

Prisión Virtual Restaurativa^{*}

José Deym^{**}

1. Una visión alternativa de la respuesta al delito

A partir del fracaso histórico de la prisión como modelo de rehabilitación de quienes han cometido lo que suelen denominarse «delitos» - y por ello denominados «delincuentes»¹- y de las críticas que la prisión, como institución, ha recibido y recibe tanto por su crueldad como por su ineficacia para contener las transgresiones a las leyes,² se han intentado paliar los efectos negativos del encierro mediante el uso de medidas y penas alternativas.

Aunque las prisiones, por razones de seguridad y justicia, se consideran imprescindibles, especialmente como respuesta penal ante hechos considerados graves, la introducción de alternativas al encierro de los ofensores, de reparación a personas damnificadas por los delitos, de procesos de Mediación Penal entre ofensores y víctimas y aplicaciones de principios de Justicia Restaurativa, ha dado ejemplos de que la respuesta al delito, al menos en ciertos casos restringidos, puede ser diferente del encarcelamiento sistemático.

Sin embargo, tanto las alternativas al encierro como las reparaciones a las víctimas y los procesos de mediación y restauración se utilizan hoy sólo en casos de delitos leves, patrimoniales y preferentemente cuando son cometidos por ofensores juveniles.³

Además, para muchos observadores críticos del Sistema Penal, la introducción de estas innovaciones penales ha tenido un signo reaccionario

* Publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año III, N° 4, La Ley, mayo 2013, Págs 235 a 253.

** Doctor en Psicología Social (UAJFK). Tesis doctoral: "Crisis de la pena privativa de libertad".

¹ Siguiendo lineamientos *criminológico-críticos*, como los señalados por los abolicionistas Louk Hulsman o Nils Christie, en vez de «delito» debería utilizarse la denominación «situación conflictiva» y tanto el «delincuente» como la «víctima del delito» deberían considerarse, simplemente, «partes en conflicto». Estos autores proponen eliminar dichos términos porque definen categorías reificadas y, por lo tanto, son sostenedoras de lo que consideran un indeseable paradigma penal. Hulsman, L. "El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas" en Rodenas, A., Font, E. A. y Sagarduy, R. (dir) *Criminología crítica y control social Vol I El poder punitivo del Estado* Rosario (Argentina) Juris 2000 Págs 72 a 102 Pág 7. Christie, N. *Una sensata cantidad de delito* Buenos Aires Del Puerto 2004 Pág 8. Sin embargo, la terminología propuesta no está en vigencia, a punto tal que Christie debe utilizar la palabra «delito» hasta en el título de la obra citada.

² Hay suficiente bibliografía especializada para sostener ciertos puntos de vista, aunque no estén compartidos por todos los autores. Así, se ha escrito, entre otras críticas, que las prisiones son crueles, inhumanas y poco efectivas en la resocialización y que, a pesar de numerosas reformas introducidas en ellas, es frecuente comprobar que los detenidos quedan sometidos a un régimen no solamente privativo de libertad sino también privativo de dignidad y que suelen salir de la prisión, cumplida su condena, con más propensión a delinquir que cuando fueron encarcelados. Además, en el desarrollo de los trabajos del sociólogo norteamericano Erving Goffman, se evidencia que existen problemas de tipo estructural inherentes a toda forma de encierro que no pueden desaparecer aunque las prisiones estuvieran excelentemente manejadas. Tal es, entre otras, la *despersonalización* de quien habita una *Institución Total*, la *estigmatización* que sufre al terminar su encierro y el injusto sufrimiento de su familia, que en muchos casos termina por destruirse. Goffman, E. *Estigma: La identidad deteriorada* Buenos Aires Amorrortu 5ª reimpression 1993. Goffman, E. *Internados: Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales* Buenos Aires: Amorrortu 1ª edición, 6ª reimpression 1998

³ Cabe notar que esta misma preocupación data de 1988, cuando Norval Morris sostenía con respecto a los EE. UU., que las limitaciones eran excesivas y, así, "todavía no hemos hecho una realidad de la *probation*". Morris, N. "Alternativas de las penas: fracasos y perspectivas" en *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*, Año 2, N° 3 Buenos Aires Patronato de Liberados 1988 Págs 59 a 76 Pág 66

porque se han convertido, más que en «*alternativas*», en «*complementos*» de la cárcel.⁴

Por otra parte, si bien la Justicia Restaurativa postula un paradigma nuevo, reemplazando la punición por la reparación y la reconciliación, el hecho de que no se pronuncie no sólo en contra del Sistema Penal - más bien intenta complementarlo - sino tampoco contra la política del encierro y mucho menos ante la ocurrencia de hechos considerados graves, no parece que el cambio propuesto sea significativo.

En cuanto al Abolicionismo más renombrado en la actualidad, representado por los holandeses Louk Hulsman y Herman Bianchi y los noruegos Nils Christie y Thomas Mathiesen, hay en él pocas propuestas concretas de reemplazar las prisiones por modelos satisfactorios para quienes temen que sin ellas el mundo se convertirá en un caos.

Así, continúan los paliativos, pero el problema de fondo - delincuencia que no se detiene, penas de prisión con efectos nulos o contraproducentes, alternativas insuficientes - no se resuelve.

De allí nace la idea de que debe intentarse algo radicalmente diferente.

Este cambio radical podría quizás consistir, simplemente, en *generalizar* las innovaciones penales sin atarse a limitaciones o, al menos, sólo admitir limitaciones mucho menos estrictas que las actuales, particularmente aquellas que se basan en conceptos relacionados con la gravedad de los hechos cometidos.

Es decir, que la posibilidad de que, luego de un exhaustivo proceso de mediación con las víctimas y/o sus allegados y/o la sociedad, se imponga al ofensor la obligación de dedicar una parte de su vida a reparar material o simbólicamente el daño ocasionado sea un procedimiento aplicable aun en casos graves.

Además, la tecnología ha posibilitado reemplazar la prisión de muros y rejas por un control telemático, al que se le pronostica una eficacia creciente, que podría, desde el punto de vista cautelar, establecer un control equiparable a la eficacia de la prisión tradicional, siempre que fuera acompañado por un control humano personalizado e intensivo. Sólo habría que generalizar su uso.

Pero, para poder generalizar una respuesta al delito integralmente alternativa al encierro, aun cuando el problema cautelar estuviera resuelto, cabe atender a otra de las principales objeciones esgrimidas contra ello, que sostiene que así se deteriorarían la prevención y los principios de justicia basados en la retribución

En consecuencia, para conservar el poder de disuasión por una parte y calmar el requerimiento retributivo de la víctimas (reclamo de *justicia*) por la otra, esta reparación debería ser suficientemente onerosa o dura o extendida en el tiempo, lo cual se comprueba hoy como algo inexistente pues hoy no se aplican penas reparativas ante hechos graves, aduciéndose que son *irreparables*.

También sería un cambio importante intentar la tan deseada *resocialización* mediante una intervención radicalmente diferente de la que suele aplicarse, no sólo evitando intervenciones coercitivas y etiquetamientos negativos⁵ sino etiquetando en forma inversa a quienes se brinda tratamiento. El éxito, generalmente aceptado, aun relativamente, de métodos utilizados por Alcohólicos Anónimos y comunidades terapéuticas de drogadicción sugiere un

⁴ Por ejemplo, Larrauri, E. "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español" en *Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV - fascículo I, enero-abril 1991 Buenos Aires Ministerio de Justicia 1991 Págs 45 a 63 Pág 46

⁵ El etiquetamiento del delincuente como tal puede ser causa de reproducción de su conducta, según la *Teoría del Etiquetamiento (Labelling Approach)* de Frank Tannebaum, Edwin Lemert y Howard Becker. Anitua G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos* Buenos Aires Del Puerto 2005 Págs 364 a 366.

tratamiento grupal, en el cual el cambio de actitud puede lograrse por imitación social pero, fundamentalmente, por un cambio de rol de *delincuente a agente de cambio*.⁶

A partir de estas consideraciones y desde un enfoque psicosocial basado en el modelo de una *Teoría del Cambio*,⁷ en este trabajo se intentará analizar la posibilidad de introducir un nuevo paradigma de respuesta al delito, que intente diferenciarse cualitativamente de lo implementado hasta ahora.

Así, y sólo a título de posibilidad a analizar, se describe un modelo denominado «*Prisión Virtual Restaurativa*», que propone una nueva respuesta penal mediante «*medidas no privativas de libertad*», pero complementadas necesariamente con trabajos reparativos o comunitarios serios y controlados y métodos no tradicionales de tratamiento.

Mediante este modelo se intenta, sin admitir la impunidad, superar las objeciones al controvertido concepto de «*castigo*»,⁸ otorgar la posibilidad de un resarcimiento a las víctimas - material o simbólico, pero sin la simbología del mero sufrimiento sino con la simbología del resarcimiento concreto - y disminuir las reincidencias delictivas mediante el logro de un cambio facilitado en los autores de delitos por medios basados en un etiquetamiento inverso al habitual.

Sus alcances, la forma de implementarlo y algunos obstáculos ideológicos - particularmente la posible renuencia de las víctimas a ser resarcidas en forma concreta ante hechos que provocan daños irreversibles y la renuencia de la sociedad a aceptar que quienes cometieron hechos graves no reciban una pena aislante y estigmatizadora - fueron investigados mediante una encuesta preliminar,⁹ pero se sugiere seguir investigando estos temas mediante encuestas

⁶ La idea de innovar drásticamente en cuestiones de tratamiento obedece a un afán de búsqueda constante de perfeccionamiento. Stanley Cohen ha descrito varias formas de interpretar el «*nothing works*» o fracaso de la resocialización concebido a partir de la investigación de Robert Martinson de 1974. Para los *conservadores de la ley y el orden* el mensaje era: “no se puede cambiar a los delincuentes, sólo se debe proteger a la sociedad con castigos severos, prevención e incapacitación”: Para los *liberales sentimentales y criminólogos tecnócratas*: “la resocialización de verdad nunca se ha intentado en forma adecuada; si las técnicas actuales no funcionan, deberíamos concebir otras”. Para los *liberales inflexibles*: “se debe desconfiar de la benevolencia; abandonemos la resocialización y sustituyámosla por objetivos menos ambiciosos”. Para los *libertarios civiles y centros de justicia*: “el tratamiento es un ataque a los derechos humanos, una extensión del Estado terapéutico y una violación de las normas de justicia y proporcionalidad”. Para los *marxistas*: “el tratamiento, obviamente, no funciona porque sólo es un instrumento ideológico que permite concentrarse en el individuo, mistificando la conexión con la estructura socio-económica”. Para *Foucault y otros teóricos similares*: “la simple idea de que el tratamiento «*funcione*» es absurda; este sólo es otro anillo en la espiral de poder, saber y clasificación”. Cohen, S. *Visiones de control Social* Barcelona PPU 1988 Pág 62. El tratamiento grupal aquí propuesto se encuadra en la segunda postura y colisiona con las restantes y, por ello, su método, a pesar de que se acepte sin mayores objeciones en casos de adicciones, es comprensible que se preste, como tratamiento de quienes han delinquido, a críticas contundentes.

⁷ Básicamente en la idea de que si algo no funciona, la solución, si existe, debe provenir de algo radicalmente diferente de lo ya reiterada e infructuosamente intentado. Watzlawick, P., Weakland, J. y Fisch, R. *Cambio. Formación y solución de los problemas humanos* Barcelona Herder 3ra edición 1982 Págs 51 y ss

⁸ Se toma el concepto que utiliza Antonio Beristain, cuando dice «*deben abolirse los castigos y actualizarse las sanciones*»: tanto el castigo como la sanción son *penas* - y por ello estar en contra del castigo no necesariamente implica estar en contra del Sistema Penal -, pero el castigo, en la terminología propuesta por este autor, es sólo aquél en el que la pena es *meramente afflictiva*. La sanción, que, por conllevar un elemento de aflicción, a veces por demanda de un serio esfuerzo, es también una pena, puede tener un *sentido repersonalizador* y también un *sentido reparativo*. En este caso, si bien sería pena, no sería castigo. Beristain, A. “Sanciones repersonalizadoras en los derechos penales de mañana. Alternativas sustitutivas de castigo” en *Universitas* N° 64 Bogotá Pontificia Universidad Javeriana jun 1983 Págs 65 a 90 Págs 70 a 78

⁹ Encuesta correspondiente al trabajo de campo que acompañó una Tesis doctoral en Psicología Social (Universidad Argentina John F. Kennedy, 2011). Deym, J. “Crisis de la pena privativa de libertad” (Tesis Doctoral en Psicología Social - Universidad Argentina John F. Kennedy) 2011

cuantitativas más abarcativas y más representativas de las representaciones sociales de la población argentina, tanto de especialistas en la materia como de la población en general.

