
¿QUÉ HACER CON LA PENA?

LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

Transcripción del registro original de audio durante el encuentro internacional "La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias", celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México, bajo la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Se publica con el consentimiento del autor.

Eugenio Raúl ZAFFARONI

Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

Cuando se me solicitó que desarrollara el tema de las alternativas a la prisión, no supe si se trataba en estricto sentido de un tema o si era una imputación, pero me parece que se trata más de esto último: de una imputación de contradicción.

Hace un momento Rosa del Olmo citaba algo que está escrito en el *Manual de derecho penal*. Pero a lo largo de la vida, como todos, he sido producto de un entrenamiento. A uno se le entrena para ver ciertas cosas y ese entrenamiento nos permite mirarlas mejor, aunque dejamos de ver otras: es algo como la torpeza entrenada. En consecuencia, tendría que decir que he escrito unos cuantos miles de páginas de mentiras; entre otras, la que citaba Rosa del Olmo.

Si en este momento tuviera que definir la función de la pena, lo haría muy mexicanamente, con dos palabras: ni modo. Efectivamente, todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena nos muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar. De modo que la pena está ahí, ni modo, como un hecho político, como un hecho de poder, como un hecho que está presente y que no se puede borrar. Pero, claro, la pregunta que se me haría ahora sería ¿cómo?, ¿por qué sigue haciendo derecho penal si considera que la pena es un hecho político, que es un hecho extrajurídico, un hecho que no tiene legitimidad? Bueno, no se trata del único hecho político que hay en nuestro mundo que no puede ser legitimado.

Basta abrir cualquier periódico para darnos cuenta de que ahí está la guerra, las guerras, miles de muertos por todos lados, y de entre ellas nos enteramos sólo de algunas. Sabemos de Yugoslavia porque está en Europa; de las otras, de las que están fuera de ese continente, apenas nos enteramos, porque de ellas los medios masivos casi no se ocupan. Claro, como los que mueren son negros, entonces importan menos, no tienen el mismo impacto y, por lo tanto, se comunica menos. Pero el hecho es que ahí está la guerra, a pesar de que, si

abrimos la Carta de las Naciones Unidas, nos damos cuenta de que, sobre la base de ese documento, la guerra es ilícita. Sin embargo, ahí está la guerra.

Si nos vamos al derecho internacional, nos encontramos con que los convenios de Ginebra establecen que en la guerra, a los prisioneros hay que tratarlos de cierta manera, que no hay que bombardear hospitales, que no hay que matar población civil, que hay que intercambiar a los prisioneros de tal manera, que hay que darles cierto trato, que hay que recoger a los náufragos del mar cuando se hunde un barco enemigo, etcétera. Así que cualquiera diría ¿pero cómo? ¿se habrán vuelto locos los internacionalistas? Por un lado dicen que la guerra está prohibida, que es ilícita, y por otro lado se ponen a establecerle condiciones a un hecho ilícito.

¿Cómo es eso? Es parecido, más o menos, a que nosotros tuviéramos, por una parte, un tipo que establece el delito de robo y por la otra, un tipo que estableciera condiciones para el robo, algo así como si se dijera: "cuando usted robe, róbase la nevera, pero de ninguna manera vaya a robarse la cama de nadie". Parece una locura. ¿Hay tal vez una contradicción en esto? No, no hay ninguna contradicción; se trata, por el contrario, de asumir una realidad, el hecho de que la guerra es un fenómeno extrajurídico, una manifestación de poder.

Los internacionalistas -tan omnipotentes como nosotros los penalistas- durante mucho años creyeron que ellos, mediante la teoría y sus instrumentos jurídicos, regulaban el hecho de poder de la guerra, tal cual nosotros seguimos creyendo -yo ya no en este momento- que por medio de lo que decimos se regula el hecho de poder punitivo.

Eso no es cierto. El poder punitivo está fuera de la agencia jurídica; el poder punitivo lo ejercen otros. A nosotros nos dejan hacer un discurso, hasta ahora legitimador del poder punitivo y nada más. De vez en cuando nos ponen delante a los ladrones bobos que se seleccionan de la sociedad y nos dicen: "¿quiere usted seguir criminalizando a este ladrón torpe o quiere interrumpir el proceso de criminalización que iniciaron agencias ejecutivas?" Ese es todo nuestro poder jurídico; no tenemos más. Otros son los que seleccionan, otros los que vigilan, otros los que traen a los clientes. Nuestra clientela la seleccionan otras agencias, no nosotros.

