

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

PREVENCIÓN CRIMINAL Y POBLACIÓN CARCELARIA

MIGUEL LANGON CUÑARRO

1. "En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito", tal es el texto del art. 26 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

2. Esta es nada menos que una de las "bases fundamentales de la nacionalidad" (art. 80 n. 6 de la misma Constitución),

3. La primera Constitución de 1830 (art. 138), inspirada en las constituciones de Cádiz de 1812, de la Argentina de 1826 y de Chile de 1828, se refería solamente a los principios humanitarios (no mortificar) y asegurativos que plasmaron el inicio entre nosotros de la prisionización, como forma general de respuesta al hecho criminal.

4. El texto vigente recién se introduce en la Reforma de 1934 (art. 25), aunque desde hacía mucho tiempo el trabajo penitenciario era visto como la principal forma de reeducación y de recuperación del criminal, con lo que se adopta una filosofía de tratamiento, que la doctrina más conceptuosa consideró siempre que consagraba a un tiempo el doble fin de prevención general y especial que se supone tiene la pena¹.

5. La ideología del tratamiento pues, es la que informa nuestro sistema

constitucional, y es la que há acogido el Uruguay, además, en su Ley Penitenciaria de 1975 (Dec.-lei 14.470 de 11.12.1975), en cuyo art. 1 se dispone, como el primero de los principios rectores del régimen de reclusión, que "conjuntamente con la ejecución de las penas privativas de libertad se procurará desarrollar en el recluso su aptitud para el trabajo, determinar su readaptación social y prevenir el delito...".

6. Se establece por tanto un régimen de tratamiento, dentro del principio progresivo, de acuerdo com "el grado de corregibilidad del recluso", con lo que se pone por un lado lo que la pena es ontológicamente una sanción derivada de un hecho ilícito, de carácter retributivo, y por el otro los fines que con ella se buscan alcanzar (la prevención especial positiva del interno a través de su resocialización, y la negativa tanto general como especial, provocada por el amedrentamiento o temor al castigo, que su aplicación suscite, ya en el infractor, ya en la población en general).

7. Nos interesa aquí, por el tema planteado, la teoría de la prevención especial, desde una óptica realista, de orientación criminológica, a efectos de rediscutir algunos puntos considerados poco menos que dogmas incommovibles, por la generalidad de la doctrina penalista contemporánea, y fundamentalmente a saber, si es cierto o no que las cárceles puedan no servir para resocializar, y si, por el contrario, producen un efecto

(1) Raquel Landeira, Beatriz Scapusio, *Sistema Penal Revisión y Alternativas*, Montevideo, Carlos Alvarez, 1997. p. 55.

diferente del buscado, y se transforman en factores crimino impelentes, antes que en deterrentes y contenedores de la criminalidad.

8. En una indagación de este tipo es evidente que también se debe plantear el problema de las alternativas, si es que las hay, en caso de acreditarse, finalmente, el escaso o nulo valor resocializador de la pena de prisión.

9. A raíz de la invisibilidad de los sufrimientos evitados gracias a la prevención general, y de la gran visibilidad de los impuestos al condenado², con la Escuela de la Política criminal encabezada por Franz von Liszt, en su Programa de Marburgo (1883), pasó a primer plano de los especialistas, la prevención especial, como finalidad cuasi exclusiva de la pena privativa de la libertad.

10. Esta función de la pena, que consiste en prevenir una recaída en el delito de parte del propio ofensor, supone, en su forma más simple, y tal vez más verdadera, que el hombre es un ser racional, que elige lo que le beneficia y huye de lo que le perjudica³, por lo que contendría eficazmente la recaída en el delito, el recuerdo del castigo sufrido con anterioridad por una causa anterior.

11. Esta concepción que mira más al futuro que al pasado, y por eso es preventiva, nos viene de la época clásica de autores de la talla de Platon o de Aristoteles⁴, tanto en su aspecto general, (efecto ejemplarizante), de castigar no tanto por lo que se hizo sino para que

no se repita en el futuro⁵, como en el especial, referido al criminal concreto de que se trata (efecto intimidante).

12. El problema moderno se plantea ante el fracaso aparente de la pena de prisión para cumplir con sus propias finalidades, al punto de que no faltan quienes la ven antes que nada como un factor de reproducción de conductas criminales, con lo cual el efecto de ella sería precisamente el contrario al que postula la teoría.