Es decir, sin ánimo de presentarlo como algo terminado y definitivo, se propone que se profundicen estudios futuros para determinar con precisión su viabilidad o la de sistemas similares, o, eventualmente, concluir qué alcance podrían lograr, es decir, hasta *qué grado* serían viables.¹⁰

2. Descripción de la Prisión Virtual Restaurativa

A) Concepto

Las consideraciones antepuestas llevan a elaborar un modelo de respuesta al delito que podría sustituir el encarcelamiento tradicional por un régimen alternativo, integrado por un sistema de estrecha vigilancia y por la obligación de reparar - de forma material o simbólica - el eventual daño ocasionado y asistir a un Programa tentativo de Rehabilitación.

Este régimen, denominado de *Prisión Virtual Restaurativa*, aplicable a personas procesadas y condenadas por la Justicia, consiste en un seguimiento personalizado e intensivo¹¹ complementado por un control telemático y, en el caso de los condenados, combinado con penas reparatorias serias, severas y bien controladas y con tratamientos grupales basados en un cambio facilitado y un etiquetamiento inverso.

Por seguir siendo una *prisión*, aunque electrónica y no de hierro y cemento, se denomina «*virtual*». Por tener finalidades de reparación y de rehabilitación, principios fundamentales de la Justicia Restaurativa, se agrega este término. Es decir, «*Prisión Virtual Restaurativa*» es la denominación que se ha elegido para designar un modo de respuesta al delito que generaliza modos que hoy existen pero están muy atados a restricciones.

B) Finalidades

Las finalidades son: evitar los problemas, especialmente estructurales, del encierro, que afectan al detenido y a sus familiares y allegados; posibilitar que el mismo ofensor contribuya a aliviar el sufrimiento ocasionado a las posibles víctimas mediante la reparación material o simbólica (reparar simbólicamente un daño irreversible con tareas productivas a título de *composición*); y lograr una mayor seguridad en la población mediante la disminución de hechos ilícitos por menor reincidencia delictiva resultante de un tratamiento más efectivo de los ofensores fuera del ámbito del encierro.

Así, pueden señalarse:

Mantener intacta la dignidad de quien haya delinquido - y hasta aumentarla - al otorgar un sentido a la pena mediante el reemplazo del castigo basado en

es.scribd.com/doc/79580462/Crisis-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-Cuerpo-Central y
es.scribd.com/doc/79633362/Crisis-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-Anexos

¹⁰ Las conclusiones del análisis de la encuesta preliminar - cuyos resultados no se muestran aquí ya que, por la forma en que se llevaron a cabo, sólo tuvieron carácter de tentativas y provisorias - indicaron que existe más aceptación que rechazo de este modelo, pero que se considera que su implementación, en la mayoría de los casos, no es aconsejable en lo inmediato. Deym op cit

¹¹ Tal como la *intensive probation*, sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. Larrauri, E. "Control del delito y castigo en Estados Unidos" en Hirsch, A. von *Censurar y castigar* Madrid Trotta 1998 Págs 11 a 17 Pág 15

provocar sufrimiento *sin sentido* por una obligación, igualmente penosa pero *con sentido*, de reparar realmente el eventual daño producido.

Minimizar el daño colateral a los familiares y allegados de los encarcelados al evitar los inconvenientes y dolores innecesarios que el encierro inevitablemente les acarrea.

Evitar o minimizar la destrucción innecesaria de familias por la ausencia forzada de un miembro o por necesidades económicas insatisfechas derivadas de su incapacidad laboral.

Dar la posibilidad a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad de ser realmente resarcidos - en forma material o simbólica, pero siempre en forma efectiva y a total satisfacción de la parte ofendida - por el daño recibido.

Dar al ofensor condenado la posibilidad laboral y económica de mantenerse insertado en la sociedad al atender primero sus necesidades de subsistencia y luego darle la posibilidad de obtener un sueldo como operador del mismo sistema.

Motivar a quien delinquiró no sólo a no volver a hacerlo sino también a ayudar a otros infractores a rehabilitarse y a convertirse en un forjador, por métodos pacíficos y no delictivos, de un mundo menos violento y más justo.

Ir despoblando las cárceles, para ir las reemplazando por organismos de vigilancia en libertad.

Aumentar la seguridad de la población minimizando el riesgo de reincidencia delictiva ¹² por medio de la *vigilancia* al establecer un control, que, a pesar de efectuarse en libertad, sería sumamente estricto y efectivo. ¹³ También puede considerarse *disminuir la reincidencia delictiva por la misma excarcelación* al evitar que la humillación y la estigmatización que el encierro generalmente acarrea, empeoren moralmente al recluso y, en consecuencia, contribuyan a aumentar su propensión a delinquir.

C) Reglamentación

Cabe señalar que pretender una formulación jurídica de la *Prisión Virtual Restaurativa* introduciría las consideraciones en otra disciplina que, además requeriría una minuciosidad que sólo se puede satisfacer con un manejo experto de términos ajenos al enfoque psicosocial elegido y la expondría a la crítica que puede recibir todo cuerpo legal.

Sin embargo, aun a riesgo de usar un lenguaje inadecuado, puede delinearse un esbozo del pensamiento que subyace al concepto, a sus finalidades, a una eventual implementación y, finalmente, un esbozo de reglamentación, recordando que es sólo un ejemplo tentativo y, por ello, se redacta en forma sintáctica de *futuro potencial*, sujeto a todo tipo de crítica y/o modificación.

¹² Este objetivo aparece como paradójico si se cree que el sistema es menos disuasivo que el encierro tradicional. No lo es si se considera que el contagio delictivo sería inexistente y los grupos de autoayuda lograrían eliminar las actitudes delictivas de sus integrantes. En el trabajo de campo mencionado muy pocas respuestas consideraron que el delito aumentaría, hubo más respuestas que consideraron que disminuiría, pero la mayoría respondió que no lo podía prever. Esto implica la necesidad de implementar el eventual sistema con mucha cautela y evaluando cuidadosamente los planes piloto para determinar la incidencia en un ítem de tanta importancia. Si los resultados fueran negativos, este sistema no tendría sentido.

¹³ Esto es teniendo en cuenta que "...las posibilidades tecnológicas hacen que el control tienda a ser más efectivo y de más calidad que el de los muros prisionales [porque] se puede conocer de un modo más concreto, rápido y perfecto al vigilado, no sólo dónde está y lo que está haciendo, sino incluso también, si se quiere, lo que está sintiendo". Gudín Rodríguez-Magariños, F. "Medidas de seguridad bajo régimen de control electrónico" en *Revista de Derecho Penal* Vol 2009-I Buenos Aires Rubinzal-Culzoni 2009 Págs 287 a 322 Pág 306. Por otra parte, la vigilancia no sería una pena sino una medida de seguridad.

Esta reglamentación desea evitar la crítica de que por desconocimiento de disposiciones legales se presente un modelo inviable en el mundo jurídico actual. Es decir, lo que sigue será siempre considerado de *lege ferenda*.

D) Enunciado

Otorgar la posibilidad de cumplir la pena en una *Prisión Virtual Restaurativa* sería facultativo para el juez de la causa y su aceptación optativa para el condenado.¹⁴

El integrante de este régimen firmaría un convenio por medio del cual se sometería a un *estricto sistema de control* y se comprometería, además, a la *reparación del daño* que supuestamente ocasionó, con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad y a asistir a un *programa de rehabilitación*.¹⁵

a) *Estricto sistema de control*

El vigilado usaría un dispositivo electrónico o similar¹⁶ para que su localización estuviera siempre registrada y no podría salir de un determinado ámbito geográfico.

Debería concurrir diariamente a una Oficina de Control, donde describiría en forma detallada todas sus actividades en las últimas veinticuatro horas, informaría de las planeadas para los próximos siete días y explicaría las eventuales modificaciones al plan en vigencia. Además, daría datos de todas las personas con las que interactuó y/o interactuará en los próximos siete días, para que éstas fueran localizables. Estas personas podrían ser entrevistadas por el personal de la Oficina de Control y serles solicitados datos acerca de la conducta del vigilado.

Se le adscribirían uno o más oficiales (como los oficiales de *Probation*) para la evaluación de su conducta. A medida que fuera dando pruebas satisfactorias de confianza, la intensidad de la vigilancia podría ir disminuyendo, hasta que, eventualmente, pudiera concedérsele un alta provisoria o definitiva.¹⁷

El alta definitiva solamente sería otorgada por el juez de la causa, basándose en los informes de los oficiales de la Oficina de Control, en todo dato adicional que obtuviera y en su propio criterio.

En el caso de los procesados no condenados que estuvieran integrando este régimen, el alta - definitiva - sobrevendría automáticamente si el proceso culminara con el sobreseimiento o la absolución del acusado y no quedaran para él otras causas pendientes

El juez podría solicitar la presencia del vigilado en todo momento que lo creyera conveniente para evaluar personalmente su conducta.

¹⁴ Los procesados no son aquí considerados pero la libertad vigilada podría extenderse para ellos, aun cuando, antes de estar condenados, no sería pertinente el trabajo reparativo ni la concurrencia al programa de rehabilitación.

¹⁵ Este régimen incluye institutos tales como la suspensión de juicio a prueba, artículos 76 bis y ss (título XII), la condenación condicional, artículos 26 a 28 (título III) y la libertad condicional, artículos 13 a 17, todos del Código Penal, pero es más severo porque no sólo impone pautas de conducta o prohibiciones sino que ejerce un control diario, permanente y estricto.

¹⁶ Lo habitual es usar brazaletes o tobilleras. Tecnológicamente parece más seguro un chip subcutáneo y, por razones de privacidad, queda oculto y previene mejor el riesgo de estigmatización, pero su uso no está extendido por ahora y podría provocar el rechazo del usuario. Es un tema a debatirse.

¹⁷ Este tema es espinoso porque introduce necesariamente el concepto de «*peligrosidad*», que es altamente repudiado por todo el *arco crítico-garantista*. Pero no por ello debería mantenerse vigilado innecesariamente a todos o basarse exclusivamente en el tipo y la gravedad del hecho cometido. De todos modos, es un punto transable.

b) Reparación del daño

Se detectarían todas las eventuales víctimas del delito cometido y se procuraría la realización de una Mediación Penal con el ofensor y cada damnificado por separado o en forma conjunta, en la cual se pactaría la forma de reparación del daño producido con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad.

Si la mediación tuviera éxito, el vigilado procedería a cumplir con lo pactado con los damnificados en forma de pagos, trabajos y/o servicios. Si fallara, total o parcialmente, o bien el juez entendiera que lo pactado fuera insuficiente o exagerado, un grupo de profesionales podría encargarse de dictaminar la reparación o su complemento y la forma de llevarla a cabo. Aun así, el tipo de tarea podría ser consensuado con el ofensor, tomando en cuenta tanto las necesidades de la sociedad y de la víctima, como las necesidades, habilidades y preferencias del ofensor.¹⁸

El tiempo que se necesitara para completar la reparación podría ser más largo que la condena a prisión que hubiera correspondido en caso de no aceptarse la integración al régimen y no tendría ninguna relación con el tiempo de vigilancia, ya que podría ser indistintamente mayor, igual o menor que éste.¹⁹ La exigencia de reparación de los daños provocados podría ser muy severa y, en caso de no serlo, por no existir daños o ser menores frente a la gravedad imputada, como en las tentativas, podría ser intensificada por el tribunal, de modo que no existiera ninguna clase de impunidad.

