades para el Trabajo Social. Nuevos Escenarios y Estrategias. V Congreso Nacional de Trabajo Social, Montevideo, Uruguay 5 al 7 de agosto de 1993, Ed. Eppal.
- Cervini, Raúl. *Los procesos de descriminalización*. Editorial Universidad Ltda., segunda edición, Montevideo, 1993.
- De Martino, Mónica, Gabin, Blanca. *Hacia un enfoque integral de la minoridad infractora*. Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1998.
- Fernández, Gonzalo-“Crisis de la prisión y medidas alternativas”. En: La Justicia Uruguaya, Tomo 111, 1995.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno editores. Decimocuarta edición en español, 1988.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores. Décimo séptima edición en español, primera reimpresión en argentina, 1989.
- García Méndez, Emilio- “Derecho de La Infancia –Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral” Ediciones Forum Pacis, con el apoyo de UNICEF-TACRO, Santa Fé de Bogotá, D.C., Colombia, 1994.

- ◊ Curso General. “Tiempo, dominación y libertad”. “Pena y Estructura Social. La evolución histórica de los sistemas punitivos”, 17 de abril de 2006. En: http://www.institutoarendt.com.ar/salon/García_Méndez_Pena_estructura_social.pdf
- González Harker, Luis Jorge. “Situación penitenciaria y pena privativa de libertad”. Trabajo de Grado para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Santa Fe de Bogotá, 2000.
En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>
- Grezzi, Ofelia. *Prólogo del libro Los Confines de la Cárcel*, de Massimo Pavarini, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, Uruguay, 1995.
- Landeira, Raquel. “Régimen vigente sobre las medidas sustitutivas a la prisión preventiva. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3. Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- Landeira, Raquel, Scapusio, Beatriz-*Sistema Penal. Revisiones y Alternativas*. Carlos Álvarez Editor, 1997.
- Lurrari, Elena-*La herencia de la criminología crítica*. Siglo veintiuno editores, segunda edición en español, 1992.
 - ◊ “Abolicionismo del Derecho Penal: Las propuestas del Movimiento Abolicionista”. En: Poder y Control, N°3, 1987 (La cárcel: Entre la utopía y la realidad)
- Malet, Mariana-“Las alternativas a la prisión preventiva, análisis pormenorizado de las medidas previstas en el art. 3°”. AAVV. *Medidas Alternativas. Discusión y análisis de la Ley N° 17.726 de 26/XII/2003*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
- Matthews, Roger-“Descarcelación y Control Social: Fantasías y Realidades. En: Poder y Control, N°3, 1987 (La cárcel: Entre la utopía y la realidad)
- Melossi, Darío; Pavarini, Massimo-*Cárcel y Fábrica, los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Siglo Veintiuno editores (México, España, Argentina, Colombia), segunda edición en español, 1985.
- Modona Neppi, Guido. *Presentación del libro Cárcel y Fábrica* de Melossi, D. y Pavarini, M. Siglo Veintiuno Editores (México, España, Argentina, Colombia), segunda edición en español, 1985.
- Niño, Luis-“La crisis del modelo socioeconómico y la función de la cárcel en este contexto”. En: IV Seminario Sobre Cárcel. El fracaso del sistema penitenciario actual. Realidad y reformas urgentes. Serpaj, Konrad-Adenauer Stiftung, 2003.

- Otonelli, Francisco José-“El sistema penitenciario Uruguayo”, AAVV *El Uruguay de los 90: Entre políticas sociales y políticas criminales*. Orientación y dirección técnica Carlos E. Uriarte. Montevideo, Uruguay, IELSUR, 1997.
- Pavarini, Massimo-*Los Confines de la Cárcel*. Carlos Álvarez editor, Montevideo, Uruguay, 1995.
- Roballo, Juan Andrés-“Proceso Penal y Sistema Penal”, AAVV. *El Uruguay de los 90: Entre políticas sociales y políticas criminales*. Orientación y dirección técnica Carlos E. Uriarte, Montevideo, Uruguay, IELSUR, 1997.
- Rodríguez, María Noel-“Los caminos a la salida de la superpoblación carcelaria”. En: <http://www.espectador.com/nota.php?idNota=91670>.
- Uriarte, Carlos-*Vulnerabilidad, Privación de Libertad de Jóvenes y Derechos Humanos*. Fundación De Cultura Universitaria. 1era edición, julio 2006. Montevideo, Uruguay.
 - ◊ *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción. Un Programa Mínimo de Contención y Límites al Sistema Penal (las Penas de los Jóvenes)*. Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1999.
 - ◊ “Panorama de los discursos punitivos en el Derecho Positivo Uruguayo”. AAVV. *El Uruguay de los 90. Entre Políticas Sociales y Políticas Criminales*. IELSUR, Montevideo, 1997.
 - ◊ “Alternativas a la privación de libertad: Enfoque Político Criminal”, AAVV. *Medidas Alternativas Discusión y análisis de la Ley N°17.726 de 26/XII/2003*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
 - ◊ “Una ventana a nuestra historia penitenciaria: artículo 26 de la Constitución de Nacional”, *Revista de Ciencias Penales* N° 2, 1996
- Verona Martínez, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Editorial COMARES, Granada, 1998.
- Wacquant, Loic. *Las cárceles de la miseria*. 1ª .ed 2ª reimp.-Buenos Aires: Manantial, 2004.
- Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alenjandro-*Manual De Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar, primera edición, 2005. Buenos Aires, Argentina.
 - ◊ *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
 - ◊ “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo” En: Cuaderno de Cárcel. Compiladores: Mary Ana Beloff, Alberto Bovino, Christian Courtis. E.d. La Galera, Bs. As, 1991.

- ◊ “La cárcel. Abordaje Histórico Filosófico”. En: I Seminario sobre cárceles en el Uruguay. ¿Un quehacer de todos? Intendencia Municipal de Montevideo 19 y 20 de setiembre de 1994.
- ◊ *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Fuentes Documentales

- Diario N° 3118 de 14 de mayo de 2003 de la 16ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N° 3122 de 4 de junio de 2003 de la 20ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>.
- Diario N° 3123 de 10 de junio de 2003 de la 21ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N° 3125 de 17 de junio de 2003 de la 23ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N° 3133 de 9 de julio de 2003 de la 31ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N° 310-Tomo 420 de 10 de diciembre de 2003 de la 68ª Sesión de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N° 3273 de 27 de julio de 2005 de la 36ª Sesión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay: En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- Diario N°44 de 7 y 8 de setiembre de 2005 de la 43ª Sesión de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay. En: <http://www.parlamento.gub.uy>
- SERPAJ-Informe realizado para el IV Seminario sobre Cárceres: “El fracaso del Sistema Penitenciario Actual. Realidad y Reformas urgentes”. Se expone el resultado de las visitas realizadas por la institución en el año 2003 a centros carcelarios de todo el país. Autores: integrantes del equipo de Derechos Civiles y Políticos de Serpaj, integrado por los Dres. Ariela Peralta y Guillermo Payseé y la Proc. Graciela Romero. En: <http://www.serpaj.org.uy>