

Las paradojas en el sistema penal

El debate sobre la despenalización y las
medidas alternativas en los Países Bajos

**René van Swaaningen y
Jolande uit Beijerse.**

Profesores de Derecho Penal & Criminología.
Erasmus Universiteit Rotterdam.

Introducción

El término *penología* está formado por una combinación de la palabra latina *poena* y la palabra griega *logos*, y literalmente significa el discurso sobre el castigo. Esto no parece algo digno de mención. Sin embargo, se vuelve más interesante cuando nos damos cuenta de que esta misma palabra, *castigo*, es utilizada en los sistemas legales continentales para indicar el área del derecho que tiene que ver con problemas sociales etiquetados como criminalidad: *derecho penal*, *droit pénal* en lenguas latinas, o *strafrecht*, *straffer ett* en idiomas germánicos. Esto es sin duda notable debido a que es la única área del derecho cuyo nombre no habla del objeto del que trata en contraposición a las tradiciones del derecho consuetudinario, donde uno habla de *criminal law*, sino

de una forma específica de reacción represiva. De esta manera los sistemas de justicia criminal continentales, por decirlo así, revelan una obsesión punitiva. El castigo es sin duda todavía la primera reacción del sistema y no el pretendido *ultimum remedium*, desde el momento en que los medios de resolución extrajudiciales y no carcelarios son justamente aquellos llamados *alternativos*. En realidad, deberíamos abstenernos de usar las palabras *penal* o *penología* si queremos hablar de respuestas no punitivas al delito. Nuestro lenguaje no nos permite sin embargo referirnos a dichos asuntos en otra forma que no sea usando prefijos negativos.

La racionalidad de la sanción penal ha sido maravillosamente descripta por Bertolt Brecht en su Opera de Dos Centavos: "*Der Mensch ist gar nicht gut. D'rum hau ihn auf den Hut. Hast du ihn auf den Hut gehaut. Dann wird er vielleicht gut.*" ("El hombre es realmente malo. Entonces golpéalo en el sombrero. ¿Lo has golpeado en el sombrero? Quizás no será malo por mucho tiempo más.").

En esas líneas poéticas, la tensión inherente del derecho penal sale a la superficie. En la así llamada teoría penal unificada, el derecho penal no solamente pretende *golpear a la gente en el sombrero*, sino también *hacerla menos mala ...nemo prudens punit quia peccatur, sed ne peccetur*. Pero, ¿quién dice que alguien mejora si se le golpea en el sombrero..? Los estudios empíricos no ofrecen mucho apoyo a la idea de que las sanciones penales poseen las

funciones declaradas de prevención o disuasión.

Cuando tratamos las regulaciones del actual sistema de sanciones penales, hablamos de *derecho penitenciario* y éste es además otro nombre erróneo, en tanto la palabra latina *penitus* habla de las motivaciones internas de la persona de cambiar su actitud, y no refiere a las reacciones externas de alguna institución anónima. A pesar de la relación que algunos quakeros de Walnutstreet vieron entre las dos, podemos concluir hoy día que nada es más efectivo para matar cualquier sentimiento de arrepentimiento o de pesar que imponer a alguien de por vida el estigma de la cárcel. Lo máximo que podemos decir en lo que a esto respecta es que parece haber una tensión entre el hecho de recibir un castigo de un cuerpo anónimo con el cual no se tiene mayor relación afectiva, y la habilidad de aprender algo positivo del mismo.

La cuestión que nos gustaría plantear en este artículo es, si, y en tal caso cómo, las sanciones alternativas y las formas extrajudiciales de resolución de los problemas pueden ofrecer una vía alternativa en la que se limiten las contradicciones entre los objetivos, quizá contradictorios, del derecho penal. Para entender cómo surgió el discurso sobre las alternativas a la custodia, primero veremos algunos desarrollos de la esfera penitenciaria en las últimas décadas, específicamente con respecto al principio de resocialización.

Pensamientos del *Utilitarismo* sobre la encarcelación y el principio de la *Resocialización*.

La idea de rehabilitación, o *resocialisatie* como en realidad se la llama en holandés, ha sido vista como uno de los *objetivos* centrales del castigo desde hace mucho tiempo. El modo en que se ha interpretado la resocialización, sin embargo, cambió bastante a través de los años. En la tradición de las casas de corrección del siglo diecisiete, la resocialización se consideraba basada en *acostumbrarse al trabajo y al orden*. En 1823 se fundó la sociedad holandesa para la mejora moral de los presos el predecesor del presente servicio de probation. La educación bíblica de los internos fue un medio para lograr su mejora moral; la rehabilitación estuvo ahora también vinculada con llevar no solamente una vida laboriosa, sino también austera y temerosa de Dios.

Una de las peculiaridades del sistema de justicia criminal holandés es que está, en comparación con otros sistemas continentales, bastante influenciado por la Escuela Moderna de ciencias penales integradas. En los inicios del siglo veinte, el concepto de retribución ya no era en general considerado como una legitimación suficiente del castigo, y prevalecieron las teorías orientadas hacia la prevención general y especial. El fin orientador de la Escuela Moderna ha hecho de la justicia criminal holandesa un sistema no tan guiado por un principio rector, sino más bien por el pragmatismo. El teórico italiano Luigi Ferrajoli

distingue dos caminos que pueden tomar las consideraciones pragmáticas sobre la penalidad: 1) una maximización de la utilidad para la mayoría, implicando mínimas garantías para la minoría; o 2) un mínimo sufrimiento para la minoría, con máximas garantías contra la mayoría (Ferrajoli, 1986, p.33). El caso holandés puede verse como un ejemplo de esta segunda dirección. Tal interpretación pragmática del concepto de rehabilitación produjo una influencia mitigante en el desarrollo del sistema de sanciones; por ejemplo se estableció un sistema de condenas suspendidas y de libertad condicional en 1915.

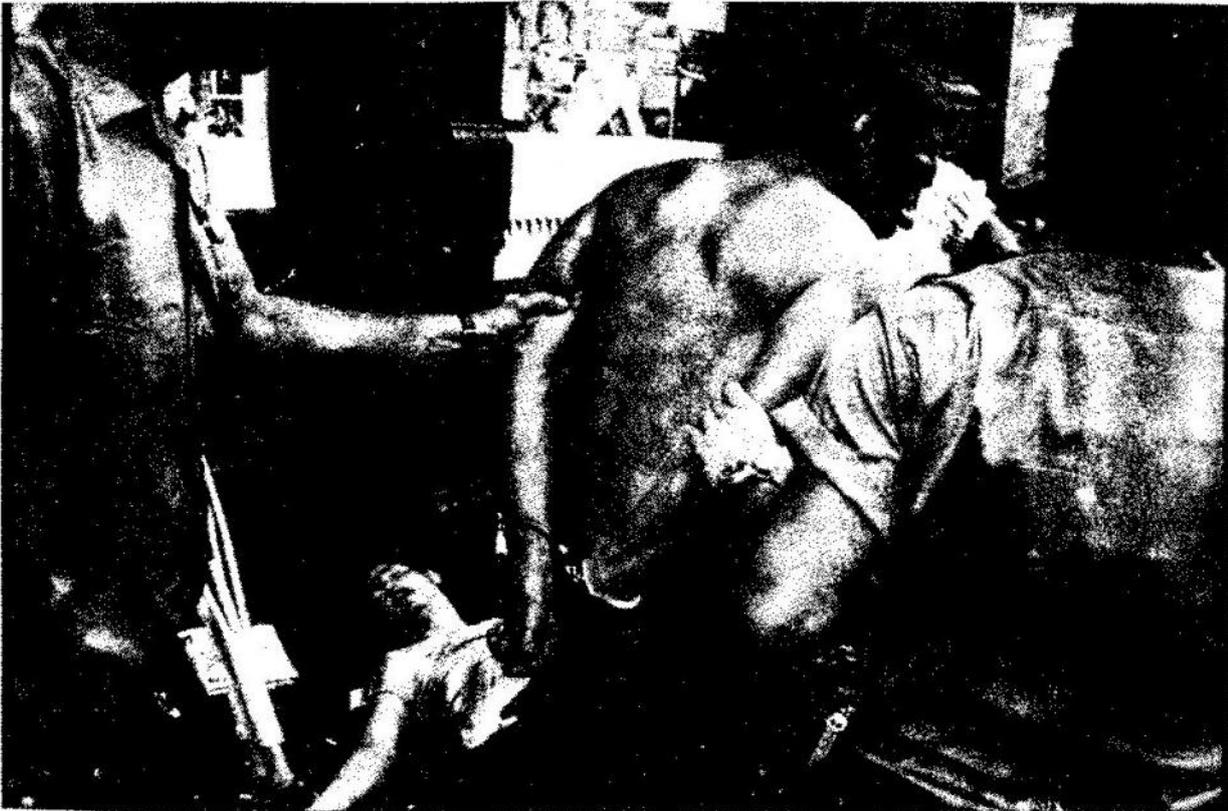
La ambigüedad de la racionalidad penal, como se muestra en el poema de Bertolt Brecht, se hizo particularmente visible cuando después de la segunda guerra mundial la resocialización se introdujo formalmente como un principio guía de la privación de la libertad. El párrafo 26 del Acta de Principios Penitenciarios de 1951 dice lo siguiente: "*Bajo el mantenimiento de la naturaleza del castigo (...), la ejecución de la condena debería preparar al reo para su regreso a la sociedad.*" La primera parte de este párrafo había sido una enmienda de los parlamentarios demócrata-cristianos quienes temían que si el elemento retributivo era abandonado, la cárcel perdería su función de prevención general. El establecimiento de esta última parte del párrafo, el verdadero principio de resocialización, puede explicarse de diferentes maneras. En la tradición de una visión optimista de progreso en la historia, podemos verlo como