Sin embargo, para dar la posibilidad al infractor de continuar interactuando con la sociedad - si bien, como quedó dicho, puede ser bajo estrecha vigilancia - y poder obtener al menos un ingreso mínimo de supervivencia, el condenado a trabajos reparativos o comunitarios podría realizarlos a tiempo parcial, dedicando el resto de la jornada a actividades remuneradas. En caso de no poder conseguir trabajo y, así, valerse por sus propios medios, el sistema debería proveerle de un ingreso que garantice su subsistencia, a cambio de una eventual contraprestación de trabajos y/o servicios.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones reparatoras, éste debería ser evaluado por los oficiales de la Oficina de Control en primera instancia y en instancia superior por el juez de la causa.

c) Programa de Rehabilitación

¹⁸ Este consenso quedaría limitado por la necesidad de imponer tareas útiles pero de alguna forma penosas, de modo que se contemplarían los deseos del ofensor pero la decisión final quedaría a la consideración de las autoridades judiciales. Podrían considerarse opciones de tipo de tarea contrapuesto a tiempo. Por ejemplo, un año de trabajo de limpieza equivalente a dos años de trabajo administrativo.

¹⁹ Queda clara aquí la intención (siempre sujeta a revisión y críticas) de separar conceptualmente la vigilancia de la reparación. La primera se considera aquí medida de seguridad, la segunda es considerada pena, porque consiste, a través en la obligación de realizar tareas reparatoras. En el Derecho alemán, Claus Roxin propuso que la reparación fuera una «tercera vía» del Derecho Penal junto con las penas y las medidas de seguridad. El tema admite discusión, ya que podría existir en la reparación algún tipo de consenso por parte del ofensor y, entonces, no sería una pena por falta del elemento coactivo. Pero puede haber consenso en el *tipo de tarea*, y coacción en la realización de *alguna tarea* si se evita el encierro.

Al menos una vez por semana el vigilado debería concurrir a reuniones grupales con pares y profesionales, donde su presencia podría ser exigida, pero no así su adhesión al Programa.²⁰

Se lo invitaría a trabajar a favor del desarrollo de este Programa, que consistiría, como mínimo, en ayudar a los vigilados a reintegrarse eficazmente a la sociedad, pero podría tener objetivos más amplios.²¹

Durante el tiempo que estuviera sin alta, el vigilado sería considerado un integrante pasivo del sistema. Durante ese tiempo, en caso de necesitarlo, el sistema debería proveerle de un ingreso que garantizara su subsistencia, pero una vez obtenida el alta, el ex-vigilado podría optar por retirarse del Programa total o parcialmente o continuar integrado como operador activo. Esto último implicaría una remuneración que le permitiera vivir dignamente y mantener a su familia.²²

E) Implementación

Se plantea, ante una eventual implementación de este modelo, cómo, dónde y cuándo podría llevarse a cabo.

La forma de llevarlo a cabo sería mediante una política paulatina de excarcelación e implementando 1) controles personalizados muy estrictos, incluyendo mecanismos de localización permanente mediante dispositivos telemáticos, 2) tareas reparativas, en beneficio de las víctimas o de la comunidad, serias, controladas, severas y extendidas en el tiempo, y 3) grupos de autoayuda similares a los utilizados por Alcohólicos Anónimos o comunidades terapéuticas.

Su posible implementación (o de un programa similar) está pensada para la República Argentina, sin descartar que primero pueda implementarse en otras partes del mundo. Pero hay que señalar que una eventual implementación de algo al menos similar a lo presentado es totalmente tentativa y está sujeta a múltiples circunstancias y, en especial, a la voluntad política de llevarla a cabo.

²⁰ Se presenta este tratamiento como cambio facilitado, en contraposición a los tratamientos coactivos. Aquí se propone que la presencia del usuario del régimen sea obligatoria, pero su actuación en el Programa, sus dichos y actitudes no deberían ser condicionadas por ninguna autoridad penal ni ser usadas para evaluar su conducta, por lo cual debería ser confidencial todo lo actuado dentro del grupo.

²¹ Una propuesta más audaz, quizás utópica, pero que podría presentarse, al menos, como sujeta a posibles pruebas antes de ser descartada, fue que los grupos tuvieran actividades que se extendieran a obras benéficas o de utilidad social, tales como las que llevan a cabo algunas ONG. Esta idea fue concebida en conversaciones con personas detenidas que manifestaron deseos de colaborar en ese sentido una vez que estuvieran libres y se convalidó durante conversaciones previas y posteriores a las etapas formales (preguntas según guía de entrevista y llenado de cuestionarios) del trabajo de campo. También en las entrevistas se recibieron noticias de personas que siguieron efectuando como voluntarias las mismas tareas de colaboración social impuestas por una *Probation* una vez terminada ésta. Es más, la idea que se elaboró a partir de estas consideraciones es que el Programa tendría como consigna más amplia, *contribuir, por medios pacíficos y no delictivos, a transformar el mundo actual en un mundo menos violento y más justo*, dándosele la posibilidad a cada participante para hacer su propio aporte. Quizás suene ingenuo pensar en catalogar a quienes han delinquido como candidatos a comprometerse con el bienestar de la sociedad. Sin embargo, la idea del *cambio profundo* lleva a proponer esto a quien ha delinquido etiquetándolo «al revés», procedimiento que es uno de los pilares del modelo. No se pasa por alto la dificultad de implementar estas actividades en la rutina del vigilado y dentro de su programa de reparación a las víctimas o de servicios comunitarios. Es un tema que debería estudiarse cuidadosamente.

²² Siguiendo con la propuestas de las actividades benéficas y de utilidad social, la incorporación al Programa de vigilados liberados podría hacer crecer las mencionadas ONG, cumpliendo el triple propósito de servir a la sociedad, dar una salida laboral a quienes han delinquido en el pasado y mantenerlos no sólo fuera del mundo delincuenciales sino en sus antípodas, tomando en cuenta la importancia, de un giro de 180° en las actitudes.

La *Prisión Virtual Restaurativa* no pretende ser, por ahora, una propuesta legislativa, sino que es sólo un modelo utilizado como simple herramienta para proponer un estudio psicosocial, del cual sí podría derivarse - pero también reformularse o descartarse - una propuesta final de este tipo.

Los pasos para lograr una implementación requieren la realización de estudios cuantitativos complementarios y, en caso de resultados favorables, de su aceptación, primero a nivel académico y luego a nivel legislativo, y sólo entonces de la realización de planes piloto y evaluación de sus resultados. De modo que no se puede prever un tiempo de realización y se debe prever que, de ser aceptada la idea, habría un tiempo para lograr un cambio de paradigma penal y un tiempo para su materialización.

F) Alcance

Si bien la generalización de la aplicación de la Prisión Virtual Restaurativa es un objetivo que soslaya a quien adjudicárselo, porque, al no detallarlo, sostiene - tácitamente - que es *para todos*, esto es prácticamente inviable.

En primer lugar porque, a pesar de la tecnología, que a nivel mundial hoy funciona bien - aunque hubo gruesas fallas en la Argentina - es posible que algunas personas sean incontrolables. Por ejemplo, aquellas que hoy, siendo inimputables, están sujetas a medidas de seguridad. Otro ejemplo estaría dado por personas que serían totalmente incontrolables por presentar psicopatías presuntamente indicadas por la índole del hecho cometido.²³ Finalmente, otras que, debido a presentar adicciones, necesariamente requerirían un internamiento más o menos prolongado para su recuperación.²⁴

Pero, también, porque no se puede pensar en una implementación repentina. Ésta debería ser necesariamente paulatina y, por lo tanto, sería necesario priorizar con quien comenzar su otorgamiento. Por ejemplo, cabe preguntar si los primeros otorgamientos habrían de ser para quienes ya han pasado por la prisión o para condenados nuevos.

Estos interrogantes quedan abiertos y no hacen a la esencia del sistema.²⁵

Es decir, en suma, que, en cuanto a sus alcances, en líneas generales, estaría dirigido inicialmente a personas que hubieran estado encarceladas y tuvieran buen pronóstico de cumplimiento de normas e irlo extendiendo a todas las personas que se presumiera que razonablemente podrían ser controladas fuera de la prisión y que estas personas podrían ser quienes ya hubieran estado encarceladas o no. Los trabajos de investigación ulterior deberían indicar la

²³ Este tema se presenta a discusión, por cuanto no está unánimemente admitida la demostración científica de que los autores de determinados delitos, como los sexuales, sean necesaria y compulsivamente reincidentes, pero es una creencia muy generalizada aun entre especialistas en conducta humana.

²⁴ De todos modos, este internamiento en centros de recuperación no necesariamente debería tener características de prisión.

²⁵ Un candidato interesante a recibir el reemplazo de un encierro pasivo por una tarea reparativa podría ser Omar Chabán, responsable de estrago culposo. Una reparación a considerar sería trabajar por muchos años, quizás el doble de su condena a prisión, como inspector de seguridad de locales de espectáculos. Nadie mejor que él para conocer los problemas derivados de irregularidades y sobornos. Su sueldo (o gran parte de él si trabajara *full-time* en esto) podría destinarse a indemnizar a los parientes de las víctimas. (Al fin y al cabo, si se indemniza a los parientes de personas muertas por el terrorismo de Estado ¿por qué no aquí?). Pero, por una parte, habría que constatar que esta conversión de penas fuera aceptable para él (en definitiva, serían más años) y, por otra - y esto es casi inimaginable -, que los padres de las víctimas, mientras el paradigma del encierro estuviera aún fuertemente vigente, aceptarían que el responsable de las muertes de sus hijos estuviera fuera de una prisión tradicional. El posible cambio de la actitud vindicativa de las víctimas si se acostumbraran a recibir respuestas reparativas es uno de los temas que se propone continuar investigando.

viabilidad de aceptar dentro de este régimen a autores de hechos graves, sólo de *algunos* hechos graves, sólo de hechos de gravedad media o bien, como ahora, sólo de los «*delitos de bagatela*».

G) Consideraciones adicionales

Continúa la exposición de ideas, en forma de reglamentación complementaria, que, de ninguna manera, pretenden *definir* el modelo. Son simplemente ideas al respecto y no hacen a la esencia de lo que aquí se pretende, que es un cambio en dicho sentido pero no necesariamente el descripto.

a) Operadores del sistema

Se considera la posibilidad de que sean los mismos egresados del sistema más un nuevo tipo de profesionales quienes se encarguen de la conducción del programa.

La Oficina de Control ante la que se deberían presentar inicialmente en forma diaria los vigilados, sería inicialmente conducida por personas seleccionadas entre actuales oficiales de *Probation* (en los países que los tienen) y, eventualmente, personal del actual Servicio Penitenciario que solicitara el cambio ²⁶ y el Programa de Rehabilitación estaría dirigido inicialmente por profesionales tradicionales (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, docentes).

Pero los conductores del Programa de Rehabilitación se irían progresiva y naturalmente reemplazando por integrantes convertidos en operadores activos y tanto en la Oficina de Control como en el Programa de Rehabilitación se irían incorporando profesionales especializados egresados de una carrera universitaria que se crearía *ad-hoc*. Esta carrera daría instrucción en temas de Derecho, Psiquiatría, Psicología, Antropología, Sociología y otras disciplinas, pero fundamentalmente sería un entrenamiento continuo en comprender y ayudar al ser humano necesitado. Las condiciones de ingreso a la carrera y la obtención del título habilitante estarían sujetas a una evaluación profunda de la disposición del interesado a comprometerse de una forma humana y constructiva en la ayuda al condenado y en incentivar su rehabilitación.

b) Criterio de incorporación y egreso

En cuanto a las personas candidatas a ingresar al régimen de *Prisión Virtual Restaurativa*, los criterios para otorgar y revocar la posibilidad de estar en él serían los siguientes:

La sustitución de la pena privativa de libertad por este régimen se otorgaría de acuerdo con el criterio de posibilidad de controlar al procesado o condenado fuera de prisión.

