



Octubre 2008

POLÍTICA CRIMINAL DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN: CRITICAS AL DISCURSO OFICIAL

Marcelo Nunes Apolinário[♦]

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Nunes Apolinário, M.: *Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, octubre 2008. www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.htm

Sumario: Introducción; 1. El discurso legitimador de los sustitutos alternativos a la cárcel; 2. Ampliación de la red de control por intermedio de la justicia penal; 3. La construcción de la nueva Política Criminal de la intolerancia; 4. Referencias Bibliograficas.

[♦] Coordinador del Curso de Derecho y Profesor de Derecho Penal de las Facultades AtlánticoSul/Anhanguera – Brasil. Doctorando en Derechos Fundamentales por la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado en Brasil.

Introducción

La pena privativa de libertad a través de la reclusión en el establecimiento carcelario, presentada como una opción alternativa y humanizante para el sistema punitivo vigente hasta el siglo XVII, que tenía como base las penas de muerte y corporales, desde su nacimiento se ha demostrado ineficiente para cumplir sus finalidades formalizadas por el ordenamiento, principalmente los que se refieren a la reinserción del penado a la sociedad.

La función resocializadora, sin embargo, expresada por las ideas de reintegración y regeneración, que la ley atribuye a la pena de reclusión, más allá de las funciones de control social a través de políticas de prevención y retribución del acto lesivo a un bien jurídico y tutelada por la normativa legal, no se encuentra viable dentro de la estructura común a los establecimientos carcelarios. Sobre población de los presidios, promiscuidad, falta de recursos materiales, insuficiencia de trabajo para los penados, el efecto sobre el auto concepto del individuo preso, la cuestión sexual¹, la violencia, el ocio, la ruptura completa con la sociedad y el contacto con la criminalidad organizada, en general son elementos del día a día de los condenados al régimen cerrado de la reclusión.

Reiteradamente, las ciencias humanas tienen dicho que el problema de la prisión es la propia prisión, es decir, el problema de esta institución es el propio confinamiento. La prisión, según **Fragoso**², representa un trágico equivoco histórico, constituyendo la expresión más característica del vigente sistema de justicia criminal. Validamente sólo es posible pleitear que ella sea destinada exclusivamente para los casos en que no haber, en el momento, otra solución.

Las mismas ciencias, llegaron a la conclusión que el sistema de confinamiento no recupera el criminoso, muchas veces lo especializa como delincuente y, cuando no lo hace, aun lanza sobre él, al término de su ejecución, el estigma de ex presidiario, su segunda condenación, lo que acarrea la discriminación y la marginalización social adquirida en el establecimiento prisional. Por ello, la pena privativa de libertad, en los moldes actuales, es un instituto que denigre, corrompe, avilta, desmoraliza y embrutece a la persona. El propio **Foucault**, en su obra, *vigilar y castigar* describe bien esta situación y cuestiona si de hecho la pena de prisión ha fracasado. Él mismo, de forma irónica, contesta afirmando que ella no ha fracasado, pues cumplió con el objetivo por la cual se propugna, de estigmatizar y segregar. Sin embargo, en otra etapa de la obra, señala que la misma es la detestable solución del cual no se puede abrir mano.

¹ Sobre esta temática, importante resaltar el trabajo de **Karpman**. *Perversión sexual y sexualidad carcelaria*.

² **Fragoso**. *Direitos dos presos*, p. 15.

Es en finales del siglo XIX que realmente empieza a procrear el pensamiento de que la pena privativa de libertad no es el mejor medicamento de los sistemas punitivos de los más diversos Estados en el combate a la criminalidad. En Alemania por ejemplo, **Von Liszt**, desde una apuesta por una ciencia universal del Derecho Penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) aboga por la eliminación de las penas carcelarias de corta duración y por la necesidad de potencializar nuevos sustitutos a las formas clásicas de cumplimiento condenatorio. Ello porque para el creador del Programa de Marburgo, las penas cortas de prisión “no corrigen, ni intimidan, al contrario, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo al crimen”.

Ya, en finales del siglo XIX, **Ferri** emprende la primera y fuerte campaña contra la pena privativa de libertad, sintetizada en su manifestación sobre el régimen de aislamiento celular, al afirmar que este régimen caracterizaba una de las grandes aberraciones de aquel momento histórico.³ Este posicionamiento crítico comenzaría a germinar en finales del mismo siglo, llegando a su madurez en meados del XX, cuando, precedido de una atención doctrinal que se destinaba a los aspectos negativos de la prisión, se empieza a plantearse la necesidad de buscar mecanismos alternativos.

Con origen en el positivismo criminológico del siglo XIX, las penas alternativas a la prisión, más allá de los presupuestos humanísticos de la pena, son reflejos de las alteraciones que el Estado viene sufriendo respecto de sus concepciones sobre el sistema de justicia penal y los fines de la pena en una sociedad compleja y llena de variaciones. Sin embargo, las alternativas penales, adquieren mayor dimensión y grado de importancia con la globalización del modelo norteamericano de control social sobre el delito.