Volviendo a nuestro ejemplo, ¿qué han hecho los internacionalistas? ¿Qué ha hecho la Cruz Roja Internacional? ¿Y la Media Luna? Lo que han hecho es, sencillamente, reconocer que la guerra es un hecho de poder, que ni modo, que ahí está. Así que el derecho internacional humanitario es racional en tanto que trata de usar su poder como agencia internacional -que no es mucho pero, bueno, es algo- y de administrarlo para tratar de reducir los límites de la violencia de ese hecho que es la guerra y que en sí mismo es incontrolable por medio del propio derecho internacional. La lógica de este juego sería: "no puedo cancelar este fenómeno que es ilícito, pero sí puedo jugar mi escaso poder para tratar de limarle los aspectos más violentos, más inhumanos, más terroríficos".

Me parece que lo mismo puede hacerse en el derecho penal; es decir, podemos redefinir el derecho penal de la misma forma que el derecho internacional humanitario, y concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para

acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo. Con esto volveríamos, de alguna manera, a refundar un derecho penal liberal, una segunda versión del derecho penal liberal, no la del comienzo del siglo pasado, sino una versión mucho más sana en su fundamento.

Pero habría una segunda contradicción, es decir, la de concebir un derecho penal como discurso reductor del poder punitivo, como discurso que se esfuerce, que es cuidadoso y que le sugiera a los jueces doctrinas para reducir el poder punitivo. Y es que, como operador de una agencia jurídica, concebir esto es fundar el derecho penal en una teoría agnóstica de la pena, en una teoría que dice:

Yo no sé para qué sirve la pena; todo lo que se ha dicho sobre ella es falso. Sociológicamente, tiene una gran cantidad de funciones múltiples, tácitas, que no conocemos o que no hemos agotado, y por ende, en tanto que hecho no legitimado, trato de reducirlo. Pero en este punto, se me podría hacer una segunda imputación que, ciertamente, no escapa a la verdad, y que es la de que, en los últimos años, he participado en la responsabilidad de introducir en mi país, y en algunos otros países, la discusión sobre las llamadas alternativas a la pena privativa de libertad. Al introducir esta posibilidad en el debate parlamentario, incluso, aparecería otra contradicción que diría: "si usted afirma que no sirve la pena, ¿por qué está usted inventando penas?" Es verdad; dicho en esos términos, sería contradictorio y eso exige una explicación.

En general, las penas no privativas de la libertad que se debaten en este momento en el área latinoamericana, no inventan mucho con relación a las que ya se conocen en toda la legislación comparada, en los proyectos que más o menos dan la vuelta en la región. Entre éstas se puede incluir la pena de multa, con el sistema de día-multa o la pena de multa para reparar el daño, es decir, que durante un determinado tiempo el sujeto comprometa una parte de su ingreso o salario en favor de la víctima; el arresto de fin de semana; el arresto domiciliario; la realización de trabajos de utilidad pública fuera de los horarios normales de trabajo del sujeto; ciertas limitaciones a la residencia; ciertas limitaciones al tránsito; la caución de no ofender; el cumplimiento de instrucciones unido a la libertad a prueba o separado de la libertad a prueba y unido a otras instituciones; la posibilidad de interrumpir el curso del proceso penal en algún momento y darle alguna salida no punitiva; la amonestación. Algunos agregan el perdón judicial, la petición de excusas a la víctima, etcétera.

Como puede verse, muchas de estas posibilidades no son novedades; muchas existen ya en nuestros códigos. Por ejemplo, el código mexicano tiene unas cuantas de ellas desde hace sesenta años. En definitiva, se trata de tentativas para aumentar el ámbito de la condena condicional, o mejor aún, el ámbito de la libertad condicional. Si le dijera esto a un jurista puro, me lo criticaría; pero desde un punto de vista político-criminal, son tentativas para aumentar el ámbito de esas dos instituciones que provienen, una de los franceses, los belgas y los ingleses, y la otra de la teoría correccionalista.

A todo suele llamársele penas alternativas, pero ¿por qué alternativas? Pues porque serían alternativas a la pena privativa de libertad, que históricamente

también fue alternativa a la pena de muerte. De modo que serían alternativas a la alternativa.