13. En esta línea se inscribe el famoso "nothing works", que hizo célebre Robert Martinson⁶, que llevó a un enorme pesimismo acerca del sistema, y tuvo consecuencias insospechadas, para muchos tremendamente negativas, como el surgimiento del llamado realismo de derecha y la consecuente reacción del realismo de izquierda concordando ambas corrientes en buena medida, en un reforzamiento del sistema de control formal, en la necesidad de una mayor severidad en las penas, de nuevas leyes incriminadoras, y de una forma siempre presente de la prevención especial, a través de lo que se denomina hoy por hoy como "incapacitación"⁷, que era lo que los antiguos llamaban poner al criminal en condición de no ofender (por lo menos respecto de la sociedad extra carcelaria), por el simple y expeditivo expediente del encerramiento, sin posibilidades liberatorias, de forma y modo que durante dicho período al

(2) Andenaes, J., *Punishment ad Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974, p. 6.

(3) Jeremías Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, en: *Oeuvres*, (T.2), Aalen (RFA): Scientia Verlag, 1969, p. 4.

(4) Platon, *Las Leyes*, Libro XI y XII, Aristoteles, *Arte retórica y poética* cap. XII.

(5) Seneca, *De Ira*, I: "Nem o prudens punit quia peccatum est, sed en peccetur", tomado del Protágoras del ateniense.

(6) Robert Martinson, *What works? Questions ad answers about prison reform*, The Public Interest, 1974:22-54.

(7) Greenwood, P.-Abrahamse, A., *Selective Incapacitation*. Rand & Co., Santa Mónica, 1982:79, Greenwood, P., *Selective Incapacitation revisited*, Rand & Co., Santa Mónica, 1987:34

menos, el sujeto no pueda volver a dañar a la sociedad.

14. De la vieja Escuela de la Política Criminal delineada por von Liszt en Alemania, por van Hamel en Países Bajos, y por Prins en Bélgica⁸, se desgajan dos vertientes: una liberal y humanística, que tiende a sustituir la pena retributiva por una pena no privativa de la libertad, como las multas y otras alternativas al aprisionamiento, y otra vertiente que postula la neutralización o la incapacitación del delincuente no recuperable⁹, sin perjuicio de una tercera posibilidad, conocida como modelo médico, que tiende a perfeccionar los tratamientos terapéuticos, sobre todo desde una perspectiva psiquiátrica, en el cual la duración de la pena debería depender del criterio médico¹⁰.

15. Como dijimos en los Nros. 7 y 8 importa determinar cuales son los fundamentos empíricos de estos diferentes puntos de vista, para lo cual es evidente, por lo menos en el Uruguay, que debe profundizarse la indagatoria de campo, lo que supone por lo menos tener una noticia de alguna de las principales averiguaciones que sobre el particular se han hecho en el extranjero, comparando en lo posible las experiencias de diferentes procedencias, para poder saber si los asertos que formulan se conforman o no con los datos de la "realidad".

16. Para determinar si realmente la pena sirve para reinsertar al criminal en

el medio social, si sirve para su resocialización o su reeducación, más allá de posicionamientos ideológicos incompatibles con la vida comunitaria, como los que postulan el respeto de la pluralidad y los diferentes estilos de vida y escalas de valores en una sociedad cosmopolita, (como si fuera posible admitir ciertas conductas, como el maltrato a los niños o la tortura doméstica en general, como una pauta cultural digna de respeto y consideración), es necesario establecer la tasa de la reincidencia entre las personas que fueron objeto de tratamiento carcelario.

17. En países como Suiza, que sí llevan prolijamente desde hace años este tipo de estadísticas, se há notado¹¹ que si bien dichas tasas varían según la naturaleza del delito, el sexo, el estado civil y la edad, sobre todo lo hacen en función del número de antecedentes del involucrado. Los reincidentes, por lo menos en ese país, se reclutan mayormente entre los jóvenes solteros, los condenados según artículos del Código Penal y entre los viejos detenidos que cuentan con múltiples antecedentes criminales.

18. Las tasas de reincidencia parecen estabilizarse en un plazo de cinco años a partir de la liberación del sujeto, a razón del 50%, lo que pone en entredicho el prejuicio común de considerar que la casi totalidad de ex-reclusos retornan tarde o temprano a la prisión. Y esto se puede extender, en general, a los estudios de campo realizados en los EE.UU., en Alemania y en Francia¹².