Con todo, el abordaje propuesto no se limita al análisis del derecho positivo en vigor en los países centrales y del entorno, tampoco pretende interpretar sistemáticamente las alternativas a la prisión existentes en el sistema con el objetivo de construir nuevos conceptos. Tratase, antes, de una investigación que aprovecha las contribuciones de las demás ciencias humanas, tales como la sociología y la criminología para identificar el origen y las influencias determinantes en sus concepciones y practicas, pesquisando los objetos oficiales y efectivos de la política de control social subyacente a su utilización como especie de punición y su discurso legitimante, contextualizándolos en el actual momento histórico.

³ **Ferri. Sociología criminal**, p. 315.

1. El discurso legitimador de los sustitutos alternativos a la cárcel

Roxin, observando el avance y retroceso de la historia de las ideas penales, arrisca un pronóstico para el derecho penal del siglo XXI, creyendo que el mismo continuará existiendo como instrumento de control social secularizado: la gradual sustitución de la pena de prisión por otras consecuencias jurídicas al ilícito; la supresión definitiva de las penas corporales, por ser caracterizaren atentadoras a la dignidad humana; el retroceso de la utilización de la pena privativa de libertad y el surgimiento de nuevas formas de control electrónico y de medidas terapéuticas sociales, además de la mayor utilización del trabajo comunitario y de la reparación civil del daño. El autor, justifica esta previsión por la inexistencia de plazas y recursos financieros para ejecutar la pena privativa de libertad de modo que respete el principio humanitario común a todas las penas en el Estado democrático y por la imposibilidad de punir la mayoría de los delitos con ella.⁴

A partir de esta perspectiva del siempre reverenciado autor, cabe señalar que la sustitución de la pena privativa de libertad por nuevos sustitutos penales no genera necesariamente la humanización de las reacciones punitivas al ilícito penal, tampoco tiene como consecuencia necesaria la disminución del sistema penal en las sociedades modernas, y, en Brasil y también por el que se percibe en España, viene siendo realizada con el incumplimiento del principio de la legalidad de las condenas y demás garantías constitucionales, sin que tales presupuestos sean suficientemente mencionados y combatidos por los aplicadores y pensadores del derecho penal.

El incumplimiento oficial de la humanización de las condenaciones penales que acompañan sobretodo el discurso de las alternativas a la pena de prisión sea compatible con la finalidad *sui generis* del Estado de Derecho, es fundamental llevar en consideración los mitos no explicitados que sustentan el sistema de justicia criminal y que son reproducidos.

Se sabe, de todas las formas, de la existencia de algunos elementos tramposos sobre los cuales se justifica la intervención punitiva, entre ellas: que el sistema de justicia criminal es neutralizador de la criminalidad; que la elevación de las tajas de encarcelamiento reduce la criminalidad; que la población, en especial la brasileña, quiere todos los delincuentes en la cárcel. Tales afirmaciones, conforme **Lemgruber**, son contestadas por encuestas y estudios

⁴

Roxin. *Dogmática penal y política criminal*, p. 453 y ss.

internacionales y nacionales que no reciben la debida divulgación o no son llevados en consideración en Brasil.⁵

En especial, cabe resaltar que los sustitutos penales fueron idealizados aun dentro del paradigma centrado en el crimen y en el hombre delincuente. Mencionado enfoque aun ignoraba el conocimiento advenido de las teorías sociológicas del *labelling approach* y del reconocimiento del papel de los procesos sociales de definición y selección de los delincuentes, que llevan a la relativización del objeto y función del derecho penal, la superación de la concepción ontológica del delito y del delincuente, así como la contribución de la perspectiva criminológica crítica al entendimiento del fenómeno criminal.⁶

Notase, por tanto, que las respuestas penales utilizadas en función de la razón mitológica del derecho penal igualitario, garantista y terapéutico, son equivalentes a los sustitutos penales, fieles a las propuestas del positivismo italiano y a la tendencia correccionalista subsiguiente, impermeables a los nuevos enfoques atribuidos a la pena introducidos por el pensamiento contemporáneo. Además, al ser aplicados a las personas clasificadas como recuperables, ya que no han cometido crimen violentos y, por tanto, no peligrosos, autorizan su convivo social. Su incapacitación, de este modo, no interesa a penas para la manutención de su *status* de consumidores en potencial, pero también porque acarrea un costo muy superior a su valor en el mercado.

Así, la búsqueda de resultados a la cuestión social por medio del derecho penal con vistas a una eficacia social lleva a la sustitución de determinación legal de la sanción criminal judicialmente impuesta por técnicas indeterminadas de defensa social con naturaleza pedagógica y terapéutica. En este sentido, conforme **Ferrajoli**, es que se dice que uno de “*los síntomas de la crisis de las penas privativas de libertad es, sin duda, el desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas, que representan quizá las principales innovaciones de este siglo en materia de técnicas sancionadoras. Pero este desarrollo es también un signo de la resistencia tenaz del paradigma carcelario. Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel como penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva.*”⁷

⁵ **Lemgruber**. *Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal*, RCJF, 2001, p. 23 y ss.

⁶ **Baratta**. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, p. 165 y ss; **Louise de Azevedo**. *Penas alternativas à prisão*, p. 168.