En cuanto al egreso, si bien la causa sólo se extinguiría cuando se diera tanto el alta definitiva concerniente a la vigilancia como cumplida la reparación, quedaría la posibilidad de bajas por incumplimiento.

El incumplimiento generaría la baja del régimen, pero, además, no se descarta que haber transgredido normas pactadas pudiera acarrear una sanción

²⁶ Esto no debe entenderse como que dichas personas siguieran perteneciendo al Servicio Penitenciario, ya que éste no debería administrar, como está previsto hoy, medidas no privativas de libertad.

penal, ya que se basaría en la ruptura de una cláusula contractual. Estas penas podrían ser privativas de libertad o podrían ser canjeadas conjuntamente con la pena original por un reingreso al régimen.

c) *El control del sistema*

Cabe ahora responder a la pregunta: *¿Quién controla a los que controlan?*

Es evidente el peligro que este sistema de *no castigar pero sí supervigilar* podría desembocar en una *degeneración panóptica* denunciada primeramente en la novela *1984* de George Orwell y luego en los escritos de Michel Foucault en su crítica a todo proyecto basado en la adopción por parte del Estado de las ideas *panópticas* introducidas por Jeremy Bentham al definir la arquitectura ideal de las prisiones.

Para evitar este peligro, el *control de los controladores* podría ejercerlo la misma comunidad, mediante auditorías realizadas por un jurado, cuya integración y funciones se deberían reglamentar para lograr garantía de transparencia en el funcionamiento del sistema.

3. *Objeciones previsibles al modelo PVR*

A) Al control telemático

Si bien las alternativas a la prisión son consideradas en ciertos casos mejores que ésta, el tema de la seguridad es un obstáculo primordial, ya que se asocia automáticamente la inocuidad con los muros y las rejas,²⁷ inspirándole a la población desconfianza cualquier otra alternativa cautelara.

Por lo tanto, para compatibilizar objetivos que no inquieten a la población, si se deseara expandir el uso de la libertad vigilada, sería absolutamente necesario para dar un mensaje tranquilizador implementarla a través de mecanismos que aseguren un control inobjetable, es decir, una vigilancia muy estricta y personalizada, superior incluso a la *Intensive Probation* que se aplica hoy en casos de liberados condicionales con riesgo presunto de fuga o reincidencia.²⁸

Sin embargo, es cierto que, en términos de seguridad, no se acepta fácilmente la idea de que el control telemático pueda ser eficaz. En la Argentina hubo crímenes cometidos por personas que estuvieron bajo dicho control que desprestigiaron considerablemente el sistema. Particularmente contribuyó a esto un resonado cuádruple crimen, a fines de julio de 2008, en el que fueron asesinados a sangre fría dos hermanitos de corta edad, presuntamente a manos de quien estaba monitoreado electrónicamente.²⁹ Ante este hecho, se expandió

²⁷ Ello lleva a los jueces, con demasiada frecuencia, a recurrir sin necesidad a la prisión preventiva. Si bien los excesos de la prisión preventiva no es un tema de este trabajo - merecería un extensísimo tratado aparte que aquí ya no es posible darle - es imposible dejar de reconocer el creciente clamor de las objeciones contra su uso y, particularmente en la Argentina, su abuso: "La mayoría de los ciudadanos bienpensantes respiran con alivio cuando cualquier sospechoso de criminalidad de trascendencia pública es encerrado a despecho de su probable inocencia". Niño, L. F. *Estudios penales* Buenos Aires Fabián J. Di Plácido 2007 Pág 157

²⁸ Sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. Larrauri, E. "Control del delito y castigo en Estados Unidos" en Hirsch, A. von *Censurar y castigar* Madrid Trotta 1998 Págs 11 a 17 Pág 15

²⁹ La referencia es a la ola de protestas que levantó la libertad vigilada con tobillera electrónica otorgada previamente al autor del cuádruple asesinato (Argentina, julio 2008) en la localidad bonaerense de Los Cardales, Campana, en la que dos de las víctimas fueron unos hermanitos de once y ocho años. El juez Nicolás Schiavo, quien había concedido la libertad vigilada, fue

la idea de que una persona con pulsera o tobillera puesta puede fácilmente cometer un crimen y hasta que, en casos compulsivos, como se caracteriza en el imaginario colectivo a los casos de ofensores sexuales, los vigilados llevarían a cabo hechos ilícitos aun sabiendo que serían inmediatamente descubiertos.

Pero también, más allá de las objeciones «*conservadoras*» que apuntan a la seguridad de la población, desde posiciones «*progresistas*» se ha considerado que el control personalizado basado en controles telemáticos en vez de estar basado en los tradicionales muros y rejas, corre el riesgo de generar una sociedad panóptica y totalitaria, ya que se crearía ante esta consigna una vigilancia más desarrollada, que se aplicaría fácilmente a un mayor número de personas.³⁰

B) A la reparación de delitos graves contra las personas

Existe también la objeción a la generalización de los trabajos reparativos. Con respecto a la reparación, el jurista alemán Claus Roxin sostiene que puede dar como resultado una atenuación de la pena y en algunos casos leves sustituirla totalmente,³¹ pero que en casos graves se necesita *siempre* un castigo, que podrá atenuarse si hay reparación pero de ninguna manera desaparecer.

El mismo Roxin, a pesar de ser un propulsor entusiasta y activo de la reparación y que tan contundentes argumentos diera a favor de ella, advierte: “*Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados, como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes*”.³²

Probablemente es porque considera que la reparación nunca puede ser tan dura como la pena. Si lo fuera, no sería escollo para la prevención negativa - aun así Roxin opina que el castigo tampoco es preventivo porque el que planea un hecho ilícito cree que no será descubierto³³ - pero sí para la prevención general positiva. La no aceptabilidad social de un sustituto del castigo sería causa suficiente como para no prescindir de dicho castigo.

En la investigación preliminar llevada a cabo se comprobó que una representación social de una *reparación draconiana* (es decir, severa, mediante

sometido a juicio político. “El jurado de enjuiciamiento conformado para estudiar el caso del juez de garantías Nicolás Schiavo se reunió por primera vez y consideró que posee jurisdicción y elementos suficientes para iniciar el proceso de remoción del magistrado”. “Se inició la instrucción del *jury* al juez Schiavo” *Diario La Nación* 8 de octubre de 2008. También Kent, J. “Pulseras electrónicas. Los componentes de un ineludible debate” en *La Ley. Actualidad* Año LXXII N° 156 Buenos Aires La Ley 2008 Págs 1 a 2 Págs 1/2

³⁰ Por ejemplo, Raúl Zaffaroni considera tan seriamente esta posibilidad que puede interpretarse que es aun a costas de mantener el sistema carcelario: “Es posible que dentro de pocos años la cárcel tenga una aplicación mucho más reducida que la actual, pero esto no debe ser materia de alegría para nadie, porque la perspectiva más cercana es que sea reemplazada por controles electrónicos de conducta, que serían más baratos y, por ende, podrían aplicarse a un número indefinido de personas, lo que permitiría una sociedad mucho más represiva que la actual”. Zaffaroni, E. R. revistappp.com.ar/phpbb/viewtopic.php?t=243 “La cárcel” marzo 2008

³¹ “Pero incluso en los delitos más graves, los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual arrepentimiento del autor y asumir los costos hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena”. Roxin, C. “Pena y reparación” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Madrid Ministerio de Justicia e Interior 1999 Vol LII Págs 5 a 15 Pág 11

³² Ibid

³³ “El efecto intimidatorio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado”. Ibid

trabajos duros y extendidos en el tiempo) no existe, aunque no se trata de un concepto que no pueda elaborarse. Pero, por ahora, las legislaciones y disposiciones judiciales sobre reparaciones, limitadas a casos leves, han marcado el concepto de liviandad de cualquier alternativa.

Por otra parte, también existen, en resguardo de la protección de los ofensores, objeciones para la participación de las víctimas, basadas en que admitir sus exigencias podría otorgarles demasiado poder.³⁴

C) A incentivar cambios de actitud

Con respecto al incentivo para el *cambio profundo de actitud*, existe en las áreas más bien conservadoras un gran escepticismo en lograrlo. Pero, además, la idea de «convertir» a alguien choca contra ciertas críticas que sostienen que impulsar un cambio de actitud es violentar al individuo y que ello no es lícito ni aún con los peores criminales.

Michel Foucault es uno de los más exaltados denunciadores de los intentos de reforma moral.³⁵ Por otra parte, Elías Neuman aporta una visión negativa acerca de las expectativas generales sobre una posible *conversión* de los delincuentes, al afirmar que «no se debe» tender a la perfección moral del recluso.³⁶ Sin embargo, parecería contradecir esta afirmación cuando se refiere a casos particulares, ya que en el mismo texto, unas páginas más adelante, señala que “hay gente con una abismante capacidad de mal que, de pronto, al brindárseles una mínima oportunidad, un pequeño estímulo de confianza que tal vez nunca sintieron, cambian provechosamente” y que conoce casos de peligrosos delincuentes en que esto realmente ocurrió.³⁷

4. ¿Cambio posible o imposible?

A) Conceptos objetables

a) *Una sociedad sin prisiones*

³⁴ El penalista argentino Alberto Bovino, aun cuando se manifiesta crítico en muchos aspectos del Sistema Penal, expresa sus reservas con respecto a brindar excesivo poder de intervención a la víctima, ya que, desde el punto de vista garantista, la protección del ofensor podría quedar expuesta. Bovino, A. “La víctima como preocupación del abolicionismo penal” en Maier, J. B. J. (comp) *De los delitos y de las víctimas* Buenos Aires Ad-Hoc 1992 Págs 261 a 279 Pág 279

³⁵ Foucault, M. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* Madrid Siglo XXI 26ª edición 1997 Pág 26. Foucault, M. *Microfísica del poder* Madrid Siglo XXI 3ª edición 1991 pág 96. Foucault, M. “La verdad y las formas jurídicas, 4ª conferencia” en Foucault, M. *Estrategias de poder* Barcelona Paidós 1999 Págs 221 a 239 Pág 225. Foucault, M. *La vida de los hombres infames* Madrid La Piqueta 1990 Págs 231/232.

³⁶ “Coincido plenamente con López Rey y Arrojo (en *Cuestiones penológicas* Tucumán Richardet 1925 Pág 51) cuando, al enunciar su obra sobre la Readaptación moral integral del delincuente, sostiene que no hay que hacer de él, mediante costosos tratamientos y servicios, un hombre mejor que el que no lo es. Lo que sí importa es hacer del recluso un hombre que, aunque no moralmente perfecto, pueda conducirse, una vez en libertad, al igual que los demás, que, por otra parte, tampoco son moralmente perfectos”. Neuman, E. “Criminología y reforma carcelaria” en Neuman, E. (dir) *Problemas actuales de la Criminología Argentina. Volumen Nº 1* Buenos Aires Pannedille 1970 Págs 139 a 163 Pág 143

³⁷ “Cuento en estos momentos con dos experiencias sobre peligrosos delincuentes que se han rescatado a sí mismos de la lobretez en que vivieron en libertad y viven en prisión por el fruto de una mano amistosa o la compañía de un buen libro que les acerca esa mano. Esto puede parecer idílico a los descreídos o absurdo a quienes suelen utilizar la lógica abstracta de sus profesiones más allá de éstas.” Neuman “Criminología y reforma...” op cit Pág 149:

¿Puede existir una posible sociedad que prescindiera, al menos para la mayoría de los autores de hechos ilícitos, de la prisión tradicional?