un acto de humanismo después de la experiencia de la dominación nazi. La gente ha aprendido de esta experiencia con un sistema autoritario que la *peligrasidad social* es una legitimación tramposa de la intervención penal, porque virtualmente no tiene límites. Desde una visión más materialista de la historia, puede verse como un interés propio bien entendido, basado en el conocimiento de los efectos dañinos que la detención tiene para el delincuente, -efectos que no pueden considerarse como una protección de la sociedad a la que va a regresar-. Todo el mundo va a regresar a la sociedad en un momento dado, pues los Países Bajos desconocen la pena de muerte desde 1860, y, de facto, ninguna cadena perpetua. Este reconocimiento bien podría haber sido todavía otra importante razón por la cual, hasta ahora, los jueces holandeses no usaron tan a menudo la noción de *protección pública* como motivo para imponer condenas de prisión largas.

Los medios para concretar el principio de resocialización de la ley de 1951, fue el reemplazo del sistema celular por un régimen *comunal limitado* p.ej. un preso por celda, con actividades comunales fuera de ella (Franke, 1990, 1992); la organización de diversos cursos educacionales; actividades de trabajo social y *ayuda* psiquiátrica; y la formulación de algunos de los *derechos y problemas* básicos de los detenidos. La escuela ético-humanista de Utrecht de ciencias penales ha jugado un papel importante en este desarrollo hacia la rehabilitación como principio básico de la detención,

con las propuestas concretas que formularon a este respecto. Pero quizás su influencia fue aún más fuerte debido a la amplia receptividad que encontró entre las autoridades judiciales su idea de que los presos debían, primero y principalmente, ser comprendidos y *tratados* como cualquier ser humano y no como *desviados* (Cf. de Haan, 1990, pp. 6482). En 1977 un procedimiento formal de quejas en el Acta de Principios Penitenciarios (par.5158) *completó* un sistema bastante independiente de reclamos de presos (Kelk, 1991). Gradualmente, una nueva *ofensiva civilizatoria penitenciaria*, para usar las palabras de Herman Franke, (Franke, 1990, 1992) tuvo el éxito de presentar la idea de que el mejor modo de preparar a un convicto para su regreso a la sociedad sería sólo limitando sus libertades y derechos a lo estrictamente necesario para la ejecución de la condena de prisión. Todo esto hizo que los Países Bajos experimentaran un período de descarceración de 1950 a 1975 (Rutherford, 1986; Downes, 1988).

A pesar de todas las buenas intenciones, la resocialización no pareció realmente tener *éxito*. Al menos esta fue la conclusión gubernamental cuando al final de los años setenta las tasas de encarcelación empezaron a aumentar nuevamente en una medida que sería, al igual que lo fue una vez la descarceración, inigualada en Europa: se multiplicó más de tres veces en un período de quince años. Las razones del crecimiento continuado de las tasas de encarcelación pueden, sin embargo, difícilmente deberse a un *fracaso* del princi-



pio de resocialización. Las razones más importantes para el crecimiento son de distinta naturaleza. En primer lugar, los jueces comenzaron a imponer condenas largas de tipo *no holandés* debido casi exclusivamente, a una *guerra contra el tráfico de drogas* al estilo americano. Sin embargo, en números absolutos, hay menos población carcelaria y las posibilidades de que un proceso llegue a una sentencia condenatoria de prisión, ha disminuído. Un segundo cuello de botella importante del problema de la capacidad es la prisión preventiva, y hay buenas razones para creer que la interpretación de las bases para dictar prisión preventiva (arts. 67 & 67a del Código de Procedimiento Criminal) se han vuelto más amplias. (Cf. de Haan & Verpalen, 1989, pp.53 & 83). Volveremos a este tema más adelante. En tercer lugar, debemos notar que las crecientes

tasas de delito se han presentado como una razón para incrementar la capacidad carcelaria. Pero esta explicación debe rechazarse por inadecuada, en tanto sólo la duración de las condenas ha aumentado, y no el número de sentencias. En todo caso, la investigación criminológica nos muestra que las tasas de encarcelación y las de delito rara vez tienen una directa relación causal (de Haan, 1990, pp.346).

Con respecto al alegado *fracaso* de la idea de rehabilitación, debemos más aún reconocer que no son tanto los esfuerzos que ha emprendido un staff carcelario benigno, lo que ha bloqueado la reintegración de los convictos, sino las obsesiones punitivas de la *sociedad* en sí misma. El verdadero *castigo* comienza después de recuperar la libertad; -ej. cuando no se encuentra casa, empleo o seguro, cuando se encuentran ro-

tas las relaciones afectivas, etc-. Las razones más importantes del fracaso en la reducción de la reincidencia deben buscarse en la carencia de básicas ataduras materiales a la sociedad.

Las propuestas de políticas de 1982 llamadas *Tareas y Futuro del Sistema Carcelario de los Países Bajos* (Ministerio de Justicia, 1982), tenían un tono menos optimista que las previas. El mismo núcleo de la privación de libertad fue gradualmente reconocido como el principal obstáculo para la rehabilitación. Este reconocimiento llevó a una formulación más bien extraña de nuevos objetivos políticos. Hubo, junto con 1) una interpretación más pesimista del anterior objetivo de preparar al detenido para su regreso a la sociedad, 2) una humanización de las condiciones de detención; y 3) una limitación de los daños causados por la reclusión. El documento fue bien intencionado, pero la lógica se parece un poco a la idea de que la higiene constituye el propósito central del hospital. Los medios para dar forma a esta interpretación más modesta de la resocialización son: 1) regionalización (la detención debería producirse lo más cerca posible de la casa del preso); 2) graduación de la detención (en el curso de la custodia, el detenido va siendo transferido gradualmente a regímenes más *abiertos*) y, 3) la creación de regímenes especiales para grupos problemáticos ej. drogadependientes, enfermos mentales, etc. (Kelk, 1991).

Al día de hoy, las esperanzas de concretar al menos estos objetivos políticos

no pueden ser muy grandes. En los inmensos gastos en la construcción de prisiones durante los años ochenta, la cantidad fue más importante que la calidad. En la última década los Países Bajos se movieron consistentemente hacia una política penitenciaria legitimada numéricamente, en la que cuentan en realidad sólo consideraciones administrativas. En política, tanto la izquierda como la derecha se refieren a los así llamados años *permissivos* de los sesenta y los setenta sólo con profundo desprecio: la protección es vista como consentimiento. Los remedios *blandos* están *fuera*, el castigo está *dentro* (van Swaaningen et al. 1992). Hablando en los términos de David Downes (1988, pp.163), debemos concluir que la *duración de la encarcelación* ha aumentado, en tanto la proverbial tolerancia holandesa le dió el lugar a la indiferencia. Por otro lado, la relativa informalidad del sistema de justicia criminal se acerca peligrosamente a un autoritarismo liberal. (Cf. Ferrajoli, 1986). Mirando la actual política penal holandesa, solamente nos podemos deprimir bastante por la complacencia burguesa de los políticos, la poca profundidad de sus argumentos y el cinismo populista de la ideología propia de la actual orientación que inhabilita supuestos grupos *problemáticos*.

Quizás estemos enfrentando el pesado efecto de un progreso inicial propio de planes reduccionistas de décadas anteriores. (Rutherford, 1986, pp.136).

Al mismo tiempo que comenzó la expansión del sistema carcelario, se introducían distintas sanciones alternati-

vas. Podemos distinguir en los desarrollos de la última década que el foco central de la rehabilitación ha cambiado. En efecto, podemos trazar una línea desde las discusiones sobre la resocialización de los tempranos años cincuenta, hasta los ochenta se desarrollaron sobre las sanciones alternativas. Dada la preminencia que actualmente se otorga a este campo alternativo, queremos investigar si este desarrollo podría también servir como medio para rechazar la centralidad del pensamiento punitivo sobre el delito.