19. Si la probabilidad de una reincidencia aumenta en razón del número de antecedentes del sujeto, parece claro que un país en el cual los primarios sean encarcelados sistemáticamente, la tasa

(8). Alfredo Giribaldi Oddo, *Estudios Jurídicos*, ed. Florenza & Lafon, Montevideo, 1946, Parte Segunda, Cap. VII:268.

(9) James Wilson, *Thinking about Crime*, N. York, Basic-Books, 1975; van den Haag, *Punishing Criminals*, N. York, Basic-Books, 1975.

(10) Cusson, M., *Le controle social du crime*, Paris:PUF, 1983:32.

(11) Martin Killias *Précis de Criminologie*, ed Staempfli & Cia., Berna, 1991:478.

(12) Martin Killias, ob. cit., p. 479, & 1108

aparecerá reducida, sobre todo en relación con otro en el cual el riesgo de encarcelamiento esté limitado a autores de delitos graves o a individuos que ya delinquieron con anterioridad.

20. La sobreestimación frecuente del número de reincidencias se debe, en buena parte, a no haberse tomado en consideración la diferencia señalada por Kaiser¹³ entre el "flujo" y el "stock" de detenidos, de forma que un análisis de reincidencias basada en el número de personas en reclusión en una cárcel, un día determinado, dará un peso desmesurado a los delincuentes que purgan largas penas (y por ello posiblemente reincidentes), mientras que un resultado totalmente opuesto emergería, de considerar científicamente el "flujo" que comprenda y valorice debidamente a los que sirven penas cortas de prisión (o detenciones de corta duración).

21. La sobreestimación de la tasa de reincidencias, en no pocas ocasiones se debe a no haber tomado en cuenta este tipo de diferenciaciones, lo que llevó desde la época de von Listz y hasta a Foucault¹⁴ posiblemente a un exagerado pesimismo, ante tamaña "constatación".

22. La tasa de "fracaso" o de "éxito" del tratamiento penitenciario se debe observar, como enseña Killias¹⁵, por un análisis prospectivo a partir de la excarcelación del individuo, y durante un lapso relativamente prolongado, y no por un corte transversal referido a los antecedentes que registre la población reclusa en un momento y lugar determinado.

(13) Kaiser, Gunther und adl. *Strafvollzug: Ein Lehrbuch* 3era. Ed., Heidelberg, 1982: & 11

(14) Michel Foucault, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, ed. Siglo XXI, Nueva Criminología, 19na. ed., 1991:269. *Las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad... la detención provoca la reincidencia*

(15) Killas, M..., ob. cit., p. 482, & 1112

23. Las dificultades con que tropieza un régimen de reclusión para llevar a buen término un programa de tratamiento y recuperación son similares a las que presenta cualquier institución con similares propuestas, tales como los hospitales psiquiátricos, la recuperación de traumatizados graves, de menores infractores, de alcoholistas o drogadictos. En ninguno de estos casos es posible plantear una posición "abolicionista", ni es humano desistir de todo tratamiento, sea cual sea el grado de fracaso y frustración que se derive de un lento, caro, difícil y muchas veces desconsolador trabajo aparentemente inútil, cuando todo parece naufragar, menos la esperanza.

24. Si de lo que se trata por medio del sistema penal, del mundo normativo, es de cambiar la conducta de las personas, ya sea por adhesión y convencimiento, ya sea por simple miedo a las consecuencias del no sometimiento, es obvio que las dificultades son enormes en la consecución de las metas, pero ello no autoriza a bajar los brazos y desistir del empeño, especialmente cuando no se ofrecen alternativas viables en sustitución.

25. Las normas penales son normas de determinación de conductas humanas, y, dentro de un marco neoclásico, que parece imponerse con fuerza en estos días, solo se concibe la dignidad del hombre, si suponemos, mas allá de metafísica y ontología del ser, que éste es un ser responsable, por razón de que es libre y opta por el mal pudiendo hacerlo por el bien, a través de una elección racional, donde toma en cuenta las consecuencias de sus actos, y sopesa el placer que obtiene por el delito frente al displacer y al dolor que le infringirá la pena.