Las críticas al sistema carcelario alientan que, al menos, se piense en tal posibilidad. Pero existe rechazo o, al menos, descreimiento a considerarla seriamente.³⁸ Este rechazo ya había sido anticipado por el criminólogo noruego Thomas Mathiesen, cuando señaló, a raíz de las dificultades que tuvo para lograr la atención hacia su propuesta abolicionista institucional, que “no ha habido nunca una transformación social importante en la historia de la humanidad que no haya sido considerada poco realista, idiota o utópica por la gran mayoría de los expertos”.³⁹

Las leyes - ya sean fundadas en principios retributivos o preventivos (inocuidadores y disuasivos) - exigen que el delito se «pague», especialmente cuando es grave, con pena de prisión. Existe un consenso general que apoya las alternativas al encierro para casos de hechos leves, pero cuando el hecho es considerado grave la introducción de estas alternativas se cuestiona por insuficiencia de retribución, por insuficiencia de escarmiento y por insuficiencia de seguridad. Además, el principio de legalidad ata las manos de los jueces, quienes, a veces sin desearlo, se ven obligados a dictar el encarcelamiento y, así, sólo pueden minimizar, dentro de los rangos que la ley permite, la severidad de la sentencia.⁴⁰

Por otra parte, quienes sugieren suprimir las prisiones se enfrentan con la pregunta «entonces, ¿qué haremos con los delincuentes?» y, por lo general, no tienen respuestas elaboradas, como si ellos también compartieran la irrealidad de cualquier propuesta. Esta pregunta apunta, particularmente, a los autores de hechos graves.

Así, actualmente existe una situación paradójica, porque mientras se reconoce la grave crisis que envuelve a la pena de prisión y los fracasos, en líneas generales, en llevar a cabo dentro de sus estructuras la ideología del tratamiento, esta pena es hoy considerada necesaria en lo que a ciertos hechos ilícitos y a ciertos ofensores se refiere.

En general, los que rechazan el cambio aseguran que prisiones habrá siempre. Algunos creen, como Michel Foucault, que la pena de prisión seguirá siendo socialmente aceptada como la única manifestación del control estatal⁴¹ y que toda sociedad que renunciara a esta pena firmaría, a un tiempo, su propia sentencia de muerte porque acordaría la abolición de la propia sociedad

³⁸ En la presentación de un artículo denominado, precisamente, “Una sociedad sin prisiones”, el autor, quien desea profundizar en este enfoque, se ataja confesando que el mismo título suena utópico y se pregunta qué sociedad querría o podría arreglarse sin prisiones. Señala que en las representaciones de derecho y orden está incorporada la idea de que los perturbadores de la paz social, como ladrones, violadores o asesinos, deben ser detenidos por la policía, encarcelados y permanecer en prisión por un tiempo más o menos largo, ya que la sociedad debe ser protegida de ellos. Sin embargo, se pregunta si es oportuno analizar que una sociedad pueda vivir sin prisiones (“¿Se podría aplicar un Derecho Penal que renuncie a las penas privativas de libertad?”) y si es sensato ocuparse del tema y finaliza con la pregunta: “¿Se podría aplicar un Derecho Penal que renuncie a las penas privativas de libertad?” Schumann, K. F. “Una sociedad sin prisiones” en *Doctrina Penal*, año 14, enero-junio 1991, N° 53/54 Buenos Aires Depalma 1991 Págs 109 a 128 Pág 109

³⁹ Mathiesen, T. “La abolición, ¿un sueño imposible?” Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Auckland, Nueva Zelanda, 18-21 febrero 1997 citado en Toro, M. C. “La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista” en Schünemann, B. (comp) *Cuestiones actuales del sistema Penal. Crisis y desafíos* Lima (Perú) Ara 2008 Págs 433 a 453 Pág 435

⁴⁰ Así podrían interpretarse las sentencias leves que se adjudican a jueces como Raúl Zaffaroni, partidario de un Derecho Penal Mínimo, quien ha manifestado más de una vez su descreimiento en la eficacia de la pena y más aún en la de pena de prisión.

⁴¹ Foucault, M. *La verdad ...* op cit Pág 137

organizada en Estado.⁴² Otros autores se resisten a prescindir de las prisiones porque alegan que no hay certidumbre de que algo que eventualmente pudiera ocupar el espacio vacío pudiera ser más humano.⁴³

Finalmente, hay quienes arrojan la solución del problema para adelante y sostienen una situación de compromiso: las prisiones desaparecerán, pero *no por ahora*.⁴⁴ Así, por ahora al menos, la pena privativa de libertad, con todas sus características criticadas, sigue existiendo y reproduciéndose, aun cuando existe una tendencia a reducir el ámbito de la Justicia Penal, especialmente en los países escandinavos, o bien ampliar este ámbito pero siguiendo la estrategia de la humanización.⁴⁵

b) *Delincuentes corregibles*

Una reflexión del filósofo y poeta alemán Johann-Wolfgang Goethe - que está pintada en la entrada del cordón de seguridad en una prisión argentina⁴⁶ - dice así: «*Si tomas a las personas por lo que son, las harás peores de lo que son. Si las tomas por lo que pueden llegar a ser, las ayudarás a llegar adonde deben ser llevadas*».

Aplicado a quien ha delinquido, reproduce cuanto sostiene la teoría del Etiquetamiento. Si se trata al delincuente como delincuente, se lo convertirá en algo peor. Y si aquí se utiliza la palabra «*delincuente*» sólo para las personas que, además de haber delinquido, persisten en una actitud favorable al delito, se convertirá en delincuentes a quienes no lo son aún.

Dentro de esta terminología, un ofensor que ha cambiado su actitud, no importa qué haya hecho, cuán grave haya sido su crimen, dejaría, así, de ser delincuente, tal como se examinó ante la idea de invertir el *labelling* y propiciar un giro de 180° en la actitud delictiva.⁴⁷

Ahora bien, lograr este cambio de actitud en una persona que no sólo ha delinquido sino que persiste en su deseo de continuar haciéndolo no puede hacerse fácilmente si se lo denigra y se lo trata como a un ser distinto, que es inferior y repudiable. El giro de 180° en la respuesta a la conducta delictiva para lograr un cambio drástico de actitud - que es también un giro de 180° - implica

⁴² Berdugo Gomez de la Torre, Luis; Ferré Olivé, Ignacio; Arroyo Zapatero, Juan Carlos et al *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* Barcelona Praxis 1996 Pág 293

⁴³ Bueno Arús, F, "La dimensión jurídica de la pena de prisión" en *Doctrina Penal* N° 40 Buenos Aires Depalma 1987 Págs 651-674 Pág 673

⁴⁴ Hay autores que propugnan la abolición, pero son escépticos en el corto plazo, declarando, por ejemplo: "En los albores del siglo XXI, habiendo caminado la prisión un largo camino, parece ser que tendrá una larga vida, que su penosa presencia nos acompañará durante mucho tiempo más." Toro op cit Pág 436

⁴⁵ Scheerer, S. "Hacia el abolicionismo" en Cohen S. (dir.) *Abolicionismo Penal* Buenos Aires Ediar 1989 Págs 15 a 34 Pág 16

⁴⁶ Unidad N° 2 del Servicio Penitenciario Federal Argentino, situada en Villa Devoto, Ciudad de Buenos Aires.

⁴⁷ Quizás en casos especiales no sea necesaria un cambio completo y cabal de la persona - aunque es indispensable en la mayoría de las situaciones para asegurar que dicho cambio sea estable - sino tan sólo darle un sentido a la pena. En el film "The dirty dozen" ("Doce del patíbulo") - dirección de Robert Aldrich y protagonizada, entre otros, por Lee Marvin, Ernest Borgnine, Robert Ryan, Charles Bronson, John Cassavetes, Telly Savalas y Donald Sutherland, - www.allmovie.com/work/the-dirty-dozen-13877 "The dirty dozen" septiembre 2009 -, durante la segunda guerra mundial se propone a un grupo de condenados a muerte o a muchos años de prisión una condonación de la condena a cambio de alistarse en el ejército y estar disponibles para misiones muy arriesgadas, con muy alta probabilidad de muerte en acción. Tanto los condenados a muerte como los condenados a prisión aceptan, evidenciando que morir en acción y por su país es radicalmente distinto a morir por sus crímenes o hasta quedar en prisión por ellos. El sentido de una muerte, más allá de la posibilidad de sobrevivir, cambia totalmente el destino de estas personas y, con ello, sus actitudes y personalidades. Se convierten de delincuentes en posibles héroes.

renunciar a la idea casi ritual del *castigo automático*. Si bien existe un consenso generalizado en que la pena debe existir, el paradigma reparativo, ejemplo de giro radical, la propone bajo la forma de una *auténtica reparación*.

Por otra parte, como se verá a continuación, hay ejemplos - aunque no muy difundidos - de casos en los que el perdón, el desafío o el buen ejemplo han sido muy superiores en eficacia a los castigos para disuadir a las personas de continuar delinquiriendo.

En el libro *Los Miserables* de Victor Hugo,⁴⁸ el protagonista Jean Valjean es encarcelado durante diecinueve años por robar un pedazo de pan que intentaba dar a unos chicos hambrientos. Como era de esperar, el «*castigo*» lo embrutece realmente y cuando sale de prisión es ya un auténtico delincuente. Alojado en la casa de un bondadoso obispo, le paga con el robo de su platería. La policía lo detiene y lo lleva a la casa del anfitrión para comprobar su poco creíble afirmación de que los objetos le habían sido regalados. Pero el obispo confirma la mentira, añade aún más platería a la bolsa de Valjean y lo despide con estas palabras: «*Jean Valjean, hermano mío, Vd. no pertenece ya al mal, sino al bien. Es su alma la que le compro; se la quito a los pensamientos malos y al espíritu de perdición y se la doy a Dios*». ⁴⁹ Valjean parte y se convierte en un hombre de bien. Ahí empieza otra historia, la de un hombre extraordinario, con bellos principios y actitudes abnegadas y heroicas.⁵⁰

Relata en un Seminario el psiquiatra e hipnoterapeuta Milton Erickson la historia de Joe.⁵¹ Este muchacho desalmado, ladrón y probablemente asesino, había sido ya condenado a varios años de prisión. Volvió al pueblo donde se había criado al salir en libertad, siguió cometiendo robos, se comportaba de forma penderciera con los hombres y molestaba a las muchachas. Hasta que un día se encontró con Edye, una chica joven, muy bonita, inteligente, fuerte y trabajadora, bien instruida para los standards del pueblo y, además, la hija del hombre más acaudalado del pueblo. Al verla, sin animarse a decirle alguna de sus típicas groserías, Joe le preguntó irónicamente: «*¿Puedo llevarte al baile el sábado?*». Toda lógica indicaba un rechazo despectivo o atemorizado. Pero Edye no se inmutó: «*Puedes, si eres un caballero*». Llegó el sábado. Joe se puso sus mejores ropas y se presentó en lo de Edye para llevarla al baile. La velada fue amable y placentera para ambos. Cabe imaginar que cuando se despidieron, Joe preguntó: «*¿Puedo volver a invitarte?*». Edye respondió: «*Puedes, si eres un caballero*». El final era previsible. Joe devolvió todo lo que había robado, se convirtió en una persona seria, honesta y trabajadora, se casó con Edye y fue uno de los mejores amigos de todos y uno de los mayores benefactores del pueblo.

