

La cárcel: entre la realidad político-criminal y la utopía abolicionista

Eugenio Freixas
Procurador Penitenciario.

I. Introducción.

Hablar de la cárcel, en los últimos veinte años, se ha transformado en una tarea académica o científica tan trascendente como cargada de pesimismo y argumentaciones zigsagueantes. Somos testigos a menudo de diversos discursos, los cuales nos dejan el sabor amargo de lo irresuelto. Por un lado, sobre todo desde los caminos escandinavos de reflexión, nos llegan drásticas evaluaciones de la realidad carcelaria que nos invitan a abandonar a tamaño ejercicio de violencia en busca de modelos alternativos de solución de conflictos que se hagan cargo con mayor sinceridad social del problema básico¹ por otro, se escuchan los clásicos embates autoritarios que pretenden legitimar a la solución penal como el camino a seguir frente a una indemostrada pero publici-

Versión escrita y ampliada de la intervención del autor en la Universidad de Salamanca (España, Marzo de 1994).

¹ Me refiero a las clásicas posturas abolicionistas como a ciertas corrientes del pensamiento de la criminología crítica (Melossi, Pavarini, Baratta, Zaffaroni, etc).

tada «ola delincencial».²

Un organismo de control como el que represento no puede ni debe dejarse llevar por ninguna de estas posturas³. No puede ni debe ubicarse en los tibios paños del abolicionismo porque su función reside en brindar respuestas de protección de los derechos humanos y garantías individuales en forma inmediata⁴, sin importar si ello es visto en el horizonte lejano como una reacción sistémica; pero tampoco debe, ni puede, legitimar el modo como los estados de casi todo el mundo resuelven un conflicto social acudiendo a un desparpado irracional de dolor sin sentido y sin eficacia.

Es por ello que, sin pretensión académica hemos postulado una serie de guías de ética interna y de funcionalidad externa que sólo buscan construir un camino en una dimensión que nos trae más sabores que alegrías.

Si ellas representan la alternativa realista mas progresista se habrá logrado nuestro objetivo.

² Todavía se debe a la ciencia penal una profunda investigación sobre la relación empírica e ideológica entre los medios masivos de comunicación -como protagonistas excluyentes de la política criminal oficial- y el propio sistema penal.

³ No me refiero aquí al índice de simpatía ética o científica que me provocan las diferentes corrientes formuladas -algo que, de todos modos, no podré evitar transmitir con claridad-, sino al camino preferible para el organismo que represento en tanto «efectividad social».

⁴ Las posturas abolicionistas, con todo su valor de denuncia y puesta en crisis, no han ofrecido modelos alternativos de solución de conflictos con pretensiones de validez general y compromiso empírico.

II. Algunas líneas de reflexión para una praxis político criminal progresista.

a) *Mínimo dolor.*

Los últimos 50 años de política criminal universal demuestran sin margen a posturas dubitativas que se ha perdido el rumbo. En particular, la institución carcelaria no ha sabido encontrar una razonable estructura legitimante ni en la teoría -el discurso-, ni en la praxis.

Posiblemente ello se deba a que tal manifestación de poder reconoce una «justificación» imposible. Tal limitación se hace evidente cuando se repasan los ensayos intelectuales de tal justificación. Desde el punto de vista preventivo general -negativo- se ha demostrado que la cárcel no intimida al potencial infractor, transformándose tal suposición en uno de los mitos mas alejados de la comprobación empírica. Al contrario, parece hoy día que tal intimidación, de existir en algún grado, proviene mas de la eficacia demostrada por el Estado para activar el sistema de investigación procesal, en forma independiente de la pena misma.

Al mismo tiempo, el grado de selectividad demostrada por los sistemas de justicia penal del mundo entero⁵ y el divorcio entre los Bienes Jurídicos protegidos y las expectativas sociales hacen que tampoco la cárcel cumpla un mandato de fortificación de los valores ético sociales -pre-

⁵ Ver, Baratta, Alessandro, «Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal», trad. del Alvaro Bunster, siglo XXI, México, 1989, pág.168 y «Crimonología y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», trad. de Roberto Bergalli, en Política Criminal y reforma del sistema penal», Temis, Bogotá, 1982, pág.35.

vención general positiva-. Desde la óptica de la prevención especial hemos llegado todos a la conclusión de que pocas veces ha habido conceptos tan pretendidamente legitimantes y a la vez vacíos de contenido como el ideal resocializador. El grado de autoritarismo que conlleva el imponer un modelo moral estabilizador del sistema social y la vigencia práctica de la cárcel son obstáculos difíciles de superar.