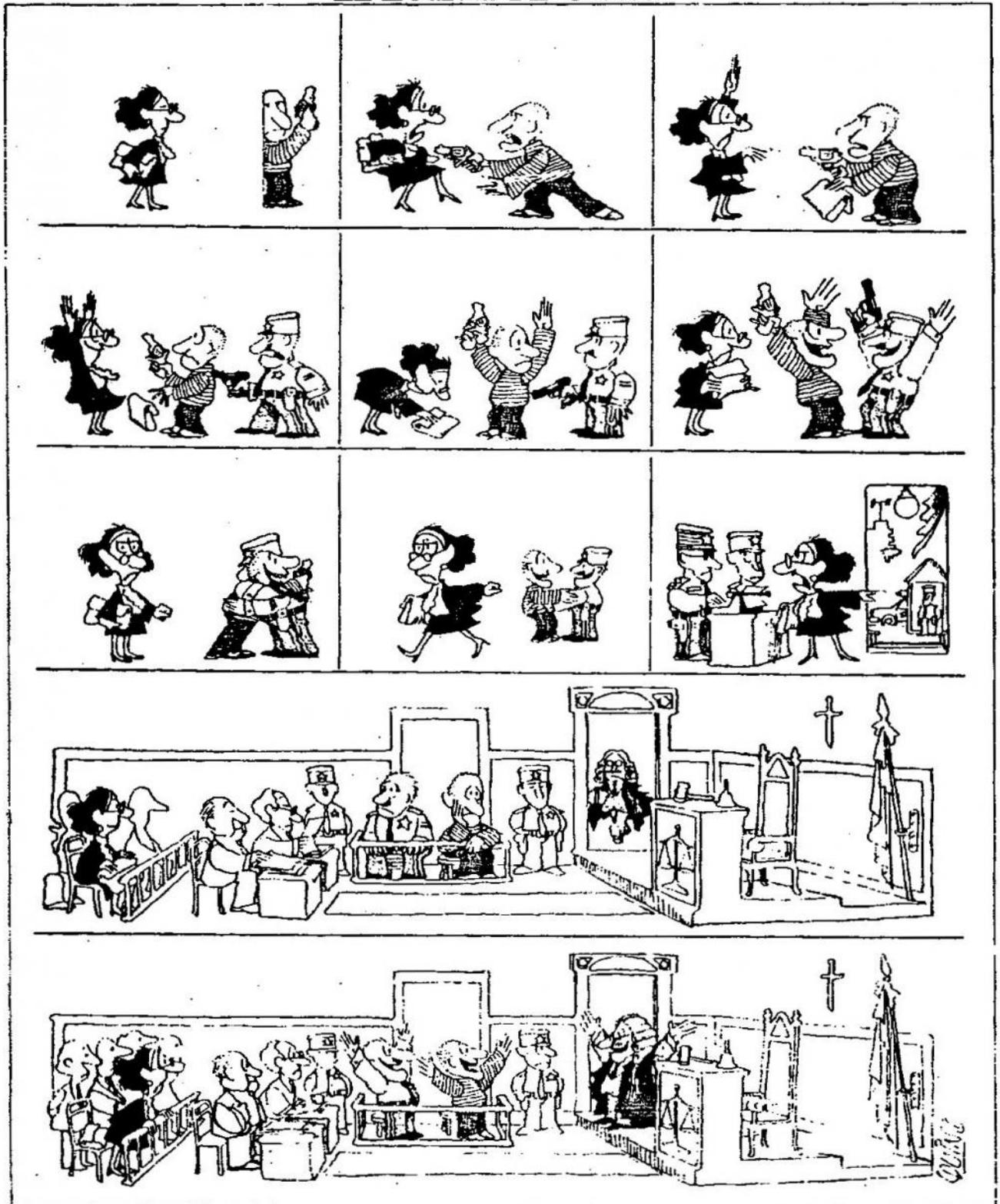
La aparición de alternativas a la cárcel como intento de despenalización

En los años setenta, la idea de rechazar condenas de prisión más cortas se vuelve un tema común. En un principio, los abolicionistas comenzaron a buscar como posibles alternativas modelos típicos ideales de reparación en lugar de los modelos retributivos de justicia, basados en gran parte en el debate sobre la justicia informal (Bianchi, 1986, Larrauri, 1987) cuyo eje plantea que para hacer un enfoque completamente social del problema del delito, uno no debería orientarse demasiado hacia el sistema de justicia criminal y sus regulaciones abstractas, sino más bien centrarse en las posibilidades extrasistémicas de regulación de conflictos. Este planteo tuvo un gran impacto especialmente en el *servicio de probation* (Cf. Janse de Jonge, 1992, p.119). Las primeras expresiones concretas de tales ideas en la práctica estuvieron dirigidas a *desviar* casos

delictivos de los estadíos más tempranos posibles del proceso penal, con miras a rechazar los efectos estigmatizadores del juicio y la cárcel, y de ese modo las chances de reincidir. La naturaleza del sistema de justicia criminal holandés está particularmente preparada para desviar casos en las distintas etapas del proceso. El sistema es de tipo inquisitorio pero se aplica con el *principio de oportunidad*, otorgando amplios poderes discrecionales a distintos funcionarios. Es esta característica la que permite a los jueces holandeses tratar los casos de manera bastante informal.

Esta informalidad puede verse por supuesto como un indicador cultural de la enorme credibilidad en las buenas intenciones de las autoridades y en el sistema legal: no hay país en el que la gente parezca creer tanto en sus dirigentes y jueces como los Países Bajos. La sensación que prima generalmente se siente es que la aplicación real de cualquier sistema estatal regulatorio es tan razonable que difícilmente uno pueda oponerse a él. El jurista chileno Sergio Politoff presenta la creación del modelo liberal-democrático holandés en las postrimerías de la década de 1980, y su forma de evolución, como un ejemplo positivo de una codificación basada en el principio de legalidad, aplicado pragmáticamente con un principio de oportunidad controlado por el Parlamento. En las palabras del principal redactor del código penal holandés, Modderman -acerca de que el *remedio* de la intervención penal nunca debería ser peor que la *enfermedad* del delito, sino que

EL HUMOR DE QUINO



debería, por el contrario, ser de un nivel moral más elevado-, Politoff observa el comienzo de una tendencia hacia el fuerte movimiento descriminalizador de la Holanda de hoy (Politoff, 1989). Esta orientación minimalista orientada a establecer "*límites del dolor*" tuvo su esplendor en los años setenta, cuando el garantismo legal era la rama más influyente de la teoría legal.

En los Países Bajos, sin duda existe tradicionalmente más de una razón para confiar en el estado, considerando la larga tradición democrática, el relativamente estable estado benefactor y la amplia gama de legislación orientada a la protección de los menos privilegiados -especialmente con las leyes de seguridad social, laborales o de vivienda-. Esto ha alentado una cultura legal basada en la política y la negociación (Blankenburg & Bruinsma, 1991). Sin embargo, se mantiene la percepción de que este sistema holandés razonable e informal existe como consecuencia de los encargados de su aplicación, y que por lo tanto podría resultar desastroso en otros países. Por tales razones es bastante entendible que una aplicación estricta del principio de legalidad sea promovida en los países del sur de Europa (ej. Ferrajoli, 1986) donde, por razones históricas, la confianza en las buenas y democráticas intenciones de las autoridades es muy baja. Al respecto subsiste, no obstante, en los pueblos del norte la interesante pregunta acerca de la aparente mayor confianza merecida por los políticos que hacen las leyes respecto a los jueces que las aplican.

La interpretación que se da en Holanda al *principio de oportunidad* permite a la policía, a la fiscalía y a las autoridades judiciales suspender y retirar casos por consideraciones tanto técnicas -ej. falta de pruebas- como políticas, en todas las fases del proceso penal. Debemos enfatizar a este respecto que el fiscal tiene en los Países Bajos una extraordinaria posición central en el proceso penal. Maneja tanto la supervisión de las investigaciones policiales como la ejecución de las sanciones; determina si un caso es llevado a la Corte y cómo; y aún tiende a adoptar un rol casi judicial juzgando si varios acuerdos son suficientes para prevenir una prosecución posterior (Downes, 1988, pp.131). Bottomley entiende a la "*medida en que los fiscales utilizan su discrecionalidad para renunciar a la prosecución formal*", como una "*deliberada política de alternativización*", y una "*característica particularmente saliente de la práctica penal holandesa*" (Bottomley, 1986, p. 203). Es esta *alternativización procesal* la que ha sido más frecuentemente aplicada en Holanda. Sin embargo, hay un indirecto control parlamentario sobre estas decisiones, en tanto el ministro de justicia es responsable por la política general (par.5 Ley sobre Organización Judicial). A pesar de que las recientes consideraciones políticas indican una orientación diferente, la interpretación jurídica general del principio de oportunidad en los Países Bajos es que no se da ninguna prosecución penal a menos que haya un claro interés público. En cada fase del proceso existe también la

oportunidad de relacionar una decisión de no proceder penalmente con ciertas condiciones que posibilitan a las partes solucionar los conflictos de un modo no penal (Blad, 1988).

En 1979 la Liga Holandesa para la Reforma Penal, la *Coornhert Liga*, organizó una conferencia sobre *Alternativas*, en la que fueron analizados los *pro* y *los contras* de tal enfoque. Los principales *pros* de una alternativa anticipada al sistema penal se vieron en la relativa inmediatez de la respuesta, el espacio abierto que le dejaba a medios más bien informales de acuerdo, y la prevención ya mencionada de una gran cantidad de efectos estigmatizadores del juicio penal y el encarcelamiento. Como mayores *contras* del modelo de alternativas, y sin duda de la introducción de las alternativas como tales, se mencionaron el posible aumento del control social, sus efectos de expansión cuadrangular y dilución reticular, con el riesgo de convertir la sociedad misma en una "*ciudad punitiva*" (Cohen 1979) y la limitación de las garantías legales para el acusado (Coornhert Liga, 1980).