En realidad, lo que está en la base de estos cambios drásticos de actitud es lo que denomina Franz Alexander *experiencia emocional correctiva*⁵²: las

⁴⁸ Hugo, V. "Los Miserables" (Libro segundo: "La caída", Cap XII: "El obispo trabaja") Buenos Aires Losada 2005 Págs 94 a 97

⁴⁹ Hugo op cit Pág 97

⁵⁰ Es muy interesante entender cómo resuelve Víctor Hugo este tema en el pasaje de su obra en que Monseñor Myriel justifica su perdón y hasta «*recompensa*» por el mal obrar a Jean Valjean. Ni Jean Valjean pide perdón ni reconoce su culpa, pero el obispo comprende que era tal la injusticia que recaía sobre el liberado, debido a la miseria forzosa a que estaba condenado, que, sin justificar el acto, lo perdona. Sin embargo, de algún modo se asegura que Valjean optará por apartarse de la mala conducta y ésta es la verdadera justificación de su perdón. En cuanto a la visión de la víctima, que es él mismo, y de su derecho a ser resarcido, se corre de esa posición al razonar así: "...yo retenía injustamente desde hace tiempo esa platería. Pertenecía a los pobres. ¿Quién es ese hombre? Un pobre, evidentemente." Hugo op cit Págs 94

⁵¹ Zeig, J. *Un seminario didáctico con Milton H. Erickson* Buenos Aires Amorrortu 1985 Págs 187 a 191

⁵² Alexander, F.; French, T. M. et al. *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application* New York Ronald Press 1946 (Capítulo 2: "The development of psychoanalytic therapy" Págs 13 a 24; Capítulo 4: "The principle of corrective emotional experience" Págs 66 a 70; y Capítulo 17: "Conclusions and outlook" Págs 338 a 341 capítulos reproducidos en Alexander, F.

implicaciones que puede tener sobre la personalidad un tratamiento que, más allá de sus características materialmente violentas o no violentas, se constituya en un ataque al equilibrio emocional de una persona.⁵³

Esto no significa que un trato así asegure el cambio de actitud,⁵⁴ pero estos autores han constatado que la experiencia emocional correctiva en estos casos ha actuado⁵⁵ y lo ha hecho en forma no violenta. De todos modos, quizás en ciertos casos una forma violenta también puede producir el mismo efecto, pero, generalmente, según se ha denunciado, produce el efecto contrario, justamente porque la experiencia emocional no es *correctiva* sino *reforzadora* de las actitudes que se pretenden corregir.

Aunque casos similares a los de Jean Valjean y Joe no abundan, son ejemplos para entender que las actitudes de las personas pueden cambiar en forma radical.

Nils Christie acepta que en ciertos «*monstruos*» podría existir la imposibilidad del cambio de actitud, pero aun así sostiene que, a través de su extensa dedicación al mundo del delito, nunca encontró un solo *monstruo*, es decir, un individuo *absolutamente incorregible*.⁵⁶

También son elocuentes el relato y las conclusiones del jurista italiano Francesco Carnelutti. Señala que, como abogado defensor de un homicida que había matado premeditadamente a dos hombres disparándoles por la espalda, al comunicarle que la pena mínima que podía esperar eran treinta años de reclusión, el procesado se refirió a su hermano, acusado de instigación a esos hechos, a quien Carnelutti también defendía. «Él me escuchó impasible; después dijo: «*no se ocupe de mí, abogado; yo soy un hombre perdido; piense en salvar a mi hermano, que tiene nueve criaturas*». Entonces, un rayo de amor iluminó su

www.psychomedia.it/pm/modther/probpsiter/alexan-2.htm "The corrective emotional experience" septiembre 2006. También Nardone, G. *El arte del cambio* Barcelona Herder 1992 Págs 19/20.

⁵³ Alexander afirma que Hugo entendió que el acto del obispo fue un violento ataque al precario equilibrio de Valjean, que consistía, para recuperar su balance, en responder cruelmente a un mundo cruel con una rencorosa insistencia en ser malo". Alexander www.psychomedia... op cit

⁵⁴ Se suelen citar contraejemplos de personas que han sido perdonadas y han dado un mordisco a la mano que se les ha tendido. El mismo Jean Valjean lo hace al robar la platería de Monseñor Myriel. Pero su conversión llega cuando su alma es «*comprada*» por el obispo. Entonces recibe la «*experiencia emocional correctiva*» mencionada por Franz Alexander, que aun no se establece hasta que la pone a prueba en el episodio siguiente, en que intenta robar una moneda a un chico y comprueba que *no puede* hacerlo. En efecto, Jean Valjean aun comete casi mecánicamente un pequeño hecho delictivo después del perdón y de la ayuda de Monseñor Myriel, al ocultar bajo su pie una moneda que a un niño llamado Gervasito se le había caído accidentalmente y fue a parar donde él estaba sentado en el suelo y apoyado en un árbol. Valjean pisa la moneda y se resiste a levantar el pie ante los ruegos de Gervasito. Gervasito se va llorando. Valjean se arrepiente muy pronto de su acto - ahí es donde Alexander dice que ganó su batalla final por la conversión - y corre a devolver la moneda, aunque sin éxito porque Gervasito ya ha desaparecido, lo cual sume a Valjean en una profunda tristeza pero establece su decisión de nunca más volver a delinquir. Hugo, V. *Los miserables* (Libro II, Capítulo X: "Gervasito") Buenos Aires Losada 2005 Págs 97 a 102. Alexander señala que si no fuera por el episodio en que Valjean intenta robar la moneda la historia que cuenta Víctor Hugo no hubiera llamado su atención. El encuentro con el chico muestra que Hugo instintivamente comprendió la metamorfosis emocional y la dinámica del proceso en todos sus detalles. Es ahí cuando "Valjean se da cuenta de cuan horrorosamente cruel es su comportamiento que sólo una hora antes le habría parecido de lo más normal". Nardone op cit Pág 20.

⁵⁵ En el ejemplo que presenta Milton Erickson ocurre lo mismo. Existe un efecto hipnótico en el bandido Joe debido a su enorme sorpresa ante las palabras eventualmente redentoras de Edye. ¿¡Cómo!?. Él, el despreciable bandido, ¿podría llegar a *pensarse* siquiera como un posible *caballero*? El shock se produce en esta escena y la efectividad del mismo comienza cuando Edye cumple con su palabra de dejarse llevar al baile y seguir a su lado mientras esa conducta caballeresca esté presente.

⁵⁶ Christie op cit Pág 145

frente”.⁵⁷

Pero para muchas personas éstos son casos aislados, ejemplos de actitudes atípicas o bien sólo posibles productos de mentes románticas, tales como la de Victor Hugo. La idea de que quienes reiteran una y otra vez hechos ilícitos son *incorregibles* - a pesar de lo sostenido en contrario por Concepción Arenal, quien los consideraba [*aún*] *incorregidos* - es muy fuerte y está muy arraigada.

Para ejemplificar que existen excepciones a esta *incorregibilidad* puede citarse el caso del argentino Carlos Frattini, un hombre que se destacó por su habilidad para el dibujo, descubierta por el pintor Raúl Soldi, pero mucho más por su cambio profundo de actitud. En efecto, este hombre pasó gran parte de su vida alternando entre robos a casas y estadías en prisión, a punto tal que pasó encarcelado veintitrés años de su vida. Hasta continuó con sus actividades delictivas luego de que Soldi lo ayudara a organizar una importante exposición de sus dibujos, lo cual, presumiblemente, podría haberle facilitado su reinserción social. Podría haber cambiado de vida. Pero no fue así. Continuó delinquiendo y continuó siendo apresado. ¿Quién sería mejor candidato a ser etiquetado como «*incorregible*»? Sin embargo, llegó un momento - en la nota no aclara exactamente qué pasó - en que decidió su profundo cambio. Volvió a casarse - su primera mujer lo había abandonado, llevándose a sus hijos -, formó una nueva familia y finalmente ingresó como empleado en el Patronato de Liberados de Neuquén. En junio de 2009, se escribió una nota sobre su vida, en la que constaba: “Carlos lleva 25 años alejado de las cárceles y de los robos, 18 años de feliz matrimonio y 12 años de empleado ejemplar del Patronato de Liberados de Neuquén. En esa dependencia oficial, durante los primeros tiempos, Frattini se reunía con reclusos y ex convictos. A todos trataba de convencer de que el delito era mal negocio.”⁵⁸

Como contraejemplos también existen casos diametralmente opuestos. Tal el del muy conocido asaltante argentino de bancos y camiones blindados Luis («*el gordo*») Valor, presuntamente reformado pero vuelto a caer en el delito. Según la información periodística, delinquía mientras daba charlas a jóvenes en riesgo sobre la conveniencia a mantenerse fuera de la delincuencia.⁵⁹

c) *La plena reintegración de quienes han delinquido*

El Modelo de Justicia de de Andrew von Hirsch, denominado de los *justos merecimientos* («*just deserts*»), exige claramente una censura o reproche cuando se comete un hecho ilícito. Por otra parte, exige que esta censura se exprese siempre como un castigo, que debe ser proporcional a la gravedad del hecho.

Ahora bien, ¿puede un régimen que prescinde del encierro, por más que garantice seguridad y no impunidad, responder a las necesidades de censura?

Uno de los puntos en el que se encuentra más divergencias en la bibliografía especializada se refiere a la consideración de la reparación como sucedáneo de la pena, especialmente frente a los fines de la pena encuadrados en la prevención general positiva.

Por ejemplo, Elena Larrauri considera que desde la prevención general positiva la reparación genera confianza ciudadana al observar la efectividad del

⁵⁷ Concluye, admirando la «riqueza» expresada en ese amor fraterno que le hacía olvidar incluso su tremendo destino, permitiéndose generalizar una «verdad»: el germen del bien, en cada uno de nosotros, y no excluye a los delincuentes, está aprisionado en alguna medida. En el delito queda sepultado bajo la explosión del egoísmo, pero sigue estando. Sólo es necesario que la persona se abra para que el bien aflore. Carnelutti, F. *Las Miserias Del Proceso Penal* Buenos Aires EJE Ediciones Jurídicas Europa-América 1959 Págs 34/35

⁵⁸ Diario *La Nación* 20/06/09 “El dibujante que pasó por el purgatorio”, artículo del columnista Jorge Fernández Díaz

⁵⁹ Diario *la Nación* 1/08/09 “A los tiros, otra vez detuvieron a Valor”.

Derecho Penal en la solución real del conflicto subyacente al delito y produce satisfacción al ver cómo, al reparar, se eliminan los efectos nocivos que ocasionó.⁶⁰ En cambio, en otro trabajo anterior, consideraba que se requiere estigmatización, no por crueldad sino para reforzar valores sociales,⁶¹ lo cual incluye negar a quien delinquiró la posibilidad de redimirse. Así, es muy probable que la prisión, cuya función de segregación y estigmatización es innegable, siga manteniéndose en pie a pesar de que los fines de la seguridad, de la prevención y hasta de la retribución ya no la necesiten.

Según los estudios etnometodológicos de Harold Garfinkel, para que la distinción entre un ser normal y uno anormal sea efectiva, el transgresor debe ser visto por las personas observantes de la ley como un ser amoral y el hecho delictivo no debe tener categoría de accidente, casualidad o excepcionalidad. Esta visión está íntimamente relacionada con el fenómeno de la «expulsión».⁶²

Francesco Carnelutti observa el fenómeno como una reprobación a quien se considera diferente de quien transgredió la ley, a punto tal que se quiere negar la posibilidad de mantenerlo incluido en la sociedad o que alguna vez regrese a ella: “Éste que así piensa... no sospecha que su mentalidad es propiamente la del fariseo: *yo no soy como éste*. Lo que se necesita, en cambio, para merecer el título de hombre civil, es invertir tal actitud; sólo cuando lleguemos a decir, sinceramente, *yo soy como éste*, entonces seremos verdaderamente dignos de la civilidad”.⁶³

Similar reflexión pertenece a Antonio Beristain: “Muchos pensamos «Yo cumplo con la ley. ¿Por qué no puedo decir que soy mejor que un delincuente?» Damos gracias a Dios por lo bueno que somos”.⁶⁴ Y acentúa aún más la diferencia al contemplar el estigma que la prisión produce por su mismas cualidades: “No como aquel «majadero» que mal duerme con otros tres o cuatro presos (y docenas de ratas) en una minicelda carcelaria”.⁶⁵

En los trabajos de Émile Durkheim se observa la idea de que la utilidad de la pena no radica tanto en su discutible valor rehabilitador del infractor ni en el poder de la intimidación, sino en la solidificación de la cohesión social.⁶⁶ Por lo tanto, la pena se justifica como dolor «útil», diferenciándolo de la «crueldad gratuita» porque “es un signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunidad de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el criminal ha ocasionado a la sociedad”. Con ello no sólo se justifica la pena sino su proporcionalidad al hecho delictivo.⁶⁷ Pero, además, es difícil concebir una pena que no sea la privativa de libertad para satisfacer estos requerimientos.