⁷ Vid. **Ferrajoli**. *Derecho y razón*, p. 411.

Constatase, sin embargo, el aumento de la discrecionalidad judicial y administrativa tanto en la forma cuanto en el contenido de la ejecución penal, a ser definida conforme a las características personales del individuo, con poca o casi ninguna correspondencia a la conducta rechazada. De esta forma, en la elección de la mejor medida a ser ministrada para corregir y adaptar el infractor a la vida social, desconsiderase, que en la sociedad, coexisten diversos conjuntos normativos, diferentes sistemas de valores, que deben tener convivencia pacífica en una sociedad plural dicha democrática.

Verificase todavía que, el origen positivista cada vez más viene sustituyendo el derecho penal del hecho por el derecho penal del autor, dándose mayor relevancia a las causas de la conducta y características personales y particulares del autor que el reproche ético-social de la conducta por la comunidad. Además, la apertura del sistema criminal al espacio de consenso del proceso penal posibilitó la equivocada costumbre de la fijación de penas indeterminadas, aplicadas a reos plenamente capaces como resultados de acuerdos penales, así como condiciones judiciales, recibidas como medidas alternativas, en sede de suspensión condicional del proceso, suspensión condicional de la pena, reglas del régimen abierto y del libramiento condicional, libremente previstos por el magistrado, incluso con la posibilidad de tratamiento terapéutico, vinculase tan solamente a criterios subjetivos, vagos, poco claros y, en la gran mayoría de las veces arbitrariamente impuestos, consecuencia de elementos flexibles y discrecionales orientados por una estrategia resocializadora.

Desplazadas hacía el derecho penal, tales medidas significan el cambio del foco del delito y de la pena, con sus valores limitadores asegurados por el ordenamiento jurídico, para medidas de seguridad, de prevención y hasta mismo de policía, pre-sentenciáis e incluso ante *delictum*, representando el redireccionamiento del derecho penal no simplemente a penas para el castigo, pero también para hacer *jus* a la peligrosidad de individuos que desvían sus conductas, causando la indefinición entre las múltiples formas del ejercicio del poder de punir.⁸

Relativo a esta temática, vale comentar, mas allá los artículos que definen los delitos y cominan las penas de la ley 10.409/2002 brasileña, que ha cambiado la legislación anterior tengan sido integralmente vetados, discutiese, en la actualidad, la posibilidad de la pena tratamiento establecida en carácter consensual. De esta forma, mantiene bajo el alcance del sistema penal, la cuestión de la dependencia química, que mejor seria resuelta por vía diversa, más apropiada a los propósitos de la reducción gradual de los daños producidos en el individuo y en la sociedad. Además, es posible que los programas de apoyo a los sustitutos penales extiendan las

⁸ **Ferrajoli.** *Derecho y razón*, p. 699.

oportunidades de aquellos grupos que, por su propia marginalidad, fueron alcanzados por la selectividad del sistema de control penal, pero su utilización, no puede, sobretodo, se confundir con el propio castigo criminal.⁹

Resaltase, todavía, que las reformas puntuales han introducido la transacción penal con aplicación de la pena de cesta básica – prestación innominada, art. 44, III y 45, párrafo 2º, del CPB -, consensualmente ajustada, cuya opción se fortaleció por el carácter asistencial para aquellas instituciones credenciadas, sin cualquier proporcionalidad con el hecho penal sancionado y de dudosa constitucionalidad.

De la misma forma, conviene destacar el desarrollo de las penas pecuniarias en sustitución a la cárcel o, incluso, como pena autónoma, en sede consensual o condenatoria. Así, tanto en Alemania como en los países anglosajones¹⁰, constatase estadísticamente la preferencia por estos tipos de consecuencias jurídicas, sea por la multa o por otro tipo de prestación, teniendo en vista la innecesidad de un desarrollado soporte organizacional para su ejecución en relación a las penas a ser cumplidas en provecho de la comunidad.

Sin embargo, al privilegiar la aplicación de condenas pecuniarias, en atención a la potencialidad económica del individuo sometido al sistema penal, así como en los crímenes culposos practicados en la dirección de vehículos automotores, en la criminalidad económica y en los crímenes del cuello blanco, resta comprobada la observación sobre el aumento de la utilización de la pena de multa en Europa del siglo XIX como característica de la política criminal sustitutiva típica del capitalismo.

En este sentido, se puede observar que la pena de multa surge entre las modalidades sustitutorias como la más apropiada en una sociedad focalizada en el capital. La diferenciación de tratamiento que esta pena proporciona entre individuos de capacidad económica diversa, en situación desfavorable a los menos afortunados, cuya exigencia de cumplimiento de la condena puede sobretodo estimular el acometimiento de nuevos crímenes; la real posibilidad de la pena ser paga por terceros, y afectar otros diferentes del condenado y finalmente la ausencia de

⁹ En este sentido, **Louise de Azevedo**. *Penas alternativas à prisão*, p. 176.