La lógica de estas penas sería la siguiente: desde el momento en que ponemos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles. Esa es la lógica penal, la lógica que manejamos los penalistas y que nos enseñaron en la Facultad de Derecho, pero es una lógica esquizofrénica, es una mentira, las cosas no son necesariamente así, esa lógica es falsa.

No, no es ésta la tesis que sostengo, ésta es una hipótesis producto de recortes arbitrarios del ámbito de la realidad. Como el hombre no puede captar todas las relaciones de la realidad, tiene que cortar pedazos de realidad para estudiarla en unos cuantos entes aislados, y entonces les da un límite epistemológico y estudia qué hay dentro. Pero la realidad es total y dinámica; lo que es limitado y obliga a cortar, es el conocimiento humano. Cuando nos olvidamos de esto, llegamos a conclusiones como esa falsedad que acabamos de enunciar.

Este es el resultado de un conocimiento fragmentado, de un conocimiento que yo llamaría autoritario: el conocimiento de los sabios. Sabios que miran de arriba para abajo. Pero otros más bien creemos que el conocimiento y la sabiduría se fincan un poco en lo que decía Sócrates, en tratar de ver todo el ámbito de relaciones, el infinito ámbito de relaciones que no podemos manejar cuando hacemos una aseveración científica, y que, por ende, no nos permite tomar conciencia de la magnitud de lo que no sabemos. Es decir, está el ámbito del sabio y el ámbito del filósofo; yo prefiero el del filósofo, porque el del sabio es hijo de los discursos que se hacen dentro de las agencias burocráticas.

La fragmentación arbitraria del conocimiento nos lleva a este tipo de afirmaciones que, decíamos, son falsas. En realidad, establecer en el Código Penal sanciones no privativas de libertad, puede tener en la práctica distintos resultados. Uno de ellos es que se queden en el Código Penal y que los jueces no las apliquen nunca. Otro de los posibles resultados es que estén en el Código Penal y que se apliquen muy poco, remplazando algunas penas de prisión, lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento. Otro es que estén en el Código Penal y que se apliquen a personas que, de otra forma, nunca serían encarceladas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible. Otra es que estas dos últimas variables se hagan en cierta escala significativa.

Si redujéramos estas alternativas a tres, diríamos que es posible: 1) que estén el Código y no se apliquen nunca; 2) que estén el Código y se apliquen en sustitución de algunas penas privativas de libertad, con lo cual se reduciría considerablemente el ámbito de la pena privativa de libertad, y 3) que nos encontremos con que están en el Código Penal y que tenemos el mismo número de presos, o bien que tenemos un número parecido o superior de condenados a penas no privativas de libertad, con lo cual habríamos aumentado el número de penados sin disminuir el número de encarcelados. Por lo tanto, puede ser un instrumento que reduzca el ámbito de la penalización o que aumente el ámbito de la penalización. O bien, puede ser un instrumento que quede en el Código Penal y no sirva para nada.

Estas tres variables las tenemos que tener en cuenta y, de alguna manera, a juzgar por su propuesta en América Latina, el que estas alternativas puedan contribuir a aumentar el ámbito de la criminalización, es decir, que tengamos el mismo número de presos y además un número parecido de condenados a penas no privativas de libertad, me parece difícil. Lo que sí me parece posible es que no tengan aplicación y que, de tenerla -a esa me juego- lo sea en forma reductora del número de encarcelados. Lógicamente, para que esto pase y para que tenga algún sentido la introducción de las alternativas a las penas privativas de libertad en América Latina, ello no puede ser producto sólo de una medida de propaganda como a las que nos tienen acostumbrados nuestras agencias políticas. No se trata de que el político en turno, que no hizo nada en el ámbito de la justicia antes de irse, o que para garantizar su clientelismo tiene que elevar su popularidad, mande de urgencia un proyecto de penas alternativas al Congreso, para que éste salga en tres días.

Para que las penas alternativas tengan realmente alguna eficacia -me mantengo en el planteo socrático- reductora del número de encarcelados en América Latina, es necesario que éstas se establezcan dentro del marco de una decisión político-criminal previa: la de no aumentar el número de presos. Debemos dejar de incrementar el número de presos, porque si tenemos cárceles sobrepobladas y construimos nuevas cárceles, lo que tendremos serán más cárceles sobrepobladas.