El peligro de la absorción de las alternativas dentro de la racionalidad penal

Las discusiones sobre una política real de alternativas a la cárcel se mantuvo bastante pobre en los años setenta. La idea de que Holanda sería *pionera* en el campo penal debe ser a este respecto por lo menos falseada. En 1974, un Comité Gubernamental (van Andel) apun-

tó a investigar posibles alternativas para lograr condenas de prisión más cortas. El único *deus ex machina* que este Comité ofreció después de cuatro años de estudio intensivo fue el "*trabajo gratuito para interés público*" mejor conocido como servicio comunitario el cual se aplicaba ya por entonces en muchos países europeos. El informe de este comité fue bienvenido por el Ministro de Justicia como una contribución para resolver la "creciente" escasez de celdas carcelarias la cual fue en realidad generada en gran parte por el cambio en la política condenatoria respecto a los delitos relacionados con drogas. Y en una fase experimental, que comenzó en 1980, el servicio comunitario fue también tratado como una alternativa a las multas.

En 1984 el grupo de estudio sobre los experimentos con el servicio comunitario (comité van Buuren) aconsejó al ministro de justicia imponer el decreto sobre servicio comunitario como una forma central de castigo en el Código Penal, (par.9) en lugar del modelo de alternativas que hasta ese momento en general se aplicaba. Su consejo fue una copia exacta de las conclusiones del informe del departamento de investigación del Ministerio de Justicia, en el que se presumían implícitamente los "éxitos" del servicio comunitario (Bol & Overwater, 1984). Consideraciones instrumentalistas de administración sobre la "efectividad" habían alejado ya entonces cualquier discusión escrupulosa acerca del propósito y las limitaciones del servicio comunitario.

En 1984, los "hallazgos" del comité

van Buuren fueron fuertemente criticados, por la misma Coornhert Liga que en 1979 se pronuncia cautelosamente a favor del modelo de alternativas. Si el servicio comunitario tiene que introducirse en el Código Penal, debería, de acuerdo con la Liga, reunir al menos ciertos requisitos. Después de haber probado los criterios para tener éxito (fundamentalmente el recemplazo concreto por condenas de prisión más cortas y la salida incondicional del sistema de justicia criminal), la Liga concluye que ese servicio comunitario no logra ninguno de los objetivos proclamados, y que más aún discrimina entre las categorías de delincuentes y reduce sus garantías legales. De acuerdo con ella, el servicio comunitario debería continuar de manera modificada, y solamente como un experimento de alternativización, pero no introducirse como una forma principal de castigo (Coornhert Liga, 1984).

En 1989 esta codificación ya no tenía sentido, con el agregado bastante extraño de que se convirtió en la única forma de castigo que el acusado tiene que pedir por sí mismo de otra manera el párrafo entraría en conflicto con la idea de que el trabajo forzado en la comunidad estaría abolido. Y aquí nos podemos hacer la pregunta de si tipificando el servicio comunitario como una forma principal de castigo no se ha limitado su potencial rehabilitador, desde el momento en que es ahora justamente una parte de la ceremonia de degradación penal "normal", se registra en los antecedentes criminales de la persona, y es de ese modo probablemente tan estigmatizador como el encarcelamiento.

Hasta ahora, hemos hablado sólo del servicio comunitario, pero esta misma tendencia se vuelve particularmente evidente al inicio de los años noventa, con respecto también a otras sanciones alternativas.

Cuando se estableció el servicio comunitario como una sanción penal principal, se fundaron departamentos especiales para la supervisión de sanciones alternativas en todas las dependencias regionales de los servicios de probation. En los últimos años estos departamentos comenzaron a desarrollar y coordinar a su vez otros proyectos.

Las Alternativas al Proceso Penal

Volvamos por un momento a la idea de alternativa. Hemos visto que esta posibilidad de arreglar problemas de manera extrajudicial es inherente al sistema holandés. Cada participante puede proponer un acuerdo alternativo en cualquier momento del proceso penal, y depende de la policía, el fiscal, el magistrado de instrucción o el juez la posibilidad de aprobar o no tales acuerdos. En la práctica, esta "libertad" de alternativizar un caso depende en gran medida del conocimiento acerca de los planes alternativos institucionalizados, la creatividad para preparar otros acuerdos informales, y la voluntad del individuo acusado, del abogado, o del funcionario de probation de jugar un rol tan "constructivo". Sus motivaciones particulares son cruciales. Actualmente, los representantes de planes de ayuda a las víctimas juegan un rol a este respecto, así

como también en el intento de alcanzar acuerdos (económicos) entre las víctimas e infractores.

El depender de la cooperación de tantas personas e instituciones es sentida a menudo como una importante barrera para lograr soluciones efectivas. Este problema se hace especialmente evidente en los casos de violencia sexual. Al liberar a un hombre acusado de delitos sexuales de la prisión preventiva, el juez de instrucción puede poner la condición de que no pueda entrar en cierta calle o parque, frecuentado por la víctima las así llamadas prohibiciones de calle o parque. Tales condiciones son controladas por la policía. En la práctica, los jueces casi nunca las aplican. Abogadas feministas han comenzado entonces a usar junto al procedimiento penal, interdictos civiles, puesto que en un procedimiento civil la demanda por una prohibición así puede como tal ser objeto de un juicio, por el que la víctima tiene un papel más activo en la acusación. (Verrijn Stuart, 1991).

Después de que las feministas tomaron la iniciativa a este respecto, vemos que el derecho civil es usado cada vez más como una alternativa a los acuerdos penales aunque en la práctica tendrá ciertamente en cuenta un arreglo civil, formalmente depende del fiscal si un caso será o no aún llevado a un tribunal penal. De los proyectos más institucionalizados en el área civil, la iniciativa de acuerdo extra-penal (*dading*) es una de las formas más abiertas e informales de arreglo de disputas que podemos mencionar. Este proyecto es bas-

tante excepcional, porque aún cuando el delincuente no cumpla el acuerdo pactado con (los representantes de) la víctima, no será procesado penalmente; en cambio se acuerda que el no cumplimiento será tomado como una violación de contrato civil. (Baudoin, 1991). En este sentido, es la única alternativa donde las sanciones penales no son usadas directamente como un “garrote detrás de la puerta”, en el caso de no cumplimiento.

La implementación de sanciones alternativas fue llevada a cabo en mayor medida por operadores sociales funcionarios de probation, trabajadores sociales, organizaciones de voluntarios, etc., y no por empleados del ministerio de justicia. Nos gustaría mencionar aquí algunas de estas iniciativas, para dar sólo un pantallazo de las distintas posibilidades (uit Beijerse, 1992; van der Laan, 1991). Sólo se implementan “a pedido” del infractor y son en general organizadas por el servicio de probation. Nos ocuparemos, a menos que lo aclaremos, de las alternativas a la cárcel que están abiertas a delincuentes no tratados por la justicia de menores. Para una visión más clara desconoceremos las diferencias regionales. También obviaremos en el estudio las “historias del cambio” y el “nuevo glosario del discurso del control” que acompañaron la implementación de las iniciativas que de la misma manera ha descrito Stanley Cohen incluyendo la lista de abreviaciones arbitrarias que se usan. (Cohen, 1985, pp. 115> & 273>).

La primera iniciativa que queremos

mencionar es el Plan de Entrenamiento en Tareas Sociales. A propuesta del servicio de probation, un juez puede dictar la suspensión de una condena de prisión, con la condición de que el acusado participe en este plan de entrenamiento. La iniciativa es supervisada por el *servicio de probation*, y el fiscal será “informado” acerca del resultado y mantiene la posibilidad de continuar el proceso. Esta clase de cursos existen de manera más o menos formal, así como su orientación de “*clase media*” o progresista varía de un proyecto a otro. Aquí tanto la fortaleza como la debilidad del informalismo sale a la superficie: el éxito del proyecto es completamente dependiente de la capacidad de cada trabajador social en “captar” el interés de participar de los delincuentes.

Muy cerca de estas formas de entrenamiento general en tareas sociales básicas, hay también iniciativas orientadas a grupos específicos de delincuentes que tienen objetivos directamente educacionales, estrechamente relacionadas a la naturaleza del delito que apuntan a “tratar”. En lo que a esto respecta debemos mencionar el *Curso sobre Alcohol en el Tránsito*. Este es un curso de dos días, en el que se le informa a la gente que es condenada por conducir alcoholizada sobre los efectos que esta clase de comportamiento puede tener, de los efectos del alcohol en el cuerpo humano, y sobre las posibilidades de recibir ayuda en la lucha contra el problema del alcohol. A este curso le sigue aún el juicio. En la condena, el juez tiene en cuenta si el acusado ha hecho el curso i.e. aplica



una sentencia más baja o directamente ninguna. Comparable con esta iniciativa, es el *Curso Educacional para Pirómanos*, a quienes se les informa acerca del tratamiento y la vida con serias quemaduras.