Asimismo las nuevas concepciones de la culpabilidad que encuentran su identidad en el lado «garantista» o limitador del «ius puniendi» estatal impiden recoger cualquier reflejo retribucionista para confrontar la legitimación de la institución carcelaria.⁶

Creemos que no corresponde pretender el acercamiento de la realidad penitenciaria a alguna de las citadas «bandas legitimantes».

Tal esfuerzo empobrecería enormemente nuestra labor y, seguramente, la destinaría al fracaso. Ante tan palmaria falta de legitimación de la cárcel y la comprobación de que estamos ante un estadio socio-cultural que, por lo menos en el presente de los países hispanoamericanos, no está dispuesto a abolir esa instancia de

poder, a un organismo de control como el nuestro le corresponde como tarea fundamental promover la reducción sistemática del espacio carcelario en el abanico político-criminal. Ello, obviamente, sin renegar de la búsqueda de las consecuencias iushumanistas que puede traer aparejado, ciertas aristas del ideal resocializador, por supuesto: sólo que si ellas se manifiestan a costa de un aumento del espacio carcelario deberán ser reformuladas hasta el logro de la hipótesis más «minimalista».

Sin embargo, en contra de lo que podría inferirse de un examen semántico de nuestra función, nuestra oficina utiliza, para el logro de tal camino «reductor», instrumentos que provienen de todas las formulaciones normativas de la política criminal estatal. El espacio de la cárcel sólo se reduce si es que se reduce el espacio del sistema penal como un todo.⁷

Esta idea que propugna la reducción político-social del lugar que le corresponde al sistema penal, debe ser entendida de modo globalizador. Sólo quisiera aquí ejemplificar los modos en que este axioma es posible llevarlo a cabo en todo el sistema de política criminal, es decir aquel sistema que se manifiesta a través del derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho de ejecución penal, cuyo control me corresponde.

Un derecho penal de mínima intervención, por ejemplo, no debería sancionar conductas que no signifiquen claramente

⁶ Ver, Roxin, Claus, «Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales», en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Trad. de Luzón Peña, Reus, Madrid, 1990. Perez Manzano, Mercedes, «Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena», UAM, Madrid, 1990. Bruzzone, Gustavo, «Principio de culpabilidad penal -una aproximación desde el Krausismo-», *AD-Hoc*, Buenos Aires, 1992. Hassemmer, Winfried, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. de Francisco Muñoz Conde, *Ciencias Penales*, Rev. de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 2, nro.3, pp.2 y ss.

⁷ Un claro planteo de esta visión sistémica del control penal en, Maier, Julio, «Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal», *Doctrina Penal*, Depalma, 1978. También, aunque poniendo énfasis en la institución carcelaria, Beristáin, Antonio, S. J., «La cárcel como factor de configuración social», *Doctrina Penal*, 1978, pág. 271.

la violación a un Bien Jurídico, o sea, conductas que sólo son controlables a través de una concepción paternalista o autoritaria; del mismo modo, incluso dentro del conjunto ya seleccionado por el legislador de conductas que en abstracto violan algún bien jurídico, el derecho penal no debe sancionar daños insignificantes; por otro lado, la graduación en general de las penas con las cuales se amenaza las acciones antinormativas deben tener presente este axioma de «última ratio» y, por último, el sistema de imputación penal debe eximir de sanción a las acciones que dañan bienes jurídicos que no han sido, o no han querido ser, fuertemente protegidos por la propia víctima (por ejemplo, el consentimiento)⁸.

Dentro de un proceso penal «minimalista» se deben generar alternativas de salida del sistema, que tomen en cuenta el daño del ilícito a la víctima y el propio daño del proceso, por ejemplo la relativización de la obligación inquisitiva de perseguir todos los delitos -principio de legalidad- a través de incluir consideraciones de oportunidad -insignificancia del delito, reparación del daño, falta de interés de la víctima, oferta de trabajo comunitario, etc-, o la, en nuestro país, reciente «probation» con las ventajas de la condena condicional, y sin el carácter estigmatizante de una condena.

Por ejemplo, uno de los tópicos más trascendentes de una política de ejecución penal progresista reside en la necesidad

de ampliar el catálogo de reacciones penales. No hace falta recordar entre nosotros la históricamente demostrada crisis de la cárcel como institución resocializadora, si coincidimos en que la ideología resocializadora ha sido la principal línea no sólo de justificación de la cárcel, sino también el casi excluyente «leiv motiv» de las sucesivas legislaciones penitenciarias, nos daremos cuenta de la grave situación.