26. Incluso en situaciones inaceptables desde el punto de vista de los derechos humanos en que se encuentran

muchas de nuestras cárceles, que se han convertido en gran medida en simples depósitos de seres humanos, cárceles superpobladas y sin recursos económicos ni humanos para poder desarrollar aceptablemente su función¹⁶, será necesario determinar, si tiene o no alguna eficacia el simple encierro (pues el tratamiento es excepcional), aspecto que permitirá tener un conocimiento más cabal de la realidad, y posiblemente sirva para demistificar muchos de los dogmas que repetimos a veces, sin fundamentación empírica que los sustenten.

27. No existen en el Uruguay, aparte de las estadísticas que lleva el Ministerio del Interior y la propia Suprema Corte de Justicia, estudios empíricos sobre la tasa de reincidencia efectuados con criterios modernos de evaluación del sistema, control de efectos secundarios, costos y consideración de alternativas para lograr los mismos o mejores resultados por otros medios diferentes del encarcelamiento.

⁽¹⁶⁾ Según en Informe de la Comisión Honoraria de Mejoramiento del Sistema Carcelario del mes de junio de 1996, y tomando solo en consideración los grandes centros de reclusión del sur del país, al 14.04.1996 en la Cárcel de Mujeres se alojaban 94 internas (de las cuales solo 7 eran penadas); en el Penal de Libertad, al 23.04.1996 había 188 internos (actualmente, en noviembre de 1997 esa cifra subió a 230), en el Complejo de Santiago Vázquez, al 07.05.1996 revisitaban 1.540 personas (la capacidad locativa máxima está fijada en 1.312, en un total de 736 celdas). En esa fecha había en todo el país un total de 125 mujeres privadas de su libertad (cifras aproximadas según dicho informe en que un Departamento no se relevó por varias razones), y 3.150 hombre, lo que da una población reclusa aproximada de 3.275 personas, sobre una población total de 1.300.000 habitantes.

28. Esto aconseja que nos maneje-mos con mucha cautela al efectuar cualquier tipo de afirmación sobre el punto, de forma que deberemos realizar por nosotros mismos estas indagaciones, para poder llegar a conclusiones más certeras, dentro de la provisoriedad que tienen en ciencias sociales los conocimientos adquiridos. Naturalmente que en las condiciones actuales será casi imposible poder elegir un grupo testigo de control (con todo lo aleatorio y arbitrario que ello es) y mucho menos efectuar investigaciones experimentales controladas.

29. Lo que sí me parece puede realizarse por ahora en el Uruguay es el seguimiento durante cinco años por ejemplo del comportamiento de las personas luego de su liberación, con lo que tendríamos un corte longitudinal apreciable, entre un "antes" y un "después" del aprisionamiento, y espero que esta propuesta sea aceptada y llevada adelante, desde el año que viene por el grupo de investigación constituido en la Facultad de Derecho de Montevideo y que dirige el Prof. Dr. Aller.

30. La afirmación sobre los efectos secundarios perversos de las penas privativas de la libertad, y particularmente de las penas cortas de prisión, se há constituido en un "dogma" del penitenciarismo contemporáneo, ya sea en su versión originaria de su necesaria supresión para evitar la reincidencia, ya en su vertiente práctica de evitar la superpoblación de internos, ya en el modernísimo planteo sobre la naturaleza "intercambiable" de las penas (privativas y no privativas de la libertad) desde el ángulo de la prevención especial¹⁷, que postula su supresión como con-

⁽¹⁷⁾ H. J. Albrecht, *Legalbewahrung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982.

secuencia del principio de la proporcionalidad.

31. La confirmación o la refutación de esta tesis de equivalencia entre sanción formal e informal, que pretende una mayor eficacia de la sanción informal (por no tener efectos nocivos tan notorios sobre la autoestima, por el etiquetamiento, el estigma, etc.), solo puede elucidarse a través de estudios empíricos que en el Uruguay podrían hacerse comparando la tasa de reincidencia entre los procesados con prisión y los que no sufren preventiva, existiendo algunos estudios relevados por Killias, respecto de que los infractores que no pasan por un encarcelamiento pueden verse impulsados a reincidir por haber adquirido conciencia de cierta impunidad de sus actos violatorios de normas¹⁸.

32. Si bien no se han hecho estudios extendidos sobre el punto en el Uruguay, tenemos claro que las leyes que impusieron la prevención sin prisión en numerosos casos, tuvieron el efecto secundario de provocar por un lado un mayor número de procesamientos (tal vez con pruebas menos concluyentes visto que al fin de cuentas el sujeto iba a ser juzgado en libertad), y por otro una mayor duración de las preventivas dispuestas y una mayor severidad de las penas, ya que en ambos casos el rigor se justificaría tanto por la gravedad del delito como por la peligrosidad del autor.