Otro grupo de delincuentes para quienes se ha desarrollado un proyecto específico, son aquellos que han sido encontrados culpables de delitos de incesto: el llamado *Plan de Tratamiento para Delitos de Incesto*. Para ellos, el tratamiento puede funcionar como una alternativa a la privación de la libertad. Tomar parte en este proyecto puede sustituir a una condena de prisión de hasta quince meses que es una condena relativamente larga en el contexto holandés. Los participantes toman el curso como una fuerte confrontación con su propia es-

estructura personal, actitud y comportamiento. El tratamiento ambulatorio durante un año y medio se realiza por medio de entrevistas intensivas con el infractor, confrontación con estudio de casos acerca de la naturaleza de la violencia sexual, y a veces encuentros personales con las víctimas.

En este contexto tenemos también que mencionar el *Proyecto no Terapéutico para Delitos relacionados con Drogas*. Este proyecto se orientó a consumidores de drogas duras que querían dejar el hábito.

Como alternativa a la prisión preventiva, podían participar en este proyecto, que tenía tres partes. Primero, necesitaban “limpiarse” bajo la supervisión de trabajadores sociales especializados en problemas de drogadependencia. La segunda fase consistía en trabajar duramente en un barco, y en la tercera fase eran aclimatados a un “estándar de vida” trabajando en un taller de juguetes de madera. A pesar de una evaluación positiva, este proyecto ha desaparecido pues se pusieron las prioridades económicas en otro lado: ej. la expansión del sistema carcelario.

Bastantes proyectos están dirigidos a restaurar los daños producidos por el vandalismo. Un proyecto específico se dirige a compensar los daños causados por los hooligans en el fútbol, a quienes el juez puede imponer consecuencias financieras como condición para desechar una condena privativa de libertad. El proyecto más general de esta clase se llama HALT, y está dirigido a jóvenes de 12 a 18 años de edad detenidos por

vandalismo. En lugar del proceso, estos jóvenes pueden “elegir” restaurar el daño, o hacer algún otro trabajo “pedagógico útil”, como limpiar un graffiti, en acuerdo con los padres y el fiscal medio por el cual se abandonaba el modelo inicial en el que el procedimiento HALT era totalmente dependiente de la discrecionalidad policial.

Un proyecto más simple, que sí funciona bajo discrecionalidad policial, es la así llamada *Exploración Carcelaria*, para jóvenes de 17 a 24 años de edad. Involucra a aquellos jóvenes que no pudieron ser amedrentados por las advertencias de la policía y del poder judicial, que tienen una carencia de motivación para cambiar su comportamiento con “coerción suave”, y que no han estado presos anteriormente. El proyecto consiste de una tarde en la que pequeños grupos de delincuentes juveniles son confrontados con la perspectiva de una futura vida en la cárcel. El procedimiento inicial de información es seguido por una discusión con los presos. Una parte importante del proyecto es la encarcelación por “sólo” una hora.

Los proyectos especiales dentro de las cárceles (e.g. el tratamiento “voluntario” de drogadictos), las modalidades de castigo en condiciones de custodia (e.g. detención durante el día durmiendo en el hogar, o dormir en la cárcel trabajando fuera), o los más clásicos acuerdos extrajudiciales han sido dejados fuera en este trabajo. El hecho, sin embargo, de que estas formas de sanción existen dentro de la esfera de la custodia, indica que no podemos dibu-

jar una línea absoluta entre sanciones penales y no penales.

Desde las alternativas, al castigo en el documento de propuestas de 1990, *Derecho en Transición*, el tema de las sanciones penales y alternativas aparecen como un importante punto de consideración. La así llamada "credibilidad" de las sanciones penales es abordada como un nuevo problema clave del derecho penitenciario en los años noventa. De acuerdo con este documento, tal "credibilidad" no sólo debe verse como "severidad", sino que el valor pedagógico de las sanciones es lo único importante a este respecto.

Esta tesis está sustentada en un estudio realizado entre la población holandesa, que muestra que la mayoría es bastante escéptica acerca de la "utilidad" del encarcelamiento. Más de dos tercios dijo estar a favor del reemplazo de la privación de la libertad por alternativas más "pedagógicas" siempre que fuera posible. Por lo tanto, se está proponiendo un aumento en la cantidad de sentencias a trabajo comunitario del 10% anual. Comparadas con las 16.321 condenas de prisión incondicionales en 1990, las sentencias a servicio comunitario (7.153) y los cursos por alcohol en el tránsito (6700) son las únicas alternativas no financieras para adultos con cierta importancia cualitativa.

También se plantea explícitamente en *Derecho en Transición* que "debería rechazarse la idea de que la reeducación y la resocialización serían imposibles dentro del marco de la justicia criminal." Más aún, se dice allí que los expe-

rimentos con diferentes formas de detención diurna que apuntan a permitir a los presos en la última fase de detención preparar materialmente su regreso a la sociedad por sí mismos (¡actualmente no menos de diez lugares!) serán extendidos, así como las posibilidades de educación y empleo para su reintegración en la sociedad. (Ministerio de Justicia, 1990). Sólo podemos esperar que tales afirmaciones signifiquen algo más que una enunciación meramente retórica de "viejos" principios penitenciarios que se usan para sostener la imagen de un clima penal suave por el que Holanda es aún conocido afuera. Sin embargo no podemos ser muy optimistas a este respecto. Muchas de estas ideas fueron lanzadas ya diez años atrás (MdJ, 1982), pero fueron en aquél momento difícilmente llevadas a cabo debido a que se pusieron las prioridades financieras en otra parte ej. construcción de más cárceles. En 1992 los problemas presupuestarios sólo se han incrementado y en el parlamento el "problema de la cárcel" se discute en realidad en términos instrumentalistas de proteger a la sociedad a través de la incapacitación de los llamados grupos problemáticos.

El subsecretario de justicia designó en 1990 un comité asesor sobre sanciones alternativas (OCAS) para investigar la posibilidad de una restricción en la cantidad de gente condenada a prisión; un aumento en la cantidad de ejecuciones de privación de libertad dentro de la comunidad; el desarrollo de una sanción alternativa general, que disminuya la necesidad de condenas de prisión. En

su consejo de 1991, el comité OCAS sugiere introducir la nueva sanción penal de "restricción de libertad". Se piensa incrementar las oportunidades de resocialización si las sanciones se ejecutan lo más cerca posible de la comunidad. La sanción penal propuesta de "*restricción de libertad*" en los Países Bajos implica la tarea de ejercer ciertas obligaciones legalmente descritas. Las condiciones que acompañan esta "restricción de libertad" son: 1. tienen que ser actos útiles (para qué y para quién no queda claro), 2. la sanción debe ejecutarse dentro de la comunidad, 3. su cumplimiento debe estar supervisado por el *servicio de probation*, y 4. debe haber una relación con la personalidad y las circunstancias personales del delincuente, la seriedad del delito y las circunstancias bajo las cuales se haya cometido (MdJ, 1991). En la práctica, esta propuesta implicará que muchas de las alternativas que describimos en el párrafo anterior, sean ahora incluídas dentro de la pena principal de restricción de la libertad. Como se propone que también ellas puedan aplicarse combinadamente unas con otras, ya se conoce esta "nueva" condena con el nombre de "*sanción cocktail*" por la cual el delincuente se mantiene siempre "*con un pie en la cárcel*". (de Jonge, 1992).

De acuerdo con la tercera condición señalada por el comité OCAS, el servicio de probation se vislumbra como la institución adecuada para preparar y "*acompañar*", como se dice eufemísticamente, la ejecución de estas nuevas sanciones no carcelarias. Legalmente sin

embargo (par. 4 Ley sobre Organización Judicial) el proceso penal es responsable en la ejecución de las sanciones, mientras que el servicio de probation se encarga de dar asistencia social al delincuente y brindar informes sociales a los jueces. Han Janse de Jonge, un influyente estudioso del sistema holandés de probation, llama "históricamente justo" a este propuesto papel prominente del servicio de probation en la supervisión de diversas sanciones alternativas, pero advierte al mismo tiempo acerca de la presión financiera que el Ministerio ejerce actualmente. Este proceso puede llevar a una "*transformación del servicio de probation en una organización del ámbito judicial*", que no ofrece ninguna contribución a la propuesta "*minimización de la distancia entre el sistema de justicia criminal y la comunidad*" (Janse de Jonge, 1992, p. 119).

Y, considerando la cuarta condición en particular, vemos que las sanciones alternativas se aplicarán probablemente a un número más limitado de casos, puesto que ahora estarán conectadas con criterios formales. Hay fuertes razones para creer que volviendo de las alternativas despenalizadoras al castigo, el Ministerio se propone incrementar su propio control en la selección de delincuentes "apropiados" para las sanciones alternativas preparando criterios de selección, aumenta su control sobre los planes alternativos que ahora frecuentemente funcionan afuera del alcance de la administración de justicia criminal, y aumenta su control sobre un supuesto servicio de probation "*desobediente*"

cortando su presupuesto para todas las actividades que no son de supervisión.

Más aún, podemos leer en el informe del OCAS que la sanción de restricción de libertad puede también servir a la necesidad de reafirmación de las normas y de "imposición de dolor"; ej. ¡por primera vez se atribuye también a las sanciones alternativas la idea de retribución! Este tipo de discurso todavía se combina con la idea de que las sanciones alternativas serían más apropiadas para la rehabilitación del delincuente... con esta idea, típicamente demócratacristiana, es lógico que uno tenga un sentimiento de *déja vu* con respecto a la forma ambigua en que se codificó en 1951 el principio de resocialización.