En el derecho comparado se abre paso desde hace varios años una tendencia que busca ampliar la oferta de sanciones del estado frente a las acciones definidas por el propio estado como antinormativas: días-multa, trabajo comunitario, binding-over, arresto de fines de semana, etc, se manifiestan con más posibilidades de lograr los objetivos preventivos y representan en la vida posterior del condenado opciones menos traumáticas.

El organismo que represento apoyará una iniciativa que en estos momentos tiene trámite parlamentario y que actualiza el sistema de reacciones en la tendencia comentada. Por otro lado, la reducción de la cárcel por medio de penas alternativas, provocará que, para los casos en los cuales la cárcel siga siendo un mal necesario, la reducción del hacinamiento facilite el mantenimiento de los internos en el marco de condiciones sanitarias, alimentarias y de educación, por encima del mínimo de dignidad.

Todas estas estrategias puntuales tienen el común denominador en la búsqueda del mínimo dolor y nos otorgan la creciente sensación de que el problema carcelario puede recibir impulsos benéficos del sistema penal como un todo. Gran parte del dolor casi clandestino que se imparte luego de la sentencia del caso, ha tenido como principal cómplice a la trágica

⁸ Ver, Silva Sánchez, Jesús-María, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?», Introducción al debate sobre la victimodogmática», en Criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristáin, Ivackrei, San Sebastián, 1989.

desconexión político-criminal de los diversos sectores del sistema.

b) La víctima.

Vinculado con la temática anterior se ubica la necesidad de pensar en la víctima. Hoy día, varios sectores configuradores de la vida comunitaria, utilizan a los derechos de las víctimas de la mano de lo que yo titulo el argumento de los «vasos comunicantes». Es decir, la idea de que los derechos humanos de unos y otros, víctima y delincuente, policía y ladrón, derecha e izquierda, se encuentran vinculados en una relación inversamente proporcional: **si aumento los derechos humanos de los presos, significa que estoy desprotegiendo los derechos humanos de las víctimas.** No hace falta, que ante ustedes, argumente detenidamente en contra de este «golpe de efecto» de algunos medios de comunicación, que como todo golpe de efecto tiene la capacidad de aglutinar adeptos poco reflexivos rápidamente. Los derechos humanos de las víctimas no son protegidos por la violación de otros derechos humanos. A la víctima se la protege ofreciéndole un ingreso efectivo en el proceso pena⁹, para, entre otras alternativas, consultar su voluntad para la reparación del daño. No hay demasiadas razones para que el estado le «expropie» el conflicto a sus verdaderos dueños: los que lo sufren. El ingreso de la víctima presentará, en el futuro, un nuevo derecho penal mucho mas racional¹⁰.

⁹ Maier, Julio, «La víctima y el sistema penal», en De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

¹⁰ Ver, Hirsch, Hans Joachim, «La reparación del daño en el marco del derecho penal material», trad. de Elena Carranza, en De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, 1992.

c) Transparencia.

Por un conjunto casi interminable de razones históricas y coyunturales el sistema penal nos ofrece una de las mas irritantes paradojas frente al examen más básico de respeto a las exigencias mínimas del estado de derecho. Con más o menos suerte el sistema penal ha pretendido que durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia definitiva funcionen algunos axiomas básicos que buscan limitar al derecho estatal de castigar llevándolo al máximo compromiso con el sentido republicano de la administración de justicia. Así es como somos testigos del desarrollo de la garantía del derecho de defensa en juicio, publicidad, contradicción, juicio previo, oralidad, inmediatez, principio de inocencia, in dubio pro reo, onus probandi, control judicial, etc, etc. Todas las consecuencias de estos axiomas rigen mas o menos cíclicamente durante el desarrollo del proceso, es decir, durante las etapas previas a la trágica manifestación del poder penal en su máxima expresión (excepción hecha de la prisión preventiva). Juristas, Abogados, Jueces, Fiscales, se preocupan denodadamente por esta vigencia. Llamativamente justo en el momento de la puesta en praxis del poder penal del Estado -ejecución de la condena- se muestra un absoluto debilitamiento de estas garantías, y, a menudo, un directo aniquilamiento de estos axiomas, justo en ese momento el poder penal pasa a ser clandestino, los actos del sistema penitenciario no son conocidos, el control judicial es excepcional o nulo, el problema penal es entendido como un conflicto a cargo de la administración, las oportunidades de defensa se ven limitadas a su mínima manifestación, se aplican sanciones -penas- sin juicio previo, se asiste a la violación neta

del principio de legalidad, se establecen presunciones de culpabilidad, etc. etc.

Aunque parezca una propuesta demasiado global, es preciso «democratizar la cárcel», lograr que las decisiones carcelarias sean transparentes a la opinión pública, que las decisiones de las autoridades penitenciarias sean controladas con estricta conciencia republicana.