Quizá pueda haber alguna circunstancia en la que haya capacidad de ocupación libre en las cárceles; eso es cierto. Cuando, por ejemplo, cae una dictadura que tiene un nivel de represión muy alto, momentáneamente el número de presos bajará. Pero paulatinamente, al cabo de cinco, seis, ocho o diez años, nuevamente subirá hasta alcanzar la misma cantidad de presos. Aunque hayan cambiado las condiciones, surgirán argumentos nuevos.

Últimamente el derecho ecológico es un pretexto genial, aunque naturalmente, así como está hoy en prisión el transportador en pequeño de drogas, el que vende en la esquina las drogas, igualmente lo voy a estar yo si me pongo a orinar en el río, pero no será encarcelado el que causa la verdadera polución ambiental.

Como siempre, el sistema penal es selectivo, va a caer sobre el infeliz -eso es eterno- y de nuevo toda la burocracia se inventa trabajo, porque la burocracia va generando trabajo en la medida en que ampliamos su capacidad operativa. Así es que vamos a ampliarle la capacidad de captar personas, de reclutar personas.

Si la decisión es detener el proceso de crecimiento carcelario, creo que una tal decisión está impuesta en América Latina por la necesidad. Es una decisión que emerge de la necesidad financiera latinoamericana. La privatización y la empresa privada en la cárcel son utopías del Estado liberal que no van a funcionar. La cárcel privatizada de esta forma no va a funcionar. Si en algún país se ha producido cierta patología del desarrollo del sistema penal, es en un país central, en algún país al que no le importe mucho el déficit que tenga porque, después de todo, fabrica la moneda mundial. Y porque ha pasado de una economía de producción a una economía de servicio, hipertrofiando al sistema penal y generando en éste una demanda de servicios que es increíble

y que prácticamente le permite a una de cada 25 personas que camina por la calle, vivir del sistema penal.

Pero esto, en nuestros países, es virtualmente imposible. Hace poco Nils Christie publicó un libro sumamente interesante, en el que muestra la hipertrofia penal como una amenaza mundial. Yo no la creo tan inmediata, y especialmente no en América Latina, en que no están dadas las condiciones económicas, y en que la economía no funciona de esa manera, como para que ese modelo de hipertrofia penal pueda copiarse tan sencillamente. De modo que creo que es más o menos factible que pueda tomarse racionalmente la decisión de limitar directamente el número de presos. Es decir, de aquí en adelante no permitir que la cifra negra de la delincuencia crezca, porque, como sabemos, a cualquiera de nosotros se nos puede seleccionar y penalizar porque algo hemos hecho en algún momento de nuestra vida; hipotéticamente, hemos infringido alguna norma penal en algún momento, y muchos, de hecho, hemos infringido la misma o varias normas penales.

La materia prima para la penalización es inabarcable, infinita; de modo que ahí es donde opera la decisión política de saber cuántos presos queremos tener. En cada país tenemos que un pequeño porcentaje: 4, 5, u 8% de la población penal corresponde a sujetos -si se les quiere denominar así- más o menos deteriorados, más o menos sicópatas, que han cometido delitos como violación, homicidio y esas cosas, y cerca de un 95% está formado por ladrones, pequeños ladrones. El hecho de que hoy tengamos gente involucrada en el tráfico mínimo de drogas no altera esta aseveración, pues se trata de criminalidad con objetivos de lucro, individuos que están presos porque roban mal, porque no saben robar, porque son torpes y se ponen delante del sistema penal. Esto lo sabemos desde la teoría de la asociación diferencial.

Así que, poniendo aparte ese pequeño número de presos más o menos sicópatas, el resto puede resolverse con una decisión política: cuántos presos queremos tener, es decir, cuántos ladrones queremos tener. El que en México haya 15 o 20 mil ladrones en la cárcel, entre ochenta y tantos millones de habitantes, no le va a alterar a nadie su vida cotidiana. Si se toma tal decisión política, a partir de ella sí tendría sentido hablar de penas no privativas de libertad.

