



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.  
San Sebastián, N.º 7 - 1993.

## **Presentación en el año del Congreso Internacional** 7

### **IV JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO-NAVARRAS**

- **F. Bueno Arús.** La prisión y la sociedad ..... 17
- **R. Cario.** El trabajo de interés general en Francia ..... 41
- **J.L. de la Cuesta.** Instituciones probatorias en el P.C.P. 1992 ..... 55
- **A. Giménez Pericás.** Victimación terciaria ..... 63
- **E. Giménez-Salinas** Penas privativas de libertad y alternativas ..... 73
- **M. Jabardo Quesada.** La mujer y sus hijos en prisión ..... 93
- **J. Jiménez Villarejo.** Régimen disciplinario y beneficios ..... 107
- **A. Messuti de Zabala.** Sustitutivos de la prisión ..... 123
- **E. de Miguel.** Alternativas a la cárcel. Probation ..... 131
- **B. San Martín Larrinoa.** Los voluntarios ..... 139
- **R. Santibáñez.** ¿Reformar la ley o reformar la realidad? ..... 147
- **G. Arocena.** Vivencias de los funcionarios penitenciarios ..... 157

### **CURSO DE VERANO**

- **G. Picca.** La Sociología criminal ..... 169
- La Criminología clínica ..... 177
- **A. Viqueira.** Síndrome de Estocolmo ..... 193

### **MISCELANEA**

- **E. Echeburúa. Paz de Corral** Variaciones y ofensas sexuales ..... 215
- **A. Giménez Pericás** Para una sociología del narcotráfico ..... 235
- **F. Goñi.** Aspectos paracientíficos de la tecnología del DNA ..... 245
- **J.L. Munoa.** Presentación de Laín Entralgo ..... 253
- **P. Laín Entralgo.** Ante la muerte: lo que podemos esperar ..... 257
- **E. Ruiz Vadillo.** Derecho penal económico y proceso penal .... 269
- **F. Savater.** Opinable e intolerable ..... 281
- **P. Waldman.** Etnorregionalismo ..... 283
- **A. Beristain.** La declaración de una ética global ..... 299
- **Miembro de Honor y VI Promoción de Criminólogos** ..... 315
- **Memoria del IVAC-KREI** ..... 329

EGUZKILORE

Número 7,  
San Sebastián  
Diciembre 1993  
73 - 91

## PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y ALTERNATIVAS \*

Esther GIMENEZ-SALINAS i COLOMER

*Ex-Directora del Centre d'Estudis Jurídics  
i Formació Especialitzada (Barcelona)  
Miembro del Comité Científico para los Asuntos  
Criminales del Consejo de Europa*

**Resumen:** Se realiza una reflexión crítica sobre el art. 25.2 CE en el que se recoge la finalidad de la pena. Se aportan, además, datos sobre el cumplimiento de las penas en España y la situación de la población penitenciaria. Asimismo, se exponen las alternativas a la prisión en la legislación comparada, en el Código penal español y en el Nuevo Proyecto de Código penal.

**Laburpena:** Lan honetan gogoeta kritiko bat egiten da 25.2 CE artikuluari buruz, zeinek zigorraren helburua biltzen du. Gainera, Espainian zigorren betedurari buruzko eta atxilotuen egoerari buruzko datuak aipatu egiten dira. Bestaldetik, Legegintza konparatuan, espainiar lege-liburu penalean eta lege-liburu penalaren proiektu berrian atxiloketaren ordezeko aukerak azaltzen dira.

**Résumé:** On réalise une réflexion critique sur l'article 25.2 de la Constitution Espagnole qui traite la finalité de la peine, on aborde en plus des données sur l'exécution des peines en Espagne et la situation de la population pénitentiaire. Aussi, on expose les alternatives à la prison dans la législation comparée, dans le Code pénal espagnol et dans le Nouveau Projet de Code pénal.

**Summary:** This work contains a critical consideration about article 25.2 of the Spanish Constitution which states the purpose of penalties. Moreover some information regarding the implementation of penalties in Spain and the situation of the penitentiary population is given. Likewise, alternatives to prison in comparative legislation, in the Spanish Penal Code and in the New Project of Penal Code are presented.