¹⁰ Según **Bottoms**, en los años de 1938, 1959 y 1980, en la región de Wales e Inglaterra se constató el declino proporcional de 35% a 15% del encarcelamiento en el período y el aumento proporcional de 27% a 53% de condenaciones en pena de multa, y el declino de la *probation*, entre los años de 1959 y 1980, y de 15% a 7% en la utilización de los servicios comunitarios. **Bottoms**. *The power to punish*, p. 166 y ss.

cualquier objetivo reformador.¹¹ Así, la multa a favor de la víctima o sus representantes, al utilizar la norma punitiva como instrumento compensatorio de naturaleza civil, contribuye para una disfunción axiológica entre el ámbito penal y el civil.

Von Hirsch¹², evaluando la experiencia anglosajón por tres décadas de intensiva aplicación de las penas sustitutivas, al tiempo en que reconoce la importancia de condenas no carcelarias como respuesta penal para los delitos considerados de media o pequeña gravedad, identificando cuestiones éticas que muchas veces son subestimadas por el entusiasmo con que la temática es tratada, tales como la proporcionalidad en la elección del tipo de pena y el modo de su ejecución en relación a la gravedad del hecho delictuoso, la individualización de la respuesta penal, así como la intensidad de la intervención en la vida tanto de la persona cuanto de terceros e incluso en la sociedad. Aun, conforme el autor, mismo una pena ejecutada en medio abierto, no puede perder el carácter punitivo que la diferencia de otras reacciones a las conductas desviantes, observados los límites legales y morales. Para abordar este tema, afirma que es preciso redimensionar la teoría de que cualquier cosa es mejor que la pena privativa de libertad, y que por ello, a nadie es dado recusar la alternativa concedida. Propone, entonces, que los institutos alternativos no sean solo asociados a los ideales utilitarios o meramente sustitutivos de la prisión, pero sean considerados verdaderos mecanismos racionales de punición a los delitos de mediana o escasa gravedad.

El mismo aun resalta que las condenas no carcelarias no pierden su naturaleza punitiva, pues el grado de severidad debe reflexionar el grado de censura atribuida a la conducta ilícita del individuo, pero entiende que las condenas alternativas deben ser consideradas como manifestación del poder del Estado en la vida del individuo y de la comunidad, pues implican restricción de derechos y de libertad en determinados horarios, supervisión e intromisión externa e interna del individuo, quiere por aparatos electrónicos como por visitas domiciliarias, medidas estas que acarrear altos costos directos o indirectos al individuo y su familia, tales como la disminución de la jornada laboral o descanso, desplazamiento hasta los locales de cumplimiento de la pena, refecciones, entre otros. También destaca la exigencia ética de un patrón de dignidad a ser observado en la aplicación de la ejecución penal. Pues, aunque condenado, el individuo debe ser tratado como persona y, por ello, no debe sufrir ningún tipo de tratamiento inhumano o degradante.

¹¹ **Prado.** *Multa penal*, p. 86. En este contexto, cabe señalar la precaria situación económica de las comunidades marginalizadas de los países periféricos, el incentivo a las penas pecuniarias significa un retroceso a la lógica del medioevo, con la diferenciación entre aquellos que pueden pagar la pena y los que pagan la pena con su cuerpo o su trabajo.

¹² **Von Hirsch.** *Non-custodial penalties and the principles of desert*, en: *The Criminal Law Review*, p. 555 y ss.

En este sentido, establece **Von Hirsch** algunos límites para las alternativas penales, con base en la experiencia tradicional del *Common law*, tales como las que no sometan a los condenados a situaciones humillantes como: auto-acusación por la obligatoriedad de llevar consigo señales que lo identifiquen como paría social – pegatinas en el vehículo alertando que el motorista fue condenado por conducir embriagado, cortes de pelos especiales, letreros en su residencia sobre su condición sexual, moral y etc. -, penas de naturaleza pecuniaria que no deben reducir su condición económica y de su familia a la pobreza extrema; trabajos comunitarios y no forzados, entre otros. El análisis aun se aplica para los contenidos rehabilitadores de los programas, que no deben ser implementados de modo forzoso pero de modo que lleve en consideración las convicciones personales y actitudes de vida del individuo, considerado como un sujeto racional y con libre albedrío.¹³

Con todo, observase también que a pesar de todo el movimiento de las alternativas a la cárcel, privilegiase las intervenciones positivas en la vida del ciudadano, poco se difunde el perdón judicial como sustitutivo a la pena de prisión, así como no se cojita en otros mecanismos de renuncia a la pena; tampoco es utilizada la posibilidad de otros modelos de gestión de los conflictos penales, en la construcción de la relación interrumpida por el delito, en aquellas situaciones en que la lesión al bien jurídico protegido puede ser restaurado, dentro de los moldes de la justicia restaurativa.¹⁴ De esa forma, es totalmente equivocado pensar en alternativas a la punición como si la punición de la norma penal fuese el método normal de control social punitivo, cuando se sabe que hay otras formas de control que anteceden el propio control social institucionalizado.¹⁵

2. Ampliación de la red de control por intermedio de la justicia penal

En los países centrales, una de las principales consecuencias de la utilización de los sustitutos penales fue el aumento del control social por el sistema de justicia penal. En este sentido, aun en el inicio de la década de los 70, **Cohen** comprueba en un estudio estadístico, que la adopción de las punitivas alternativas a la cárcel, al revés de acarrear una disminución de la incidencia del

¹³ **Von Hirsch.** *The ethics of community based sanctions*, en: *Crime and delinquency*, 1990, p. 167 y ss.