Tengamos en cuenta que esto tiene que insertarse en un cuadro más amplio, incluso como alternativas a la privación de libertad. No nos equivoquemos, porque si lo que dije hace unos párrafos es cierto, y existe una planificación que abstractamente nos encerraría a todos, tiene que haber alternativas para que sólo queden encerrados unos pocos, pues de lo contrario vamos todos presos, se detiene la sociedad y no queda nadie para cerrar la puerta.

Así que todo el sistema penal es un sistema de alternativas, porque efectivamente, hay alternativas informales con las cuales no se corre el riesgo de penalizarnos. Ciertamente, hay alternativas formales de penalización que reducen el ámbito de la criminalización primaria, como la famosa descriminalización, pero hay también alternativas informales que implican no intervenir directamente en todo lo que hacemos, en las que el sistema penal no se da por enterado. Y hay incluso otras alternativas en las que el sistema penal se entera pero no actúa. Hace poco, hablando de este tema, comentábamos

que Brasil, donde las cifras están más o menos contabilizadas -tiene alrededor de 140 millones de habitantes y unos cien mil presos en cárceles que ya están sobrepobladas- no tiene presupuesto para hacer más cárceles, a Dios gracias. Entonces qué pasa, que tienen 300 mil órdenes de captura que no se ejecutan; los jueces siguen fabricando órdenes de captura, la policía dice "¡qué bien! encontramos una nueva fuente de subsistencia"; "mire señor, tenemos una orden de captura, así que por no venir a buscarlo vamos a cobrar mensualmente tanto". Ese señor paga y con eso se completa el salario policial, de manera que hay cien mil presos y trescientos mil sueltos, salvo si lo pescan en delito flagrante, por lo que, a pesar de todo, lo tendrían que meter preso.

Entonces, ¿de qué alternativas a la privación de libertad hablan ustedes? La mayor alternativa que tienen en sus manos es no ejecutar las órdenes de captura, pues ello triplicaría la cantidad de presos, en caso de ejecutarlas.

Después, se tienen otras alternativas: la prescripción, que es una forma de reducción del ámbito de la criminalización. Los países que tenemos juicio oral sabemos lo que se hace: llega a juicio oral la causa -claro está, sin preso (por supuesto no en un homicidio o en una violación)-; se pone la causa en la pila y se van haciendo los juicios orales. Naturalmente, si el sujeto viene con otra causa, sacan la que está debajo de la pila y entonces se hacen dos juicios orales. Si no se queda debajo y prescribe, es una especie de libertad condicional de facto, es decir, sin supervisores penitenciarios.

Después tenemos lo que yo llamaría proceso de criminalización secundaria, que se queda a la mitad del camino; se trata de una criminalización interrumpida, y se da en todos los casos de absolución por defectos de forma, por nulidades fundadas en tales defectos, ya sea en la instrucción, en la acusación o en las formas de sentencia. Todas las absoluciones por falta de prueba, todas las absoluciones por el in dubio pro reo (en caso de duda, se aplica el criterio más favorable al reo), son formas en las que el proceso de criminalización queda interrumpido. Y también son alternativas, aunque no se les vea así desde el punto de vista jurídico, como la excarcelación, la condena condicional, las libertades condicionales, las salidas que aparecen en todas las leyes penitenciarias, las salidas transitorias, las reducciones de pena.

Después tenemos los indultos y las conmutaciones del Poder Ejecutivo, que en algunos países federados dan resultados insólitos (en mi país, por ejemplo, si a uno se le ocurre matar a la mujer, mejor es que lo haga en una provincia del centro o del norte, porque ahí el gobernador le va a bajar un año porque es su cumpleaños, otro día seis meses porque descubrió petróleo y otro día por ser Navidad).

Como vemos, existen distintas alternativas, de modo que llamar alternativas a un listado y decir que es el gran descubrimiento que hemos hecho, el gran descubrimiento de la política criminal contemporánea, es falso.

Siempre estamos jugando con alternativas para reducir el ámbito del encarcelamiento. Incluso, queda claro que muchas de estas alternativas pertenecen a la legislación penitenciaria. En algunos países europeos -me refiero, por ejemplo, a España y a Italia- hoy día se manejan códigos penales muy severos, códigos que mantienen el ergástolo. Pero después, en la ley

penitenciaria, aparecen disposiciones que permiten de alguna manera ir reduciendo la pena, de modo que, en realidad, esas penas formalmente tan graves, en la práctica representan un encierro mucho más breve. ¿Que por qué se produce esto? Yo creo -y eso está pasando en muchos de nuestros países en Latinoamérica- que es porque resulta mucho más fácil que una ley penitenciaria pase por un Congreso sin que ningún periodista cretino se dé cuenta, que una reforma al Código Penal que, generalmente, es más escandalosa. La ley penitenciaria pasa a las agencias políticas con menos problemas, de modo que a un castigo formal muy severo se le pueden plantear como alternativas otras medidas aplicables en la ejecución.