**Palabras clave:** Pena privativa de libertad, Población penitenciaria, Alternativas a la prisión, Legislación penal.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Askatasunik gabeko zigorra, atxilotuak, atxiloketaren ordezeko aukerak, legegintza penala.

**Mots clef:** Peine privative de la liberté, Population pénitentiaire, Alternatives à la prison, Législation pénale.

**Key words:** Penalty of Deprivation of Liberty, Penitentiary Population, Alternatives to Prison, Penal Legislation.

## 1. LA FINALIDAD DE LA PENA. EL MANDATO CONSTITUCIONAL Y LA LOGP DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1979

La finalidad de la pena viene definida en el artículo 25.2 de la Constitución española donde dice:

... “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”...

En los mismos términos se pronuncia la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 en su artículo primero que dice así:

... “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados” ...

Los ordenamientos jurídicos de otros países europeos como Italia o Alemania, Schüler-Springorum (1989), se manifiestan en términos parecidos, todos ellos tendentes a la idea de que la pena privativa de libertad sirva al delincuente para que en el futuro lleve una vida sin delitos.

No entraré aquí en la amplia polémica desatada en España en los años ochenta sobre la denominada resocialización. Entre otros muchos caben citar los trabajos de Muñoz Conde, Bergalli, Bustos, Mapelli, Beristain, etc.

De modo muy resumido, las principales críticas a la resocialización podrían quedar agrupadas en tres grandes apartados:

. El primero, de carácter más conceptual, sobre el auténtico significado del concepto de “resocialización”. ¿Socializar o resocializar a alguien a qué sociedad? En la actual, que es la que le ha girado las espaldas y que no ha logrado en la mayoría de los casos ni siquiera una normal socialización a nivel familiar o escolar. ¿Es que existe una sola sociedad con una unidad de valores?

. Un segundo apartado agruparía las objeciones en torno a lo que puede significar la imposición más o menos encubierta de un tratamiento que no respete a los derechos fundamentales de la persona. ¿Puede tratarse a una persona en contra de su voluntad? ¿Tiene derecho una persona a vivir la vida de forma diferente, a negarse a ser tratado? Por lo demás, ¿qué sucede, por ejemplo, en los denominados delincuentes de cuello blanco que tienen teóricamente una perfecta socialización y que por tanto no están necesitados de un tratamiento, o en el caso de un

parricida, que una vez ha dado muerte a su pareja, aquella situación no volverá a producirse?

La tercera gran objeción agruparía los argumentos acerca del lugar donde debe llevarse a cabo la resocialización. La cárcel. La famosa frase de cómo educar para la libertad sin ella, tiene aún pleno sentido. Pero además, ¿cómo están nuestras cárceles? ¿Puede en ellas realizarse un tratamiento? ¿Existen los medios tanto materiales como personales? ¿No es como tantas veces se ha dicho una escuela de delincuencia? ...

A grosso modo, estos han sido los tres grandes grupos en los que podrían clasificarse las críticas a la resocialización. Veamos ahora cuáles han sido, por el contrario, los defensores de la "resocialización".

Que la cárcel es una mal, lo acepta casi todo el mundo (Gimbernat, 1979), al igual que también se acepta que es un mal necesario. Difícil es imaginarse una sociedad sin punición y no asociar a determinadas conductas la privación de libertad, pero la verdadera discusión no está ya entre los abolicionistas y los máximos defensores de la institución carcelaria, sino en las penas intermedias. Así la discusión principal la tendríamos entre los que defienden la aplicación de un derecho penal mínimo y la posibilidad de despenalizar muchas de las conductas hoy previstas como delitos en Código penal, devolviendo así a la sociedad su papel regulador de conflictos y dejando solamente en manos del Estado aquellas conductas que lesionen gravemente los intereses de la comunidad, y por el contrario, aquellos que defienden las tesis de un derecho penal más tradicional.