¹⁴ **Louise de Azevedo.** *Penas alternativas à prisão*, p. 183.

¹⁵ **Blomberg – Cohen.** *Punishment and social control*, en: *Punishment and social control*, p. 09.

sistema penal, resultó en la ampliación del alcance de la red del control social, a través de un sistema disciplinar más difuso y de calibres más estrechos.¹⁶

Lo que está ocurriendo para el autor, es la reproducción literal, en nivel social más amplio y complejo del esquema institucional de las prisiones del siglo XIX, con la nueva implementación de nuevas modalidades y submodalidades de desvío y control; agencias especializadas, privadas o estatales, administrativas y profesionales delimitando nuevos ámbitos de competencia en la ejecución de las sanciones alternativas, independiente o bajo supervisión de la justicia criminal; una nueva comunicación y con ella lo que era derecho se transforma en condición consensualmente acordada o judicialmente determinada. Los individuos antes denominados de condenados actualmente son considerados clientes, beneficiarios o asistidos; el conocimiento producido por los diagnósticos y tratamientos, escalas de evaluación, asemejase en todo aquel utilizado por el sistema carcelario. Sigue advirtiendo **Cohen** que, al reproducir la selectividad del sistema penal tradicional por medio de mecanismos suplementares de ejercicio del control penal sobre la persona, mantiene la prisión como centro del sistema punitivo.¹⁷

Para que sea comprendido el funcionamiento de este fenómeno, se hace necesario retomar el pensamiento de **Foucault** en el análisis del discurso oficial de los sustitutos penales a la cárcel. Apuntados como solución a la sobrepoblación carcelaria, alternativa a la cárcel ante su notoria crisis y elevado costo, que debe ser reservada a los delincuentes más peligrosos, remedio contra la reincidencia y respuesta a la impunidad, propone el discurso estatal oficial un aumento de la eficacia de la punición en defensa de la comunidad, su aplicación se basa en principios de disciplina y vigilancia. Aun según el autor, a lo largo del proceso criminal y de ejecución penal, prolifera una serie de instancias anexas, pequeñas justicias que realizan juicios paralelos en torno del juzgamiento central, elementos y personajes extrajurídicos que no se integran al poder

¹⁶ En el lenguaje figurada utilizada en el ámbito académico de lengua inglesa, *Widening the net and thinning the mesh*, es decir, alargando la red y disminuyendo el calibre de los filtros del sistema punitivo. **Cohen**. *The punitive city: notes on the dispersal of social control*, en: contemporary crises, v. 3, 1979, p. 339 – 363; **Matthews**. *Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas*, NDP, 2001, p. 558 y ss.

¹⁷ **Cohen**. *The punitive city: notes on the dispersal of social control*, in: contemporary crises, v. 3, 1979, p. 358. También, en este sentido, **Jescheck**. *Tratado de derecho penal*, p. 683 y 684 y **Sparks – Bottoms – Hay**. *Prisons and the problem of order*, p. 79. Hay actualmente, un proceso de desterritorialización de los espacios jurídico – políticos y, también, económicos, bien como de instauración de una (des)orden plural, desconexa y marcada por la emergencia de nuevos actores – públicos, privados, oficiales, inoficiales, marginales, etc. -, nuevos riesgos y nuevas carencias. **Bolzan de Morais**. *Estado, Função Social e (os obstáculos da) Violência*, en: Política Criminal, Estado e Democracia, p. 73.

de punir, pero gradualmente o justifican, transfiriendo y aumentando la discricionariedad de la practica punitiva.¹⁸

Tratase en realidad, de un remanejamiento del poder de castigar, multiplicando su incidencia, aumentando su eficacia y disminuyendo su costo político – económico, haciendo de la punición y de la represión una función regular, coextensiva a la sociedad; no punir menos pero punir mejor; punir tal vez con una severidad atenuada, pero punir con más universalidad y necesidad; insertar más profundamente en la sociedad el poder de punir.¹⁹

Con el mismo punto de vista, **Garland** prevé esta incidencia del control penal sobre individuos por la vía de las alternativas, una lógica reproductiva panóptica del sistema penal, así como el discurso de los reformadores de los siglos XVIII y XIX: reformar el sistema penal, humanizar las condenaciones, incentivando alternativas a la pena privativa de libertad que deberán ser destinadas a los individuos violentos o como castigo a los reincidentes, ampliando el espectro de la ilegalidad punible y el control sobre el cuerpo y alma de los individuos, mejorándoles al revés de destruidlos.²⁰

Cohen, sin embargo, utiliza algunos ejemplos para demostrar como es utópica la noción de que el uso de las sanciones alternativas lleva a una menor incidencia del control social por el derecho penal. Para él, las condenas alternativas a la pena privativa de libertad, cuya la clave para el suceso no es a penas el desarrollo de programas pero también la disminución de la intervención del estado, cuando sometidas a la evaluación de estar sustituyendo o meramente forneciendo apéndices al sistema común de encarcelamiento, comprueban que por claras evidencias estadísticas, en los países anglosajones, los índices de encarcelamiento no han disminuido y mismo aumentaron en ciertas áreas, a pesar de la utilización de las alternativas penales.²¹ Una evaluación critica de los índices de encarcelamiento de jóvenes, realizada en Inglaterra en 1976, demostró que a penas la mitad de los individuos abarcados por los tratamientos comunitarios recibieron pena de prisión en su ausencia, y que en general, en la medida en que los números de los programas alternativos a la prisión aumenta, el total de

¹⁸ **Foucault**. *Vigiar e punir*, p. 93 y ss.