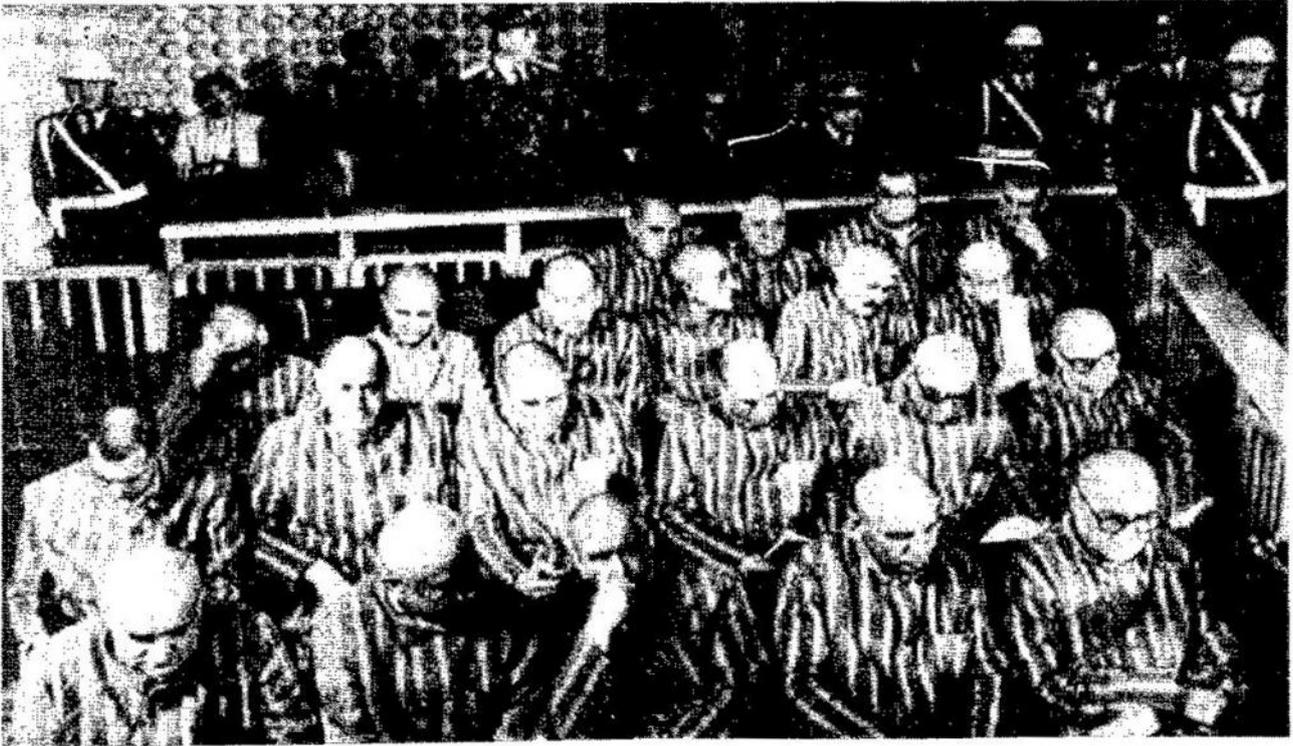
Principios de las Alternativas no Penales

En su libro *Visiones del Control Social*, Stanley Cohen señala tres modos en que los criminólogos tienden a mirar la historia de la reforma penal. Primero, encontramos una mayoría de gente que piensa la reforma penal en términos de progreso desigual ej. que nos movemos gradualmente hacia un sistema de justicia criminal más humano. Una segunda visión del control social es aquella por la cual los cambios se proponen con buenas intenciones, pero en la instrumentación práctica, han llevado a consecuencias desastrosas verificándose una disminución de las garantías legales y una mera dispersión del control social del sistema penal en toda la comunidad. En un tercer modelo de análisis, todo es una estafa; toda la empresa de reforma

penal es preparada conscientemente para perfeccionar la maquinaria estatal de control social y para crear el bien disciplinado *homo-laboratis* (Cohen, 1985).

Estas tres visiones del control social reproducen sus rituales de verdad en los debates sobre sanciones alternativas en Holanda.

La principal crítica de Luigi Ferrajoli al abolicionismo es que su premura por buscar alternativas lo condujo al así llamado "sustitucionismo": ej. el reemplazo de formas punitivas de control social por métodos educacionales o terapéuticos. Esto parece sólo parcialmente verdadero, pues los planteos terapéuticos se remontan bastante a la *Scuola Positiva*, y los abolicionistas han enfatizado más los elementos reparadores en los acuerdos de disputas que los posibles valores educacionales. Y la idea de substituir las sanciones penales como tales no parece una cosa negativa, cuando la alternativa es menos coercitiva que una sanción penal. Pensamos que debemos continuar con la implementación de alternativas al enfoque penal, aunque sea sólo porque las otras opciones, al concluir que nada funciona, y aceptar defensivamente las nociones del derecho penal clásico, parecen aún menos atractivas. La ya bien conocida lección de la criminología crítica de que esta posición imposibilista ha obstruido cualquier crítica progresista al sistema penal, es sin embargo el punto donde el análisis de Ferrajoli se detiene. (Ferrajoli, 1986).



El análisis de Ferrajoli nos lleva sin embargo a plantear algunas cuestiones teóricas acerca de la manera en que se desarrolla el debate actual sobre alternativas. Es muy válido preguntarnos ¿qué entendemos, por ejemplo, con la palabra “alternativa” toda reducción de la población carcelaria es un criterio válido o lo es más bien el procedimiento no punitivo y participatorio que apunte a la reparación? Si el primero es el caso, y vemos que el crecimiento de la población carcelaria es en gran parte debida a una política penal diferente, ¿no será un medio más efectivo limitar el “input” del sistema mejorando la defensa legal, que cambiando modalidades del “output”? Si las alternativas fueran de la segunda naturaleza, ¿no brindarían algunos servicios sociales en áreas con carencias; y debemos oponernos todavía a toda expansión de la red de control social? ¿Cómo podrían prevenirse los efectos de “expansión cuadrangular” (en

el sentido de nuevos grupos bajo el aparato de control) y de “dilusión reticular” (expansión de los grupos en el sistema) de las alternativas? ¿A qué prácticas deben responder las alternativas, a conflictos entre individuos o a problemas de naturaleza socioeconómica? ¿A quiénes se dirigen las alternativas se sacan del sistema penal los “pequeños” casos, quedando realmente la cárcel para los casos “pesados”, y convirtiéndola de ese modo en un lugar peor del que ya es? ¿Cómo podemos evitar las desventajas del sistema penal que se están reproduciendo en los enfoques alternativos? Y, por supuesto, ¿cómo se puede garantizar una protección legal para todos? Pensamos que es crucial para el futuro del abolicionismo formular respuestas a tales preguntas. En esta última parte nos gustaría comenzar aceptando el desafío de encarar algunas supuestas paradojas de la reforma penal.

Igual que el principio de resocialización de 1951, la discusión sobre alternativas a la custodia podría bien haber comenzado por motivos idealistas. Pero es notable que sólo se enunció realmente este discurso en el momento en que había una necesidad económica de solucionar los problemas de capacidad carcelaria por medios menos costosos que la construcción aún de más prisiones. En los documentos penitenciarios de la última década, el principio de resocialización ha sido, como hemos demostrado, silenciado drásticamente, y podemos concluir sin duda que lo que sobra de este ideal se proyectó actualmente a las sanciones no carcelarias. El desafortunado contexto en el que emergieron las sanciones alternativas, llevó a una precaria bifurcación punitiva: "cocktails" pedagógicos para delincuentes "corregibles", y cárcel para los "incorregibles". Por eso pensamos que para prevenir una situación en la que los detenidos serán mantenidos como animales en jaulas, es absolutamente necesario conservar la rehabilitación en la agenda política también en el ámbito carcelario (Cf. Matthews, 1987).

Predominando en su introducción las consideraciones en gran parte organizacionales, las alternativas a las sanciones penales se han transformado en "*modalidades de ejecución no custodial*" al interior del sistema (Ministerio de Justicia, 1991b) y manteniendo la naturaleza retributiva del castigo, fácilmente podemos añadir de nuevo la cuestión de si deberían ahora ser codificadas. Pero, fue y sigue siendo exactamente

esta "*naturaleza de castigo*", este estigmatizador "*golpe en la cabeza*", lo que impide nuevamente la integración del convicto en la sociedad; ej. etiquetando y codificando las "*alternativas*" como "*castigos*" pierden por supuesto su carácter alternativo siendo las sentencias a servicio comunitario y las otras modalidades propuestas de "*pena de restricción de libertad*" los ejemplos más obvios de esta absorción en la racionalidad penal. La restricción de libertad está a punto de seguir este rumbo si no somos capaces de detener la creciente confianza en el castigo como la respuesta más adecuada al comportamiento desviado.