Los defensores de la prevención especial, que en España ha estado en general defendida por profesionales de la psicología, pedagogía, etc. tales como Alarcón, Garrido, Redondo, entre otros, pueden agrupar sus argumentos también en tres grandes apartados:

1.º Las cárceles son un mal necesario y de imposible desaparición. La estancia de un individuo en la cárcel debe aprovecharse, pues, para ampliar los horizontes culturales, sociales, personales, etc. de aquel individuo, para que éste, cuando salga, esté en las mejores condiciones posibles para vivir en libertad.

2.º El tratamiento no es una "máquina de cambiar individuos", son diferentes técnicas (según las escuelas) de ayuda al comportamiento humano, para que el individuo tenga mejores y más amplios instrumentos personales para llevar en el futuro una vida sin delitos.

3.º La idea de tratamiento ha permitido "humanizar" las prisiones y que los hombres y mujeres reciban un trato más digno. Muchos de los denominados privilegios o beneficios penitenciarios sólo tienen su justificación en aras a la prevención especial. Si olvidamos este fin, las prisiones volverán a ser un puro lugar de castigo.

Recientemente, y acuñado sobre todo en los países del Norte de Europa, se ha utilizado el término "normalizar las prisiones", como sustituto del concepto de "resocialización". No abandona los criterios preventivos-especiales, pero evita la concepción ideológica de la resocialización. Por "normalizar" las prisiones debe enten-

derse todas aquellas actuaciones que ayuden a que la vida en la prisión sea lo más parecida posible al mundo exterior. Si el interno en definitiva ha de volver a la vida normal, cuanto más parecida sea la vida interna en la prisión mejor preparado estará.

Desde nuestro punto de vista, las críticas al concepto de resocialización y a la influencia absolutamente negativa de la pena privativa de libertad son absolutamente ciertas, pero también lo es, que si prescindimos de todo criterio preventivo especial, lo único que nos queda es la prisión en los términos más duros y extremos. Por ejemplo, los permisos de fin de semana, las comunicaciones con los familiares, etc., se justifican mucho más con la idea de que ello tiende a una mayor integración del interno con la sociedad, que como simples beneficios penitenciarios. Por ello preferimos utilizar el término de normalización, que acepta todas las críticas al concepto resocializador de la pena, sin renunciar a una posible vuelta del individuo a la sociedad.

Creo que honestamente hemos de aceptar los efectos negativos que para las personas tiene la pena privativa de libertad y la escasa confianza que en la cárcel podemos depositar como lugar idóneo para la resocialización, pero ello no ha de impedir que luchemos por un sistema penitenciario más justo y que conscientes de sus dificultades, ofrezca a los individuos que lo han de sufrir algo más que la pura retribución al daño causado. Lo cierto es que sin esperar de la cárcel nada que no pueda ofrecer, puede ser al menos una oportunidad para que el individuo que la sufre, pueda adquirir algunos conocimientos, ampliar sus habilidades sociales y en todo caso prepararse mejor para la salida. Como dice García-Pablos (1988), al menos evitar que desocialice más a la persona.

Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede “cambiar individuos”, sino que la privación de libertad es el castigo —y nada más— y que por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma.

## **2. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE ESPAÑA. ORGANIZACION DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN SU CONJUNTO. EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA EN LOS ULTIMOS SEIS AÑOS**

España tiene una población aproximada de 39 millones de habitantes y una población penitenciaria de unos 39.000 individuos, lo cual quiere decir que desgraciadamente hemos alcanzado la cifra de un preso por 1.000 habitantes. Hace apenas cinco años estábamos a 64,6 por 100.000 habitantes.

Veamos a continuación a partir de los datos que nos aporta el Consejo de Europa, algunos gráficos que hemos elaborado, para analizar la evolución de la población penitenciaria en los diferentes países.

Asimismo, el gráfico siguiente nos muestra la proporción de presos por 100.000 habitantes y su evolución en un período de 5 años.