¹⁹ **Foucault**. *Vigiar e punir*, p. 70.

²⁰ **Garland**. *Punishment and modern society*, p. 136.

²¹ En el mismo sentido, **Mathews** señala que en lugar de reducir el tamaño de la población carcelaria y solucionar los problemas de la sobrepoblación, la aplicación de sanciones alternativas a la privación de libertad pareció crecer junto con la aplicación de la cárcel. Así, en lugar de debilitar el uso de la detención, estas condenas parecen haber jugado un papel complementario y reforzador. *Pagando tiempo*, p. 195.

jóvenes encarcelados también aumenta. Así, **Cohen** resalta que estas condenas alternativas no son utilizadas como última opción de intervención penal para los jóvenes infractores pero para aquellos que tenían pocas oportunidades de tener contra si incidente la pena de prisión.²²

Por tanto, la cuestión principal que debe ser considerada en esta tendencia de política criminal de utilización cada vez mayor de las condenas alternativas a la cárcel es la consciencia de que no representan una disminución o modificación del sistema criminal, pues al revés de excluir o diferenciar el tratamiento concedido a las poblaciones tradicionalmente infractoras, estas continúan a ser tradicionalmente procesadas, y las nuevas poblaciones son acogidas por la maquina punitiva; al revés de los individuos quedaren libres del sistema de justicia criminal, son atingidos por él, con todas las consecuencias del etiquetamiento y exclusión social que deriva de esta incidencia.²³

Resalta **Cohen** aunque la benevolencia y suavidad de las condenas alternativas a la prisión también pueden ser más aparentes que reales. Aplicándose del *slogan* de punición social y comunitaria, aparentemente benéfico al infractor, y empleando una racionalidad más asistencialista que normativa, ni siempre su ejecución es menos estigmatizante o más humanizante que la cárcel, y el entusiasmo de las alternativas muchas veces mascara la inexistencia de cualquier alternativa. La noción de alternativa, sin embargo, según el autor puede ser mistificadora y engañadora, porque convive con la pena privativa de libertad y es una etapa de ella.²⁴

La diferencia del poder disciplinar aplicado en la cárcel de este ejercicio a través de las alternativas penales es que en el cárcere esta utopía puede ser realizada en su forma más directa, mientras que en este modelo difuso de control ejercido por el sistema penal, el principio disciplinar es indefinido, con juzgamiento permanentes, fiscalización practicada por la propia

²² **Cohen**. *The punitive city: notes on the dispersal of social control*, in: contemporary crises, v. 3, 1979, p. 347 y ss. También, en esta perspectiva, **Feeley – Simon**. *The new penology*, p. 460; **Bustos Ramirez**. *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*, p. 93; **Garapon**. *O juiz e a democracia*, p. 121 y ss; En forma paradójica, la introducción de un rango de lo que se suponía eran condenas más benignas y humanitarias que lo encaminó más personas hacia la red de control social, con el resultado de que – a través del proceso de estigmatización y marginación – muchos delincuentes menores fueron etiquetados como delincuentes y, por tanto, ratificados en cuanto a su desviación. **McMahon**. *Net-widening: Vagaries and the use of a Concept*, BJC, 30, nº2, p. 121 y ss.

²³ Así, **Louise de Azevedo**. *Penas alternativas à prisão*, p. 189.

²⁴ **Cohen**. *The punitive city: notes on the dispersal of social control*, en: contemporary crises, v. 3, p, 358.

comunidad, conversiones, prorrogaciones y sustituciones arbitrarias, observaciones y análisis que nunca acaban.²⁵

Si esta dinámica es positiva o negativa, es difícil decir, estando todos inmersos en el proceso de mudanza social. Si las alternativas a la cárcel, ejecutadas por agencias seleccionadas y plenamente fiscalizadas, por intermedio de profesionales preparados y bien intencionados, bajo supervisión judicial constante, en el interés del penado y de la colectividad, pueden ser alternativas genuinas a la prisión, más humanas, evitando los efectos perversos del cárcere, son transformaciones positivas de las especies de punición en las sociedades democráticas avanzadas.²⁶