Por otra parte, como señala Durkheim, la idea de «pena» está tan arraigada en la sociedad que todos los cuestionamientos a su eficacia, en particular a su valor expiatorio, son considerados por muchas personas como “subversiones del orden social”.⁶⁸ Lo mismo, según Elías Neuman, sucede cuando se presenta la idea de redimir a los reclusos y reintegrarlos plenamente a la sociedad: “Muchas

⁶⁰ Larrauri, E. “La reparación” en Cid Moliné, J. y Larrauri, E. (coord) *Penas alternativas a la prisión* Barcelona Bosch 1997 Págs 177 y ss

⁶¹ La misma indignación moral que puede destruir a la persona que ha cometido un hecho ilícito es también la que contribuye a reforzar la solidaridad del grupo y quizás sea este último motivo el que sostiene al primero. Es decir, no se estigmatiza por crueldad sino por un cierto sentido de necesidad de confirmación de valores. Larrauri, E. *La herencia de la Criminología Crítica* México Siglo XXI, 2ª edición 1992 Págs 40/41

⁶² Anitua op cit Págs 361/362.

⁶³ Carnelutti *Las Miserias...* op cit Pág 15

⁶⁴ Beristain, A. y Neuman, E. *Criminología y dignidad humana. Diálogos* Buenos Aires Universidad, 4ª edición 2004 Pág 22

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Durkheim, É. *La división del trabajo social* México Colofón 2ª edición 1993 Pág 118

⁶⁷ “He aquí por qué hay razón en decir que el criminal debe sufrir en proporción a su crimen”. Ibid

⁶⁸ Ibid

personas creen que dentro de esas cárceles... hay hombres que en vez de manos tienen garfios. Y si les dices o les demuestras que son (o siquiera pueden ser) los chivos expiatorios de nuestras buenas conciencias... te miran extrañados y ven en ti algo turbio".⁶⁹

B) Dificultades para una eventual implementación

Finalmente, y no como tema menor, queda el problema de la eventual implementación de una respuesta al delito alternativa a la pena privativa de libertad. ¿Debe ser gradual o drástica? Esto ha sido discutido por quienes han propuesto cambios, por ejemplo de tipo restaurativo, en la respuesta penal. Existen, al respecto, posturas caracterizadas tanto por la cautela como por la audacia. En la primera se sostiene que para saber si las ventajas de los cambios propuestos realmente superan a las desventajas deben efectuarse pruebas y, así, sugieren un «cambio graduable», comenzando, para evitar un rechazo generalizado, con su aplicación a casos menores y sólo si se obtiene éxito extenderla a los casos más graves.⁷⁰ En cambio, en la segunda se sostiene que la diversidad de hechos ilícitos existentes y de personas involucradas exige también una diversificación de respuestas más imaginativas que seguir construyendo prisiones y endureciendo penas.⁷¹ En esta segunda reflexión se insta a atacar el problema con una contundencia mucho mayor y ella está mucho más en concordancia con una postura que, tal como la de Herman Bianchi, clama por un cambio radical de paradigma.

Si bien el gradualismo permite evaluar la eficacia del cambio a medida que se introduce, no todos los pioneros de movimientos innovadores lo valoran. Por ejemplo, la autora y activista canadiense Ruth Morris resalta una experiencia fracasada en sus intentos de propulsar cambios paulatinos y cree que si un nuevo paradigma pretende cambios de fondo, los límites de su aplicabilidad y la forma de su implementación deben superar los tímidos avances que se han visto hasta ahora.⁷²

De todos modos, hasta podría anticiparse que si un nuevo sistema basado en generalizar las penas alternativas al encierro obtuviera consenso social y

⁶⁹ Beristain y Neuman op cit Pág 22

⁷⁰ "Tanto la justicia tradicional como la justicia restaurativa tienen sus ventajas y sus desventajas; es posible que los métodos reformativos tengan menos efectos colaterales. La única forma de saberlo es probando. La idea no consiste en una repentina inversión del sistema, sino en realizar un cambio gradual de dirección. La reparación como única sanción podría ser introducida para los casos menores y, si es bien receptada, luego entenderse a los casos más graves. Este proceso no iría más allá de lo que fuera admisible para el público en general y para las propias víctimas y defensores". Highton, E. I.; Álvarez, G. S.; Gregorio, C. G. *Resolución alternativa de conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los programas víctima-victimario* Buenos Aires Ad-Hoc 1998 Pág 91

⁷¹ "Frente a la diversidad de delitos existentes, con muy poco en común, excepto el hecho de estar (casi) todos en un mismo Código, con la diversidad de personas involucradas, parece posible reclamar una diversificación de respuestas más imaginativas que la construcción de nuevas cárceles o la maximización de penas que luego no se aplican". Ibid

⁷² Según ella, la idea del gradualismo la sedujo inicialmente. Siendo la Justicia Restaurativa (o *Transformativa* como a ella le gusta denominarla) una facilitación de excarcelaciones, su plan de trabajo en el *Comité Quáquero de Celdas y Justicia*, era integrar a sucesivos grupos a su comunidad antes de comenzar programas de excarcelación. Primero se trabajaría sucesivamente con jóvenes, enfermos mentales, alcohólicos, drogadictos, ofensores no violentos, ofensores violentos accidentales puntuales y así siguiendo hasta que no quedara nadie en prisión. Es decir, se debía llegar a la abolición carcelaria paso a paso, pulgada a pulgada. Pero poco a poco advirtió que esos avances graduales traían más rechazo que adhesiones y se encontró con "aguas oceánicas del sistema de revancha" que volvieron sus esfuerzos inútiles si no contraproducentes. A partir de esas experiencias, rechazó toda idea de gradualismo. Morris, R. *Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia Transformativa* Santa Fe (Argentina) Centro de Publicaciones UNL 2000 Págs 119 a 121

hubiera voluntad política para aplicarlo - lo cual no parece hoy probable - excesivas dilaciones en su implementación podrían condenarlo al olvido y mantener, así, el *status quo* que descansa sobre el paradigma punitivo y el encierro.

5 Algunas consideraciones acerca del pensamiento utópico

Se podrá decir que intentar resolver la crisis de la pena privativa de libertad es una utopía. Pero, ¿qué es la *utopía*? La palabra «*Utopía*» fue acuñada por Sir Thomas More cuando escribió la obra *De optimo Reipublicae statu deque Nova Insula Utopia*,⁷³ en la cual describe una isla imaginaria denominada Utopía, cuyos habitantes estaban organizados en una sociedad perfecta.

«*Utopía*» provenía de «*Oú-Topos*», que en griego significa el «*no-lugar*», es decir, el «*lugar que no existe*». ⁷⁴ Como la sociedad ideal allí descrita era demasiado buena como para ser considerada posible, se comenzó a utilizar el nombre *utopía* para significar lo imposible, lo inalcanzable, pero el verdadero significado de la palabra es el lugar que no existe... todavía, pero bien podría existir.

El pensamiento utópico es, sin embargo, el que encuadra a un visionario y lo aísla del mundo. Cristóbal Colón era un visionario y su pensamiento era utópico. Iba contra la corriente de su época y sostenía algo que parecía demasiado bueno para ser verdadero. Pero no importaba tanto que nadie creyera en sus ideas. Era peor: a nadie le interesaban. ⁷⁵

En cuanto a experiencias en la historia de la humanidad, tales como la abolición de la caza de brujas, de la tortura legal y de la esclavitud, puede señalarse que fueron grandes transformaciones sociales “consideradas utópicas o irreales por la mayoría de los expertos aún pocos años antes de que lo impensable se convirtiera en realidad”. ⁷⁶ Sin embargo no sólo el rechazo a lo nuevo es el obstáculo a vencer. A veces, es peor la indiferencia general que el rechazo mismo. Pero, es justo reconocerlo, en muchos casos esta falta de interés por los pensamientos utópicos se justifica.

Cuando la solución proclamada es demasiado rimbombante o cuando el enfoque es demasiado simplista, cuando la mediocridad asociada a lo exótico que se expresa resulta ser una propuesta bizarra, el público responde con un marcado escepticismo o total indiferencia. Por ejemplo, el novelista y ensayista británico Gilbert Keith Chesterton relata que una vez se publicó un libro filosófico-teológico titulado *El gran problema resuelto*. ⁷⁷ Inicialmente tuvo un gran éxito comercial, sencillamente porque los compradores creían que se trataba de una novela policial, pero se desilusionaban y devolvían el libro cuando comprobaban que el mismo no resolvía un robo o un homicidio sino que explicaba lo inexplicable sobre el Universo y la Vida.

El problema carcelario ha sido algo irresuelto desde siempre. ¿Por qué podría pensarse que fuera resoluble con unos pocos lineamientos sencillos? Así,

⁷³ Ensayo sobre la vida y las costumbres de los habitantes de una isla ficticia, considerada como la descripción de una sociedad ideal. More, T. *Utopía* Buenos Aires Sopena 2ª edición 1944 (original *Utopia* 1536)

⁷⁴ Vidal, G. “Utopía” en Vidal, G.; Alarcón, R.; Lolás Stepke, F. *Enciclopedia Interamericana de psiquiatría III (Macropedia)* Buenos Aires Panamericana 1995 Págs 1878 a 1888 Pág 1878

⁷⁵ Scheerer op cit Pág 17. Las utopías “nacen como algo reactivo al rumbo errático, oportunista y ciego de la vida humana. Son constructos que arma el hombre en un afán desesperado de contener tanta incertidumbre, tanta irracionalidad en la conducta de sus semejantes. Y corren paralelas al desarrollo de la ciencia, imitándola, guiándola y sosteniéndola”. Vidal op cit Págs 1887/1888

⁷⁶ Scheerer op cit Pág 17

⁷⁷ Chesterton, G. K. *El hombre común* Buenos Aires Heroica 1958 Págs 59 a 63

el peligro de proponerlo es muy grande porque su fracaso no depende tanto de que sus argumentos sean refutados sino de que probablemente nadie se interesará en una verdadera solución de fondo, mientras ésta suene utópica. Seguramente es por ello que no se han propuesto, en general, soluciones integrales. Se reciben críticas por no dar soluciones, dejando el tema en un debate inacabado y, al parecer, inacabable. Pero, a su vez, los pocos aportes de soluciones que se han hecho son vistos con desconfianza y desacreditados por una llamativa falta de interés.

El *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* ha corrido esa suerte. Presentado a unas ochenta personas, en su mayoría especialistas en la materia, recibió algunas críticas, incluso descalificaciones drásticas, pero también recibió - y en mayor grado - apoyo y aceptación. Sin embargo, seguramente porque se apreció como una vana pretensión de solución integral, en casi nadie generó el más mínimo entusiasmo. A nadie le pareció - ni a los que calificaron sus características con notas óptimas - que pudiera ser «*el gran problema resuelto*».

Obviamente, no lo es. Como sucedió con el libro mencionado por Chesterton, “si [los potenciales lectores] hubieran creído por un instante que en realidad resolvía el problema de la existencia no lo hubieran arrojado como un ladrillo caliente. Hubieran caminado diez millas sobre ladrillos calientes para conseguirlo”.⁷⁸

Sin embargo, aquí se insiste en presentar el *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* como un modelo a discutir, descartar o destrozarse si es necesario, advirtiendo que no es un modelo que pretende solucionar *todo* - lo cual, generalmente, equivale a decir que no soluciona *nada* - sino que trae a consideración ciertas premisas.

Premisas que han sido elaboradas a partir de las críticas a la pena privativa de libertad, a través de los estudios sobre la prisionalización, el etiquetamiento y la estigmatización de los detenidos, así como de los desarrollos de la Criminología Crítica, especialmente en su variante Abolicionista, del modelo de Justicia Restaurativa como referente conceptual de las puestas en marcha de alternativas al encierro, reparación a las víctimas y Mediación Penal y, finalmente, de la Teoría del Cambio elaborada dentro de un modelo sistémico-constructivista empleado en el tratamiento de conductas humanas.