**EVOLUCION DE LA SITUACION DE LAS POBLACIONES PENITENCIARIAS  
DESDE 1986 A 1990**

**Datos de 1 de febrero. TOTAL DE LA POBLACION\***

	1986**	1987	1988	1989	1990	+ / -
Austria	7.778	7.419	7.297	6.084	6.294	-19,43%
Bélgica	6.193	6.713	6.951	6.437	7.001	+13,32%
Chipre	229	215	235	201	225	+ 6,77%
Dinamarca	3.322	3.190	3.515	3.668	3.551	+ 7,38%
Francia	47.628	50.639	52.494	47.633	46.798	- 1,03%
Rep. Fed. de Alemania	53.619	51.919	53.039	53.224	51.972	- 3,03%
Grecia	3.780	3.988	4.178	4.381	4.747	+23,46%
Irlanda	1.853	1.936	1.973	2.027	2.104	+12,90%
Islandia	83	68	102	100	101	+30,97%
Italia	43.685	34.838	35.589	34.366	31.234	-30,64%
Luxemburgo	323	353	382	388	347	+ 8,50%
Malta	95	49	68			
Holanda	4.906	5.002	5.291	6.205	6.405	+28,21%
Noruega	2.021	1.929	1.951	2.135		+ 6,02%
Portugal	8.100	8.270	8.222	8.232	8.730	+ 7,67%
España	25.059	27.278	27.793	28.917	31.711	+24,43%
Suecia	4.098	4.198	5.150	5.143	5.046	+23,10%
Suiza	4.300		4.968	4.984		
Turquía	52.718	50.337	50.160	47.971		- 9,22%
Reino Unido	53.971	54.384	55.729	56.183	53.182	- 1,30%
Inglaterra País de Gales	46.581	47.105	48.348	49.149	46.628	+ 0,28%
Escocia	5.575	5.421	5.427	5.267	4.777	-14,89%
Irlanda del Norte	1.815	1.858	1.954	1.767	1.777	- 1,49%

\* Boletín de información penitenciaria, n. 8, 10, 13-14 y 16. Consejo de Europa.

\*\* Datos de 1 de septiembre de 1986.

**EVOLUCION DE LA SITUACION DE LAS POBLACIONES PENITENCIARIAS  
DESDE 1986 A 1990**

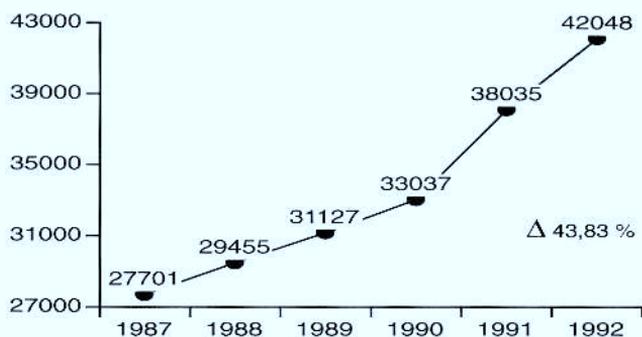
**Datos de 1 de febrero. TASA DE DETENCION POR 100.000 HAB.**

	1986	1987	1988	1989	1990
Austria	102,5	97,5	96,0	80,0	82,0
Bélgica	62,2	67,4	70,5	65,3	66,1
Chipre	41,0	39,0	42,0	35,9	38,0
Dinamarca	65,0	62,0	69,0	73,0	63,0
Francia	84,0	88,9	92,0	83,1	82,2
Rep. Fed. de Alemania	87,9	84,9	86,7	86,8	77,8
Grecia	38,8	40,9	42,9	45,0	
Irlanda	52,4	55,0	56,0	57,0	
Islandia	34,3	27,9	41,3	39,7	40,6
Italia	76,3	60,8	62,0	59,8	56,6
Luxemburgo	88,5	95,5	103,4	104,3	94,0
Malta	28,8	14,8	19,7		
Holanda	34,0	37,0	36,0	42,7	44,4
Noruega	48,5	46,0	47,0	50,6	56,5
Portugal	82,0	84,0	84,0	84,0	87,0
España	64,6	70,2	69,2	74,7	85,5
Suecia	49,0	51,0	61,0	61,0	58,0
Suiza	66,6		77,6	75,5	76,9
Turquía	102,3	99,4	90,2	86,3	82,1
Reino Unido	95,3	95,8	98,2	98,7	
Inglaterra País de Gales	93,3	94,1	96,6	97,8	90,3
Escocia	108,9	105,9	106,2	103,4	
Irlanda del Norte	116,0	119,1	125,2	112,0	109,5