Verifícase, en este sentido, que la participación de la comunidad en la ejecución de la pena, especialmente notado en la ejecución de los sustitutos penales alternativos a la pena de prisión, necesita de un avanzado planteamiento para se viabilizar como propuesta democrática. Además, es necesario delimitar lo que se entiende por sociedad y comunidad envuelta en la fase de ejecución penal, definiendo los principios y valores que este grupo busca alcanzar y los modos de intervención en las prácticas penales. Caso contrario, puede representar un estigma de cierta forma más marcante al infractor que la prisión, al aumentar el número de personas que toman ciencia y fiscalizan el cumplimiento de la pena, en una cadena creciente y difusa de vigilancia conocida en la experiencia histórica de los países totalitarios, buscando imponer su modo de ver el mundo, sin respetar el derecho a la libertad y a la diferencia, presentes en sociedades democráticas y pluralistas.²⁷

3. La construcción de la nueva Política Criminal de la intolerancia

Según **Bottoms**²⁸, hubo tres significativos desarrollos en los sistemas penales occidentales en la segunda mitad del siglo XX: el crecimiento del uso de penas pecuniarias, el surgimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena autónoma y el crecimiento de elementos de compensación de los daños causados por el crimen. Señala, también, que en las últimas décadas

²⁵ Todo este aparato, compuesto por sistemas de salud, asistencia social, educación, seguridad social, con supervisión judicial, y cada vez más influenciado por la medicina y la psicología, ya era resaltado por **Foucault** en *Vigiar e punir*, p. 93.

²⁶ Vid. **Louise de Azevedo**. *Penas alternativas à prisão*, p. 192.

²⁷ Vid. **Franco**. *Temas de direito penal*, p. 141; **Louise de Azevedo**. *Penas alternativas à prisão*, p. 192.

²⁸ **Bottoms**. *Neglected features of contemporary penal systems*, en: *the power to punish*, 1983, p. 172.

ocurrió el movimiento pendular inverso, con el aumento de tasas anuales de encarcelamiento proporcional, bajo influencia del modelo americano, al mismo tiempo en que permanece el discurso de las alternativas a la cárcel.²⁹

La emergencia de esta nueva mentalidad de punición tras consigo un discurso gerencial, de probabilidades y riesgos, basado en estadísticas criminales y con la finalidad explícita de control de segmentos poblacionales, que de espacio sustituye el lenguaje clínico y los juzgamientos éticos retributivos, centralizados en el individuo, por un lenguaje gerencial, con el desarrollo de nuevas tecnologías que tratan los individuos sometidos al control penal como clientes, destinados más a la eficiencia del propio sistema que a cualquier finalidad externa al sistema penal. De esta forma, **Feeley – Simon** observan que las prácticas y el discurso penal se han tornado más fuertes y conservadores durante los años 70 y 80, originando lo que se conoce por la nueva penología. La crítica a la ideología del tratamiento y contra la utilización de la cárcel como principal medio empleado llevó a la crisis del modelo resocializador, que culminó en los años 70 con el abandono de la creencia en la fuerza de recuperación de la pena. Así en los Estados Unidos por ejemplo, donde se había impuesto con gran importancia el ideal del tratamiento, verificase un retorno a la culpabilidad como fundamento y límite de la condenación, en un nuevo contexto retribucionista bajo el lema *just desert*, el uso de la pena privativa de libertad como *ultima ratio* del derecho penal y la gradual introducción de alternativas a la privación de libertad, tales como períodos de pruebas bajo supervisión, servicios comunitarios y prisión domiciliar.³⁰

El cambio de finalidades de este tipo de abordaje da menos relevancia a la reincidencia, antes un criterio universal de evaluación del suceso o fracaso de determinada política criminal, en la perspectiva del ideal resocializador. Ella pasó considerar los niveles de encarcelamiento como un resultado del control efectivo realizado sobre las camadas sociales monitoreadas. Esa abordaje, en la medida que modifica el foco del sujeto y evidencia la existencia de grupos sociales más propensos a la criminalidad, o menos sometidos a la normalidad, fortalece el discurso de la pobreza como potencial productora de la criminalidad, no cuestionando los valores y el orden social impuestos como patrón, lo que ya fue fuertemente criticado por las teorías del etiquetamiento. Ello, incluso, uno de los objetivos de los programas de supervisión

²⁹ En este sentido, **Tonry**. *Proportionality, parsimony e interchangeability of punishment*, en: *A reader on punishment*, 1994, p. 138.

³⁰ **Feeley – Simon**. *The new penology*, p. 449.

intensiva creados para posibilitar el cumplimiento de penas no carcelarias, en un ideal integrador, pasasen a ser considerados técnicas eficaces de vigilancia y monitoración.³¹

Ello tratase de una idea de pena propia del pos modernidad, en el cual los sustitutos penales desempeñan importante función. Mantiene el carácter retributivo oculto, pero utilizando pretextos supuestamente en beneficio del propio sujeto delincente, tiene como objetivo simulado una supuesta rehabilitación, aunque no pretenda atingir las causas que llevaron al delito, que es la eje de una cuestión social más gravosa.³²

En esta paradójica, los sustitutos penales son presentados como institutos humanizantes, por ser alternativos al cárcere. Esta afirmación, desconsidera que la estigmatización no deriva a penas del cumplimiento de una pena carcelaria, pero es resultado de un complejo proceso de etiquetamiento, en el cual los registros criminales desempeñan relevante papel y el cárcere es su coroamento radical.³³ Además, omitiese que los sustitutos penales son aplicables solamente en las hipótesis de delitos de pequeño o medio potencial ofensivo, que no permitirían la manutención de infractores en los establecimientos prisionales, excepto los multi- reincidentes, por lo que no reducen el número de encarcelados y tampoco disminuyen los costos en la ejecución penal, ya que con la ampliación del número de personas sometidas al control penal, ocurre la consecuente necesidad de planteamiento y continuo inversión pública para la adecuada ejecución de los programas creados.