Después de haber sido en los años setenta uno de los partidarios de la idea de alternativizar, y después de una crítica bien fundada de cómo aquellos principios básicos del discurso de "alternativas a la custodia" fueron olvidados al establecer el servicio comunitario en los tempranos ochenta, la Coornhert Liga se ha alejado de todos los posteriores intentos de reforma penal por medio de sanciones alternativas. Rechazamos tal alejamiento pues malinterpreta el significado de los valores, las perspectivas y las políticas de la justicia informal como un intento de descentralizar el control social, y porque le deja a los reformadores penales orientados en la práctica solamente opciones imposibles. (Cohen, 1987; Matthews, 1987; van Swaaningen, 1989).

Con tal "*pureza ideológica*", como Stanley Cohen le ha señalado hace ya mucho tiempo a los trabajadores socia-

les, uno “*vende los intereses de sus clientes*” (Cohen, 1975). Más aún, tal posición ni siquiera parece una opción muy fructífera en el sentido político, en un momento en el que acordar con las sanciones alternativas como tales sería probablemente la única opción realista de influenciar en el debate público, de tal forma que pudiera contribuir a rechazar la centralidad de la obsesión punitiva de los que hacen la política. Y, lo menos que podemos decir es que con los cada vez más casos tomados por la policía y la justicia, el número de condenas de prisión incondicionales se ha mantenido bastante estable (de Haan & Verpalen, 1989, pp. 5367), con lo que el efecto de expansión del control de las sanciones alternativas en este sentido no resulta tan aparente (Cf. McMahon, 1990).

Por todas estas razones, mientras tomamos en cuenta todo lo que sostenemos contra el actual desarrollo, todavía sentimos importante estimular una posterior aplicación de las sanciones alternativas, indicando al mismo tiempo formas de evitar las consecuencias negativas que enfrentamos ahora. Vivimos la relación paradójica entre la reforma penal y las garantías legales como el “*dilema del reduccionista*” (Snacken, 1992): la informalidad del enfoque alternativo evita que las alternativas se vuelvan otro sistema rígido dentro del sistema, pero al mismo tiempo ha llevado a un desarrollo en el que las sanciones alternativas están enmarcadas por garantías legales bastante limitadas para el delincuente. Por eso apuntamos a establecer un conjunto de principios a los cuales

deben responder las sanciones alternativas para que sean consideradas una contribución positiva a la reforma penal.

Veamos nuevamente la posición de la Coornhert Liga de 1979, que sostenía que el carácter alternativo de las sanciones descansa en el espacio abierto que deja a modos informales de acuerdo, la inmediatez de la respuesta y la prevención de una gran cantidad de efectos estigmatizadores del juicio y la encarcelación. Por estas razones la Liga promovió alternativas de manera muy cuidadosa. Los riesgos que tiene tal posición son el posible aumento del control social, y la limitación de garantías legales. (Coornhert Liga, 1979). Queremos enfatizar ahora que para mantener el carácter alternativo de las sanciones debe reafirmarse un modelo también alternativo.

Dentro del dilema del reduccionista, no adherimos exactamente al *principio de oportunidad*, per se, pero lo consideramos un compromiso aceptable en el contexto holandés, meramente porque por supuesto brinda ya el espacio abierto más “*inacabado*” para los acuerdos extrajudiciales dentro del sistema actual. (Blad, 1988) También hemos visto sin embargo, que esto puede llevar a la arbitrariedad y el tratamiento desigual de delincuentes, porque depende fuertemente de la voluntad de magistrados, abogados, del acusado y, también a menudo, de las víctimas de cooperar constructivamente. Estos peligros podrían limitarse si incluyéramos las siguientes condiciones al *principio de oportunidad*: 1. antes de seguir el proceso, el fiscal está

obligado a investigar primero si es posible arreglar un problema por fuera del proceso penal; y 2. si un caso es exitosamente considerado en otra forma, la fiscalía pierde formalmente el derecho a perseguir. De acuerdo con nosotros, estos agregados al *principio de oportunidad* que podrían sonar bastante drásticos para un medio no holandés serían una conclusión lógica, aunque todavía no concretada, desde la llamada interpretación positiva (no se persigue, a menos que...), y sería una mera reafirmación de la idea clásica del derecho penal como *ultimum remedium*. Tal posición prácticamente implicaría, primero que si alguien ha obtenido una alternativa a la prisión preventiva, ha probado que una condena privativa de libertad no es necesaria para proteger a la población, segundo, que no son más

necesarias condenas de prisión más cortas, porque para ellas puede encontrarse siempre una alternativa, y tercero, que un acuerdo civil o administrativo no puede seguirse más con una sanción penal de este modo siguiendo el llamado *principio de una vía*.

Un segundo principio de guía debería ser que una sanción alternativa sólo pueda ser aplicada en casos de prisión. Esto es, por supuesto, un principio también admitido por el Ministerio de Justicia, pero a la luz de la continua expansión del sistema carcelario, tal inclinación necesitaría realmente implicar que el posterior desarrollo de sanciones alternativas sea precedido por una suspensión en la construcción de prisiones, lo que no parece exactamente inminente. En tanto exista un número "suficiente" de celdas disponibles, ello implica

Revista CICLOS en la historia, la economía y la sociedad Publicada en el marco de las actividades del Instituto de Investigaciones de Historia Económica y Social Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires	
Año III, Vol. III, Nº 4, 1er. semestre de 1983	
Director Mario Rapoport	Consejo asesor internacional Aldo Marchesi Universidad de Buenos Aires Jonathan Brown University of Texas at Austin Manuel Burgin Univ. Harvard Mayer & Sons Marine Roger Grewitt University of London - Univ. of Natal Jaime Rosal Universidad Politécnica de Valencia Juan Hernández Andueza Universidad Complutense de Madrid Carlos Martínez El Colegio de México Julio H. C. Oliveira Universidad de Buenos Aires Marcelo de Paulis Albert Univ. Católica de Rio de Janeiro Bryan Paster Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España Celso Rodríguez Organización de Estados Americanos Roggero Romano Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, París Jan Rasmussen Pace University of New York Joseph Tschida The William Center, Washington
consejo editorial Eduardo Araya Amaghiña, Raúl H. Buzanovic, Lidia Knacher, Claudio Sigalot, José C. Villarruel	
secretaría de redacción Jorge Coronado	
redacción Gabriela Groszow, Gustavo Marquede	
administración Nidia Gold, Estanislao Shapiro	
relaciones institucionales Tarcos G. Fernández de Nodal, Mercedes Moro de Nodal	
editor responsable Fundación de Investigaciones Históricas, Económicas y Sociales	
Índice	
Integración y bloques económicos	
Canadá y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte: desafíos y problemas Jocelyn Lévesque	3
La Comunidad europea: entre la integración y el nacionalismo Víctor Balstrup	33
Liberalismo y americanismo en el siglo XIX	
Juan Bautista Alberdi y la doctrina del capitalismo liberal en la Argentina Jonathan C. Brown	61
Intervencionismo, unidad latinoamericana y pensamiento liberal: la Liga Continental, 1856-1862 Edmundo A. Heredia	76
Estudios Regionales	
Una especificidad pampeana del modo agroexportador: Blaquier a principios del siglo XX Eduardo Madrid	103
La inmigración española en la Argentina: los gallegos de Luján, 1850-1920 Dodier N. Marquignol	133

irrevocablemente que nuevos grupos de personas serán puestos bajo la dispersa maquinaria estatal de control social. Sólo la limitación de la capacidad en el nivel actual "forzaría" a la Justicia a usar en realidad sanciones no custodiales como alternativas. (CF. Mathiesen, 1986, 1990).

Los actuales problemas de capacidad en las cárceles holandesas son en gran parte debidos al hecho de que el cuarenta por ciento de toda la capacidad carcelaria es usada para detenidos encausados. Y, existe una regla empírica por la que tan pronto alguien es encarcelado preventivamente, es probable que le siga una condena de prisión, por que si el prevenido no es sentenciado, el Estado queda obligado a pagar una compensación económica por el tiempo que injustamente lo tuvo a aquél en custodia (par. 89 Código de Procedimiento Criminal). De este modo cualquier trayectoria alternativa debe en realidad comenzar antes de la decisión de prisión preventiva. Esta es aún una razón básica de porqué un modelo alternativo es simplemente la única vía efectiva, eficaz, de conseguir alternativas verdaderas a la cárcel. Cuando alguien es sometido a custodia su culpabilidad no está todavía establecida; su detención sólo puede basarse en conceptos como el riesgo de fuga o de reincidencia. Puesto que la relativa inmediatez de la reacción es así una función importante de las alternativas, es necesario un *tercer principio* como el de que las sanciones alternativas serán propuestas tan pronto como quede claro que de otra manera proba-

blemente le seguirá una condena de prisión. Esta probabilidad puede basarse a su vez en los lineamientos de la fiscalía, pero considerando el momento en que se conocen suficientes detalles de un caso específico, el Juez de Instrucción parece ser la persona más apropiada para juzgarlo.

Las alternativas se dirigieron en sus inicios a prevenir los efectos estigmatizadores del juicio y la encarcelación. Muchos efectos estigmatizadores descansan, sin embargo, en la sociedad misma. Mientras la sociedad no acepte a los ex-detenedos como ciudadanos normales, ellos nunca serán capaces de integrarse, a pesar de todas las buenas intenciones de cualquier modalidad de sanción. Parte de esta predisposición contra los delincuentes puede estar basada en el hecho de que la exclusión de la sociedad como tal los vuelve desconocidos y temibles.