33. Este efecto "perverso" de algunas soluciones en principio "liberales", debe ser tenido en cuenta cuando se piensa que una política como la de prevención sin prisión o de eliminación de las penas de corta duración, puede tener un efecto de disminución de la población reclusa, porque puede ocurrir precisamente lo contrario, ya que al parecer la

superpoblación depende más de la duración de las penas que del número de personas encarceladas en un momento dado, con lo que se pone de manifiesto, otra vez, la diferencia, señalada por Kaiser, entre "flujo" y el "stock" de los internos.

34. Reservar la prisión solo para los grandes criminales, para los "presos residuales" en la terminología de las Naciones, puede tener por efecto cambiar la composición de la población carcelaria volviéndola más desigual aún, en el sentido de que los autores de delitos graves, especialmente contra la propiedad (como la rapiña), se reclutan mayoritariamente, por no decir exclusivamente desde un punto de vista estadístico, entre las clases más bajas de la sociedad, por lo cual toda política de eliminación de las penas cortas de aprisionamiento o la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas, va a favorecer, objetivamente, al sector medio o más privilegiado, que es el que generalmente comete delitos para los cuales se preven este tipo de beneficios, entre ellos el del procesamiento sin prisión, como es el caso paradigmático de los delitos culposos en especial los de origen en la circulación vehicular.

Conclusiones

En este trabajo se plantea la necesidad de rediscutir el tratamiento carcelario en cuanto a su eficacia para disminuir la tasa de reincidencia.

Desde una perspectiva realista cabe repensar la finalidad de prevención especial de la pena, estudiando la medida en que el aprisionamiento cumple con sus objetivos, y cuáles son los efectos secundarios, en ocasiones perversos, que provoca.

También se considera la posibilidad, si las hay, de alternativas al aprisiona-

(18) M. Killias, ob. c. cit., p. 495.

miento, especialmente desde el punto de vista de la prevención de la reincidencia.

Desde una óptica normativista, que considera impensable un sistema que no parta de la libertad de elección, se postula la eficacia preventiva de la sanción, lo que se entiende debe ser acreditado, como todo conocimiento en ciencias sociales, por la investigación empírica.

Considera el autor que no cabe un pensamiento dogmático o acritico de estos temas, y que corresponde confrontar los lugares comunes, prejuicios o dogmas que muchas veces dominan el pensamiento científico, con nuevas indagaciones de campo, a efectos de verificar la corrección de nuestros "conocimientos".

Como las normas tratan de determinar las conductas humanas, positiva o negativamente, se utilizan algunas indagaciones empíricas llevadas a cabo para establecer la medida en que se cumple en la realidad tal determinación.

El tema de la rehabilitación a través del encierro, en sus vertientes ejemplarizantes e intimidantes, es puesto bajo consideración, una vez más, pero descargado de ideología o de un marco teórico previo que condicione las respuestas, que se pretenden hallar, observando objetivamente la realidad.

La simple negatividad, el pesimismo abrumador del "nothing works", y sus

consecuencias devastadoras, son puestas de manifiesto, postulando un acercamiento de mente abierta a la ideología del tratamiento que, en definitiva, es la que postula nuestra Constitución y sobre la que se basa el sistema penitenciario nacional acorde con los postulados que en esta materia han definido las propias Naciones Unidas.

La línea de la prevención especial, esbozada primero que nadie por la Escuela de la Política Criminal de von Liszt, se bifurca en tres vertientes diferentes que brevemente se consideran aquí: la libertad-humanista, la del modelo médico y la que se conforma con la mera incapacitación.

Se ofrecen algunas consideraciones a tener en cuenta al estudiar las tasas de reincidencia y se pone como ejemplo de tales indagaciones (cuya falta en el Uruguay debe enmendarse desde nuestro propio esfuerzo), el caso de las penas cortas de prisión, respecto de las cuales el saber tradicional tiene como adquirida su nocividad, y su necesaria eliminación ya sea por su calidad de productora de reincidencias, como para evitar la superpoblación carcelaria.

Estos puntos son objeto de un análisis crítico que considera la tesis de la "intercambiabilidad" de las penas formales e informales, y los efectos secundarios que puede producir una reforma aparentemente liberal sobre la composición de la propia población reclusa.