Así, observa **Cancio Meliá** el resurgimiento de un derecho penal con efectos meramente simbólicos, que, utilizado en un sentido crítico, haz referencia justamente a la función de determinados agentes políticos que a penas buscan el objetivo punitivista buscando alcanzar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, en una evidente actitud oportunista y populista, definiendo el derecho penal como un instrumento simbólico que mantiene relación fraterna con el punitivismo.³⁴

³¹ Así, **Zaffaroni** destaca ser técnicamente posible y mucho más barata la sustitución gradual de la prisión por control electrónico de conductas, lo que no implica necesariamente menor nivel de restricción de libertad del individuo y tampoco la disminución de la crueldad de la pena. **Zaffaroni. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**, p. 38.

³² Vid. **Ferrajoli. Derecho y Razón**, p. 724 y ss; **Machado. A pós- modernidade e as penas alternativas**, en: Boletim do IBCCrim, nº 75, 1999, p. 06.

³³ **Baratta. Criminología e dogmática penal**, RDP, nº 31, 1982, p. 03.

³⁴ **Cancio Meliá** en: **Jakobs – Cancio Meliá. Direito penal do inimigo**, p. 57 y ss y 65. También, **Silva Sánchez. La expansión del derecho penal**, p. 19.

Se percibe, entonces que, bajo la apariencia de reforma humanitaria, la introducción de los sustitutos penales en el ordenamiento jurídico, así como su expansión sin la necesaria disciplina legal – una vez que en algunos casos los tipos son abiertos - y sin adecuado planeamiento para viabilizar su aplicación y fiscalización, puede significar una nueva fase de exasperación de las condenas, bajo la disculpa de la necesidad de resultados más eficaces y humanitarios en el combate a la delincuencia.

Referencias Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminología e dogmática penal: pasado e futuro do modelo integral da ciencia penal*, RDP, Rio de Janeiro, nº 31, 1982.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI editores. España, 1986.

BLOMBERG, Thomas – CONHEN, Stanley. *Punishment and social control*, en: Punishment and social control. Aldine de Gruyter, New York, 1995.

BOLZAN DE MORAIS. *Estado, Função Social e (os obstáculos da) Violência*, en: Política Criminal, Estado e Democracia. André Luis Callegari (coord). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

BOTTOMS, Anthony. *Neglected features of contemporary penal systems*, en: the power to punish. London: Heinemann Educationa Books, 1983.

BUSTOS RAMIREZ. *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*. Depalma. Buenos Aires, 1997.

CONHEN, Stanley. *The punitive city: notes on the disperal of social control*, en: contemporary crises, v. 3, 1979.

FEELEY - SIMON. *The new penology*.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direitos dos presos. Forense*. Rio de Janeiro, 1980.

FERRI, Enrico. *Sociología criminal. Tomo II*. Madrid.

FOUCAULT. *Vigiar e punir*. 19ª. Ed. Editora Vozes. Petrópolis, 1999.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Revan. Rio de Janeiro, 1999.

GARLAND, David. *Punishment and modern society*. Oxford University Press. Oxford, 1990.

JESCHECK, Hans – Heirich. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Comares. Granada, 1993.

KARPAMAN, Benjamin *Perversión sexual y sexualidad carcelária*. Ed. Horne. Argentina, 1974.

LEMGRUBER, Julita. *Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal*, RCJF, 2001.

LOUISE DE AZEVEDO, Mônica. *Penas alternativas à prisão: Os substitutos penais no sistema brasileiro*. Juruá Editora: Curitiba, 2005.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula. *A pós- modernidade e as penas alternativas*, en: Boletim do IBCCrim, nº 75, 1999

MATHEWS, Roger. *Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas*, NDP. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2001.

MATHEWS, Roger. *Pagando tiempo: Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Bellaterra. Barcelona, 2003.

McMahon. *Net-widening: Vagaries and the use of a Concept*, BJC, 30, nº2.

PRADO, Geraldo. *Multa penal*. RT. São Paulo, 1998.

ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. IDEMSA. Lima, 1998.

SPARKS, R – BOTTOMS, Anthony– HAY, W. *Prisons and the problem of order*. Clarendon Press. Oxford, 1996.

TONRY, Michael. *Proportionality, parsimony e interchangeability of punishment*, en: A reader on punishment, 1994.

VON HIRSCH, Andrew. *Non-custodial penalties and the principles of desert*, en: The Criminal Law Review. Chicago, no. 275, 1998.

VON HIRSCH, Andrew. *The ethics of community based sanctions*, en: Crime and delinquency, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Direito Criminal. Belo Horizonte, 2000.