Completado por consideraciones sobre el moderno monitoreo electrónico y las técnicas rehabilitadoras de Alcohólicos Anónimos y otras Comunidades Terapéuticas de Adictos, se ha vislumbrado una posible aproximación a la prisión del futuro, cuya proximidad en el tiempo no puede anticiparse. En esto consiste este modelo de *Prisión Virtual Restaurativa*, más precisamente, de *Tratamiento en un Régimen de Prisión Virtual Restaurativa*.

Un caso relativamente reciente y muy resonante de pensamiento utópico, que muestra que los giros de 180° son posibles - y, como se ha sostenido, más fáciles de lograr y aun más de mantener que los giros de 90° -, está ejemplificado en un contexto diferente. El «*banquero de los pobres*», Muhammad Yunus, galardonado en 2006 por un premio Nobel de la Paz, cuando desarrolló, hace treinta y cinco años, su proyecto de transformar la situación de la pobreza en Bangladesh - y en todo el mundo - a través del otorgamiento de microcréditos,⁷⁹ debió recurrir a la ayuda de personas dedicadas por entero al mundo de los negocios, descubrió que “los hombre disfrutan de la misma manera el hacer dinero que ayudar al prójimo”.⁸⁰ Esta expresión, totalmente paradójica y probablemente considerada ingenua por muchísimos escépticos, abrió, sin embargo, las posibilidades de crear un sistema revolucionario que sacó de la

⁷⁸ Chesterton op cit Pág 62

⁷⁹ Yunus, M. *Hacia un mundo sin pobreza* Madrid Complutense 1998

⁸⁰ Entrevista con Muhammad Yunus Diario *La Nación* 15/04/08 “El marco legal argentino no incentiva el crédito para pobres”

pobreza a cientos de miles de personas y le valió a su creador el premio Nobel mencionado.⁸¹ Descubrir que las personas sienten tanto deseo de ayudar como de hacer dinero representa un giro de 180° en el concepto del ser humano. Pero, en definitiva, es, simplemente, la muestra de dos variantes de la aspiración a sentir que se hace algo importante en la vida. En el caso del delincuente, ¿por qué no trabajar con una misma idea similar?: alguien con deseos de sentirse importante *a través del delito* puede girar 180° y sentirse importante *combatiendo el delito*. Alcohólicos Anónimos, las comunidades de drogadependientes y otros grupos han puesto en práctica estos giros *radicales*. ¿Por qué no intentarlos en el ámbito de la conducta delictiva?⁸²

Otra consideración acerca del pensamiento utópico es la que introduce el penalista argentino Matías Bailone⁸³, tomando como modelo la historia mitológica de Casandra, hija de Príamo de Troya, quien en repetidas ocasiones anunció la destrucción de la ciudad. Nadie le creyó. ¿Por qué? Porque años atrás, Casandra, pretendida por Apolo, en un acto de galantería recibió de éste el don de la *clarividencia* pero, luego, ante su rechazo del pretendiente, le fue quitado el don de la *persuasión*. De este modo, vivió condenada a que sus vaticinios no fueran creídos o tomados en serio. Quienes anticipan hoy la debacle del Sistema Penal, abogan por suprimir la pena privativa de libertad y auguran un cambio basado en políticas no punitivas o punitivas diferentes, sufren el mismo desdén que la pobre Casandra, maldecida por su amante. Vaticinan que “el caballo de madera tiene soldados dentro que luego destruirán Troya, pero nadie escucha sus oráculos porque mediáticamente es más atractivo el discurso vindicativo”,⁸⁴ aunque cada día sea más obvio que sus resultados son contraproducentes.

Con el mismo problema de Casandra, es probable que la idea de implementar la *Prisión Virtual Restaurativa* - o una variante similar - no tenga éxito, al menos inmediato, pero cabe esperar que sirva para estimular una mirada diferente, más cercana a lo paradójico y a lo drástico, sobre el problema que por ahora podrá permanecer irresuelto, pero, quizás, más atendido.

Si no se puede persuadir, al menos puede intentarse hacer pensar.

Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio *Historias de los pensamientos criminológicos* Buenos Aires Del Puerto 2005
- Alexander, Franz; French, Thomas M. et al. *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application* New York Ronald Press 1946
- Bailone, Matías “El liberalismo penal: cómo procurarse buenos precursores” en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.) *Derecho Penal y Modernidad* Lima (Perú) ARA 2010 Págs 37 a 48
- Berdugo Gomez de la Torre, Luis; Ferré Olivé, Ignacio; Arroyo Zapatero, Juan Carlos et al *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* Barcelona Praxis 1996

⁸¹ En la misma entrevista, dice Yunus que el premio le sirvió para ser escuchado: “Estuve durante varios años gritándole desesperadamente al mundo sobre la necesidad de sacar a la gente de la pobreza a través de los microcréditos y nadie me escuchaba. Ahora lo susurro y todos me escuchan”. Entrevista con Yunus op cit

⁸² En realidad, el veterano, al ayudar al novato, se está ayudando a sí mismo, según le transmitió Bob S. a Bill W. en las retóricas preguntas: “¿No cree que para nosotros es de una urgencia terrible «trabajar» a otros alcohólicos? ¿Verdad que obrando así nuestra seguridad se reafirmaría grandemente?” Kessel, J. *Alcohólicos Anónimos* Barcelona Ediciones G.P. 1969 Pág 103

⁸³ Bailone, M “El liberalismo penal: cómo procurarse buenos precursores” en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.) *Derecho Penal y Modernidad* Lima (Perú) ARA 2010 Págs 37 a 48 Pág 39

⁸⁴ Ibid

- Beristain, Antonio "Sanciones repersonalizadoras en los derechos penales de mañana. Alternativas sustitutivas de castigo" en *Universitas* N° 64 Bogotá Pontificia Universidad Javeriana jun 1983 Págs 65 a 90
- Beristain, Antonio y Neuman, Elías *Criminología y dignidad humana. Diálogos* Buenos Aires Universidad, 4ª edición 2004
- Bovino, Alberto "La víctima como preocupación del abolicionismo penal" en Maier, J. B. J. (comp) *De los delitos y de las víctimas* Buenos Aires Ad-Hoc 1992 Págs 261 a 279
- Bueno Arús, Francisco "La dimensión jurídica de la pena de prisión" en *Doctrina Penal* N° 40 Buenos Aires Depalma 1987 Págs 651-674
- Carnelutti, Francesco *Las Miserias Del Proceso Penal* Buenos Aires EJEA Ediciones Jurídicas Europa-América 1959
- Chesterton, Gilbert K. *El hombre común* Buenos Aires Heroica 1958
- Christie, Nils *Una sensata cantidad de delito* Buenos Aires Del Puerto 2004
- Cohen, Stanley *Visiones de control Social* Barcelona PPU 1988
- Deym, José "Crisis de la pena privativa de libertad" (Tesis Doctoral en Psicología Social - Universidad Argentina John F. Kennedy) 2011 es.scribd.com/doc/79580462/Crisis-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-Cuerpo-Central y es.scribd.com/doc/79633362/Crisis-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-Anexos
- Durkheim, Émile *La división del trabajo social* México Colofón 2ª edición 1993
- Foucault, Michel "La verdad y las formas jurídicas, 4ª conferencia" en Foucault, Michel *Estrategias de poder* Barcelona Paidós 1999 Págs 221 a 239
- Foucault, Michel *La vida de los hombres infames* Madrid La Piqueta 1990
- Foucault, Michel *Microfísica del poder* Madrid Siglo XXI 3ª edición 1991
- Foucault, Michel *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* Madrid Siglo XXI 26ª edición 1997
- Goffman, Erving *Estigma: La identidad deteriorada* Buenos Aires Amorrortu 5ª reimpresión 1993.
- Goffman, Erving *Internados: Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales* Buenos Aires: Amorrortu 1ª ed, 6ª reimpr 1998
- Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino "Medidas de seguridad bajo régimen de control electrónico" en *Revista de Derecho Penal* Vol 2009-I Buenos Aires Rubinzal-Culzoni 2009 Págs 287 a 322
- Highton, Elena I.; Álvarez, Gladys S.; Gregorio, Carlos G. *Resolución alternativa de conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los programas víctima-victimario* Buenos Aires Ad-Hoc 1998
- Hugo, Víctor "Los Miserables" (Libro segundo: "La caída", Cap XII: "El obispo trabaja") Buenos Aires Losada 2005
- Hulsman, Louk "El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas" en Rodenas, A., Font, E. A. y Sagarduy, R. (dir) *Criminología crítica y control social* Vol I *El poder punitivo del Estado* Rosario (Argentina) Juris 2000 Págs 72 a 102
- Kent, Jorge "Pulseras electrónicas. Los componentes de un inescapable debate" en *La Ley. Actualidad* Año LXXII N° 156 Buenos Aires La Ley 2008 Págs 1 a 2
- Kessel, Joseph *Alcohólicos Anónimos* Barcelona Ediciones G.P. 1969
- Larrauri, Elena "Control del delito y castigo en Estados Unidos" en Hirsch, A. von *Censurar y castigar* Madrid Trotta 1998 Págs 11 a 17
- Larrauri, Elena "La reparación" en Cid Moliné, José y Larrauri, Elena (coord) *Penas alternativas a la prisión* Barcelona Bosch 1997
- Larrauri, Elena "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español" en *Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV - fascículo I, enero-abril 1991 Buenos Aires Ministerio de Justicia 1991 Págs 45 a 63

- Larrauri, Elena *La herencia de la Criminología Crítica* México Siglo XXI, 2ª edición 1992
- More, Thomas *Utopía* Buenos Aires Sopena 2ª edición 1944 (original *Utopía* 1536)
- Morris, Norval “Alternativas de las penas: fracasos y perspectivas” en *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*, Año 2, Nº 3 Buenos Aires Patronato de Liberados 1988 Págs 59 a 76
- Morris, Ruth *Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia Transformativa* Santa Fe (Argentina) Centro de Publicaciones UNL 2000
- Nardone, Giorgio *El arte del cambio* Barcelona Herder 1992
- Neuman, Elías “Criminología y reforma carcelaria” en Neuman, E. (dir) *Problemas actuales de la Criminología Argentina. Volumen Nº 1* Buenos Aires Pannedille 1970 Págs 139 a 163
- Niño, Luis F. *Estudios penales* Buenos Aires Fabián J. Di Plácido 2007
- Roxin, Claus “Pena y reparación” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Madrid Ministerio de Justicia e Interior 1999 Vol LII Págs 5 a 15
- Scheerer, Sebastian “Hacia el abolicionismo” en Cohen Stanley. (dir.) *Abolicionismo Penal* Buenos Aires Ediar 1989 Págs 15 a 34
- Schumann, Karl F. “Una sociedad sin prisiones” en *Doctrina Penal*, año 14, enero-junio 1991, Nº 53/54 Buenos Aires Depalma 1991 Págs 109 a 128
- Toro, María Cecilia “La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista” en Schünemann, B. (comp) *Cuestiones actuales del sistema Penal. Crisis y desafíos* Lima (Perú) Ara 2008 Págs 433 a 453
- Vidal, Guillermo; Alarcón, Renato; Lolas Stepke, Fernando *Enciclopedia Interamericana de psiquiatría III (Macropedia)* Buenos Aires Panamericana
- Watzlawick, Paul, Weakland, John y Fisch, Richard *Cambio. Formación y solución de los problemas humanos* Barcelona Herder 3ra edición 1982
- Yunus, Muhammad *Hacia un mundo sin pobreza* Madrid Complutense 1998
- Zaffaroni, Eugenio Raúl revistapp.com.ar/phpbb/viewtopic.php?t=243 “La cárcel” marzo 2008
- Zeig, Jeffrey *Un seminario didáctico con Milton H. Erickson* Buenos Aires Amorrortu 1985