Desde mi punto de vista, por lo menos en la poca participación que he tenido en la proyección de algunas de estas leyes, creo necesario establecer un organismo controlador, un organismo honorario, y así lo he planteado en algunos textos. Sería un organismo que integraría procedimientos más o menos insospechados de parcialidad -o de mucha parcialidad-, que establecería semestralmente o anualmente, cuál es la efectiva capacidad que tiene cada uno de los establecimientos penales, tomando en cuenta, básicamente, tres factores: 1) cubaje de aire; 2) capacidad alimenticia, y 3) capacidad de atención médica elemental. No pretendo que se establezca la capacidad material de estas instituciones para albergar gente, ni con las reglas mínimas, ni con cualquier exquisitez de esa naturaleza, sino aplicando un criterio jurídico que sea mucho más práctico, como el del derecho internacional humanitario, es decir, que se les pueda brindar a los internos por lo menos el mismo trato que a los prisioneros de guerra. La Convención de Ginebra establece esto para los prisioneros de guerra, bueno, pues a los prisioneros nuestros démosles el mismo trato. Si hay, digamos, capacidad para un número determinado de presos, y sobran algunos de ellos, ese organismo se lo comunica a la Corte Suprema, o al Tribunal Supremo, según corresponda. El Tribunal Supremo, per saltum, en tanto que se están violando las garantías constitucionales y los derechos humanos de los que están de más, establece con un criterio (por ejemplo, considerando la gravedad del delito), quiénes tienen que ser sometidos a sanciones no privativas de la libertad, sencillamente porque están sobrando, porque no hay capacidad para tenerlos.

Por otra parte, en los casos individuales, si la justicia funcionara, esto tendría que hacerse efectivo a través del recurso al habeas corpus (algo como el recurso de amparo en México), pero un habeas corpus serio. De esta manera, si yo estoy en un establecimiento que tiene más ocupantes de los que caben en él, me dan de comer menos de lo que necesito para vivir, y no me dan atención médica, están agravando indebidamente mis condiciones de detención y, por ende, los recursos rápidos de tutela de derechos individuales tendrían que hacerse efectivos. El mecanismo implicaría generalizar ese procedimiento por la vía del per saltum del que, por otra parte, en los últimos tiempos, nuestras Cortes Supremas y nuestros Tribunales Supremos están abusando en muchas materias. Así que sería sano que lo hicieran también para las garantías individuales. Como, en definitiva, si esto se tramitara por la vía del amparo se trataría de un juicio en materia constitucional, sería legítimo que ellos lo decidiesen masivamente adaptando la población penal a la capacidad real y a la capacidad de atención de cada establecimiento. Esto forzaría el uso efectivo de las alternativas y sería, de hecho, un mecanismo que forzaría su aplicación.

Ahora bien, con todo lo que estoy diciendo, daría la impresión de que me estoy olvidando de un tema central: nuestras cárceles no están sobrepobladas de condenados, sino que lo están de procesados. La primera alternativa que tendríamos que establecer es un código procesal racional, y por tal cosa entiendo un código que permite al juez decir: "Señor, voy a indagarlo por tal y tal delito, y si al escuchar lo que usted me responda no me convence, lo someto a proceso", pero sólo en un caso excepcional podrá decirle: "No basta con someterlo a proceso, lo voy a encerrar en una prisión preventiva". Aquí se está violando el principio de inocencia, de ello no cabe la menor duda; pero repito, la prisión y la pena son como la guerra, ni modo, ahí se está violando el principio de inocencia. Eso sería un código racional; por el contrario, irracional es un código que dice "Primero lo encierro y después lo excarcelo". Si después lo voy a soltar, ¿para qué lo encarcelo? Eso no tiene mayor sentido. Tiene sentido, en todo caso, dictar la prisión preventiva si la voy a hacer efectiva, pero no lo tiene dictársela a todo el mundo y después soltarlo mediante el proceso de excarcelación; ese es el absurdo.