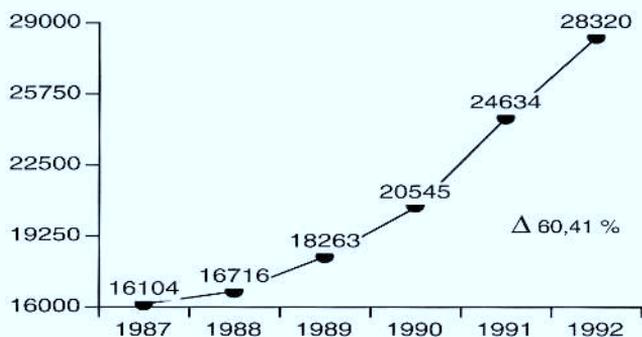
Pero veamos a continuación algunos datos y gráficos referidos a la evolución en España. Nuestro sistema de cumplimiento es el llamado sistema progresivo de individualización científica, en virtud del cual el cumplimiento de la pena está dividido en cuatro grados, el último de los cuales es la libertad condicional.

El primer grado está previsto como régimen excepcional y aproximadamente, sólo un 5% del total de los penados están clasificados en primer grado. Con carácter general los internos se clasifican de segundo grado y finalmente un 20% lo están de tercer grado. La clasificación ha recibido numerosas críticas (Elejabarrieta, 1989). Las principales críticas se centran en que el sistema de clases o grados sirve más a los efectos del funcionamiento del sistema que para el propio recluso.

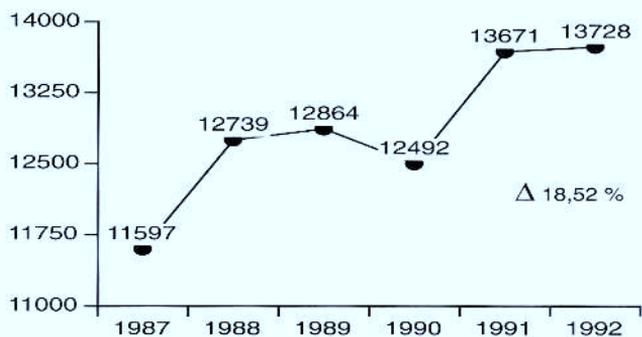
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
 TOTALES 1987 - 1992



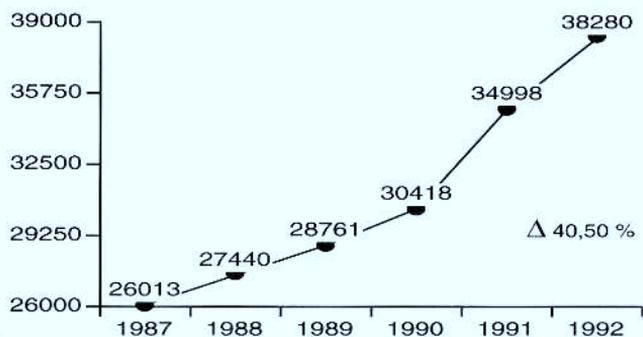
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
 TOTAL PENADOS 1987 - 1992



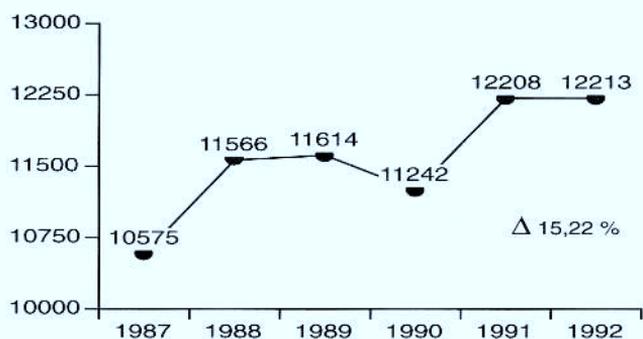
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
 TOTAL PREVENTIVOS 1987 - 1992