Creemos que no habrá una sincera y real democratización de la institución carcelaria si no se logra, y aquí voy a coincidir con Borja Mapelli Caffarena¹¹, la participación del interno en la configuración de su propia realidad carcelaria. En esto España ha dado pequeños grandes pasos, se destaca la participación prevista en el manejo de los servicios alimentarios de las unidades (art.24 de la LOGP), en los modelos de tratamiento (art.61 LOGP), o en la integración del Consejo Rector (art.32 de la LOGP). Nuestro país debe provocar una inmediata reflexión a efectos de actualizar su legislación penitenciaria en este punto.

d) Compromiso multisectorial.

El problema de la cárcel debe ser adjudicado cómo responsabilidad social a todos los sectores. La cárcel no es un problema técnico, es un problema social, es un problema humanitario. Es por ello que debemos buscar la participación interactiva del conjunto de organismos que tienen que ver directa o indirectamente con el problema carcelario. El fracaso del mito resocializador y de la cárcel como «solución final» debe generar este tipo de responsabilidad colectiva. Muchas veces, in-

tentos valiosos para producir un mejoramiento del problema penitenciario han fracasado por su empecinada pretensión del cambio unidimensional. Uno de los pilares de la reforma penitenciaria debe residir en la convocatoria de los representantes de los diferentes ingresos metodológicos al problema carcelario: la universidad, la administración de justicia, los organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, los internos, las autoridades penitenciarias, etc.

En la medida que no se logre un compromiso básico entre estos distintos sectores cualquier programa de reformulación del problema penitenciario está destinado al fracaso.

e) El derecho penitenciario como un subsistema de la política criminal.

Estas reflexiones nos demuestran la necesidad de que el derecho penitenciario sea pensado cómo un subsistema de la política criminal del Estado¹². La sola mirada a la evolución del derecho penal contemporáneo nos expone la importancia de orientar el sistema penal a sus consecuencias¹³, es decir, incluso la sección más metafísica de la política criminal, la dogmática penal, el sistema del hecho punible, ha incorporado como presupuestos del sistema de imputación las consecuencias de la manifestación final del poder penal del Estado¹⁴. Ello nos debe in-

¹¹ Borja Mapelli Caffarena, «Presupuestos de una política penitenciaria progresista», Bogotá, 1988.

¹² Ver, Zipf, Heinz, «Introducción a la política criminal», Trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavez, Edersa, España, 1979.

¹³ Hassemer, Winfried, «Fundamentos del Derecho Penal», trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

¹⁴ Roxin, Claus, «Política Criminal y Sistema del Derecho Penal», trad. de Muñoz Conde, Bosch, 1972.

dicar que el tiempo en que la ejecución de la pena evitaba la confrontación con el resto del modelo penal del Estado ha terminado.

f) El necesario abandono del mito resocializador.

El último axioma debe ocuparse del mito resocializador. Lamentablemente el derecho penitenciario sigue acudiendo frontal o veladamente a esta especie de estructura legitimante que con sólo pasar cerca de una unidad penitenciaria se nos aparece esfumada e irreal. El sistema penal, no sólo el derecho penitenciario, siempre ha acudido a imágenes de hombre ideales para producir sus propios mitos encausadores del devenir de la dimensión que se trate. La dogmática penal acude al hombre prudente para decidir si ha habido una infracción al deber objetivo de cuidado y con ello un delito culposo, o para definir si el error ha sido evitable, por ello no debe sorprender que el derecho penitenciario acuda al hombre socializado para diagramar su propia realidad. Lo llamativo es que tales imágenes de hombres ideales nunca han sido palpables, en el caso del derecho penitenciario la supervi-

vencia del mito es la demostración viva del fracaso de la cárcel como institución social.

Nosotros creemos que un oficina estatal de control no puede funcionar a través de ficciones, es por ello que el mito resocializador no ocupa ningún lugar legítimo en nuestra función político-criminal. Sin embargo, tal idea tendrá un lugar reconocible cuando persiga un objetivo reductor, de acuerdo con nuestro principio inspirador minimalista.

g) Una esperanza para los próximos años: cada vez menos sistema penal.

Para concluir quisiera reafirmar la conclusión de que ya no podemos estar esperanzados en el logro de la mejor cárcel, parafraseando a Gustav Radbruch, debemos buscar algo mejor que la cárcel y, no hay duda: algo mejor que la cárcel es la libertad!

Debemos aumentar el margen de libertad, reducir a la mínima expresión el ejercicio de violencia estatal y dignificar. No es bueno que nos olvidemos que el sistema penal es producto de nuestra propia incapacidad para solucionar nuestros conflictos sociales.