Lo segundo sería reconocer que la prisión preventiva no es una institución procesal, es una institución penal. Prisión preventiva y principio de inocencia son dos cosas que se enfrentan de una manera irreductible. Pretender que la prisión preventiva es una medida cautelar de derecho civil, es absurdo. Incluso cuando se toma alguna medida cautelar del derecho civil, se obliga a arraigar, y esa medida tiene un contenido patrimonial, de modo que el arraigo es una garantía patrimonial. Si la medida cautelar que se me aplica no resulta justificada, se me repara con un bien de la misma naturaleza; pero si se me encierra por tres años, eso, en términos de libertad, no me lo puede reparar nadie. Por lo tanto, asimilar la prisión preventiva a una medida cautelar no puede ser válido.

Por otra parte, el carácter de pena de la prisión preventiva es reconocido por el propio derecho penal, cuando en caso de condena computa el tiempo de reclusión preventiva como parte del cumplimiento de la pena. Así que se trata de una pena que se aplica, por las dudas, al sujeto.

Ningún principio de derecho penal, ni procesal penal, se realiza absolutamente. Hay niveles de realización y, por ende, hay niveles de violación del principio de inocencia. Desde mi punto de vista, resulta preferible reconocerlo y reconocer también que la prisión preventiva tiene naturaleza penal, porque entonces tenemos que pensar en alternativas a la prisión preventiva. El procesado, por principio, no puede estar en peor situación que el condenado; en consecuencia, no podemos negarle la alternatividad a la pena que le estamos haciendo sufrir, cuando no lo hacemos en el caso del condenado.

De esta manera, más o menos, podríamos seguir ampliando el ámbito de exigencia de aplicación efectiva de las llamadas alternativas a la pena privativa de libertad. Pero insisto, creo que existen dos posibilidades: una es que se tome la decisión política de poner un límite al número de presos y, a partir de ahí, darle cierta efectividad a las alternativas; la otra es que las penas alternativas que se establezcan en los códigos penales latinoamericanos no sirvan para nada.

La ampliación de la red punitiva, es decir, la más negativa de las dos hipótesis, la creo muy difícil en América Latina, por las mismas razones por las que creo

difícil la ampliación ilimitada del número de presos. Estas penas, aunque son más baratas que la cárcel, son en realidad caras; implican el establecimiento de burocracias; hay que reorganizarlas, y requieren sacrificios presupuestales más o menos importantes. No creo, realmente, que la economía de nuestros países permita tan fácilmente la creación de estas instituciones con costos económicos considerables, de la misma manera que no creo que pueda permitirse la fabricación de cárceles en forma ilimitada hasta llegar a tener un preso por cada doscientos habitantes.

No creo que nuestras condiciones económicas hagan posible la puesta en práctica de esos modelos: no hay fenómeno, por negativo que sea, que no tenga un lado positivo. Nuestras situaciones económicas son bastante negativas, pero tienen de positivo el no permitir, el no facilitar el crecimiento ilimitado de la red represiva. En este sentido, me parece que la tercera de las hipótesis es la menos probable; me inclino más por alguna de las dos primeras. Me juego a que tengan alguna eficiencia conforme a esas instituciones controladoras, o a que perdamos el tiempo en establecerlas en el Código Penal, sin que tengan realmente ninguna eficacia. En realidad no podría decir -vuelvo a la posición socrática- cuál de las dos daría mejor resultado en nuestro continente. Pero creo que vale la pena jugar la carta de la decisión político-criminal de reducir el número de presos mediante estas instituciones. Lo que sí es absolutamente ridículo es que sigamos aumentando el número de cárceles y, al mismo tiempo que incrementamos su capacidad material, pretendamos aplicar las llamadas penas alternativas a la prisión.

Más arriba afirmé que el nombre de penas alternativas no me gusta mucho. Después de todo, la prisión fue la alternativa a las penas corporales y a la de muerte. Cuando se estableció la prisión y se generalizó, se redujo el ámbito de la pena de muerte, y en ningún país, que yo sepa, se siguió construyendo y aumentando el número de cadalsos. Si queremos remplazar la prisión por alternativas a la misma, detengamos el aumento en el número de celdas y de cárceles.