Quizás por ello, es conveniente reafirmar, como un *cuarto principio*, la idea gubernamental de que lo menos "dañino" sería que las reacciones tuvieran lugar, tanto como fuera posible, en el seno de la comunidad. Una integración realmente efectiva en la comunidad necesitaría sin embargo acompañarse de planes de ocupación y vivienda (y si fuera posible, también de asociación) para ex-detenedos, puesto que tales cuestiones son los caminos más estructurales de prevención de reincidencias. Pero, si las sanciones alternativas no se registraran más en los antecedentes criminales de los individuos, sería todavía bastante más fácil encontrar

un trabajo. Actualmente los ejemplos más amargos corresponden a gente que fué rechazada en posiciones solicitadas que ya habían desempeñado mientras cumplían sentencias de servicio comunitario.

Al mismo tiempo, hay algunos dilemas conectados también con esta idea.

A la luz de la hipótesis de Herman Franke sobre la reforma penal como exponente de una "ofensiva civilizadora" general que involucra un proceso de liberación de presos (Franke, 1990, 1992), las sanciones alternativas pueden ser consideradas como un paso adelante desde el estadio de coerción externa (Fremdzwang) hacia uno de autorrestricción (Selbstzwang). La noción de autorrestricción que es de un origen en apariencia protestante y hacia los cuales están todavía orientados en gran medida los mecanismos de control social holandeses implica que existe una menor coacción externa ¿pero implica también que se es más "libre"? Han Janse de Jonge (1992, p. 116) afirma sin embargo que uno podría también interpretar este desarrollo de otro modo: *"Cuando se diluye más y más la frontera entre el castigo por un lado, y la educación, el trabajo y otras técnicas de control social por el otro, ¿no sería más apropiado, dicho históricamente, hablar de una disminución de la libertad y un incremento de la disciplina? ¿No toma la sociedad, si renuncia sin reservas al sistema de justicia criminal, un carácter panóptico? ¿Es testigo quizás la generación presente del nacimiento de una ciudad punitiva?"*.

Y, si las alternativas fueran de naturaleza fuertemente moralista e ideológica ej. que socialicen a la gente para la obediencia, la cooperación y la ciudadanía "acrítica" (de Jonge, 1992) ¿debemos considerar todavía el desarrollo de alternativas como algo mejor que las sanciones penales clásicas? Esta no es sólo la amenaza real de marchar hacia una sociedad disciplinaria (Ferrajoli, 1986, p.41), sino que la idea general de imponer medidas para la mayor conveniencia de cada uno, debería hacernos particularmente cuidadosos del desarrollo histórico de cómo, en una constelación política dinámica, algunas ideas progresistas en origen de la Escuela Moderna han desembocado en una Defensa Social autoritaria. Muchos jueces y trabajadores sociales de hoy en día pueden ser todavía en Holanda gente bastante progresista y atrayente, pero esto difícilmente puede ser considerado como una garantía adecuada contra la expansión silenciosa del sistema penal. El riesgo de una expansión indeseable de la red de control social, convirtiendo a la sociedad misma en una cárcel, puede limitarse al incluir como un quinto principio por el cual la naturaleza de la alternativa debe corresponder al sentido de la detención. En el caso mencionado de prisión preventiva, la alternativa también responderá de este modo a sus fundamentos; ej. debe limitar la posibilidad de evasión o reincidencia antes del juicio. Cuando existe una alternativa en vez de una condena de prisión, pensamos que es una premisa sensible declarar que la misma debería apuntar a la

reparación y no a la represión; a la integración del preso en la sociedad y no al control del delito o a la terapia; a la compensación y no a la retribución, y a influir sobre comportamientos específicos y no dar un entrenamiento general de "buena ciudadanía". Como la encarcelación, cualquier reacción alternativa debe ser limitada en el tiempo, por lo cual no debe haber un posterior control judicial obligatorio ni siquiera si es disfrazado de "ayuda" o "cuidado" después de que uno "pagó lo que debía". Esta es además una garantía básica para quien ha sido condenado a una sanción alternativa.

Estas garantías legales todavía pueden ser reforzadas incluyendo, como un *séxto principio*, que cualquier delincuente debe tener la posibilidad de apelar contra cualquier decisión acerca de su inclusión o no y del cumplimiento o no en un plan alternativo. Puesto que el momento que parece más apropiado para iniciar una trayectoria alternativa es cuando se va a decidir sobre la prisión preventiva, también parece lo más coherente ofrecer a este respecto las garantías que rodean a ésta.

En el contexto holandés, ésto implicaría que el Juez de Instrucción tomaría su decisión por sí mismo, mientras el acusado podría apelar contra él en las Cámaras de la Corte (raadkamer). En la práctica corriente, tales garantías no existen en absoluto.

Las garantías legales deben extenderse también en el proceso de selectividad que inevitablemente tiene lugar desde el momento en que ciertos casos

son alternativizados y otros no. La aplicación de una alternativa debe basarse siempre en la propia elección bien sopesada del delincuente. En el presente, un delincuente es casi absolutamente inconciente de la "elección" que toma. Esto implica que a un delincuente que va a ser condenado como no culpable, no debería aconsejarse solicitar una sanción alternativa, y que un fiscal jamás debería pedir una condena de prisión sólo por una supuesta "no colaboración". Las sanciones alternativas nunca pueden ser usadas para hacer presión sobre la defensa o como un medio de esconder dificultades en la formulación de una evidencia. Para limitar estos peligros, necesitamos incluir como un *séptimo principio*, el de que el delincuente necesita estar informado acerca de las consecuencias de pedir (o no) una sanción alternativa, y ésta sólo debe tener lugar si la solicita. Esta información se podría obtener a lo mejor del servicio de probation, pues parece bastante inapropiado en un procedimiento contradictorio pedirle al abogado semejante actitud cooperativa como ocurre actualmente en Holanda.

En tanto la solicitud del delincuente por que se le aplique una sanción alternativa siempre se mantiene como una elección entre dos "malas" opciones, ambas restringiendo su libertad, por supuesto que no podemos hablar de una libre opción. Pero, toda la naturaleza del sistema de justicia criminal misma implica una selectividad entre los infractores que son juzgados y condenados y aquellos que no lo son. Y también la

decisión de quién será capaz de participar en un plan alternativo involucra de manera innegable un grado de selectividad. Pero, la cuestión de si todavía debemos luchar o no por alternativas no es en realidad entre selectividad o no selectividad, sino más bien entre, por una parte, sacar una serie de casos que han sido ya "seleccionados" para un posterior proceso, o por el otro insistir más bien formalmente en que debería existir al menos igualdad entre los chivos expiatorios seleccionados. Al encarar tal "elección", optamos por el "mal" menor. Puede haber buenas razones para que un delincuente "prefiera" la cárcel sobre la alternativa o viceversa. Pero justamente porque los elementos pedagógicos están siendo tan enfatizados, los legisladores y los magistrados no pueden excluir a ningún grupo "difícil" de la participación en un plan alternativo desde el principio. Si el objetivo es la "necesidad" de aprender algunas tareas sociales básicas, son por supuesto tales grupos los que deberían merecer la principal atención.

Para ser capaces de limitar tal selectividad lo mayor posible, un *octavo principio* debe ser que ninguna categoría de delitos o delincuentes pueden excluirse principalmente de participar en planes alternativos.

Cuando consideramos estos ocho principios, aparecen tanto cuestiones como dudas importantes, provocando dilemas y situaciones contradictorias con respecto a la reforma penal. En este artículo hemos intentado indicar algunas direcciones tentativas hacia una respuesta.

Pero fundamentalmente, citando una vez más a Han Janse de Jonge (1992, p. 116): "*tales preguntas nos advierten de los efectos no intencionados y latentes que resultan si el poder para castigar excede sus fronteras. Tocan en el corazón de las reglas de derecho.*" En este sentido parece más bien alarmante que tengamos que descubrir que el debate actual sobre las sanciones alternativas tiene lugar de un modo tan cínicamente utilitarista ●

Bibliografía:

- Ashworth, Andrew (1992), "NonCustodial Sanctions", en: *The Criminal Law Review*, pp. 242251.
- Baudoin, Yvo (1991), "*Dading in plaats van strafrecht*". Amsterdam: Humanitas.
- Beijerse, Jolande uit (1992), *Straf Alternatief; een symposiumverslag*. Rotterdam: Erasmus University & Probation Service.
- Bianchi, Herman (1986), "*Propuestas de abolición del sistema penal; el modelo de ascenso y los procedimientos de arreglos de disputas*". Bilbao: Estudios de Deusto, pp.203228.
- Blad, John (1988), (Voorwaardelijk) "*seponeren als conflictoplossende activiteit buiten de rechter om*", en: H.J. Snijders et al. (eds.), *Overheidsrechter gepas seerd*. Arnhem: Gouda Quint, pp.297313.
- Blankenburg, Erhard & Freek Bruinsma (1991), "*Dutch Legal Culture*". Deventer: Kluwer.
- Bol, M.W. & J. Overwater, "*Dienstverlening; eindrapport van het onderzoek naar de vervanging van de vrijheidsstraf in het strafrecht voor volwassenen*". Den Haag: WODC no.47.