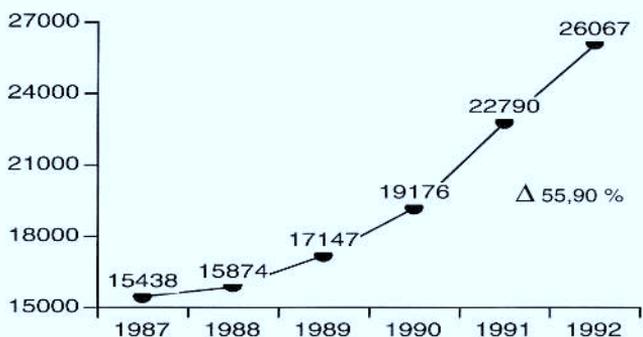
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
TOTAL HOMBRES 1987 - 1992



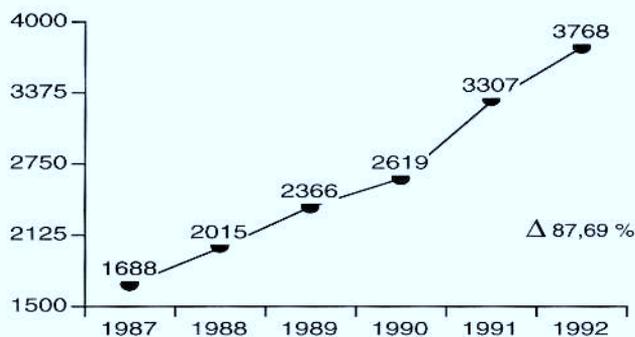
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
HOMBRES PREVENTIVOS 1987 - 1992



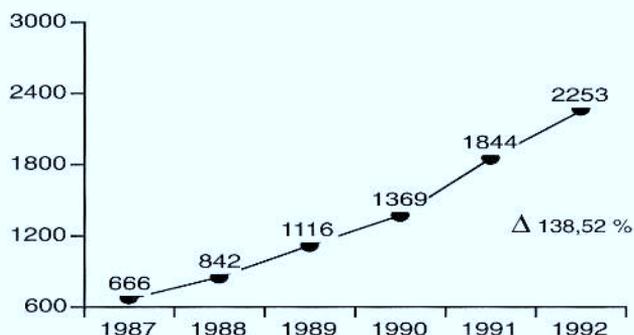
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
HOMBRES PENADOS 1987 - 1992



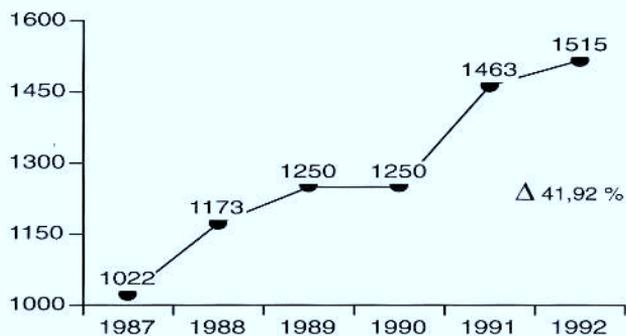
EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
TOTAL MUJERES 1987 - 1992



EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
MUJERES PENADAS 1987 - 1992



EVOLUCION DE LA POBLACION PENITENCIARIA ESPAÑOLA.  
MUJERES PREVENTIVAS 1987 - 1992



La situación penitenciaria en España es una situación grave. En los últimos cinco años la población penitenciaria ha aumentado en un 43,83%. En los penados el aumento es de un 60,41% y en los preventivos en un 18,52%. Ver más ampliamente: (Esther Giménez-Salinas Colomer y Anna Rifà Ros, *Introducción al derecho penitenciario. Teoría y práctica*. 1992).

En mujeres, el aumento es de un 87,69% y en las penas de un 138%.

### **3. LAS DENOMINADAS ALTERNATIVAS A LA PRISION EN LA LEGISLACION COMPARADA. LA DISCUSION EN TORNO A LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS, COMO "AUTENTICAS ALTERNATIVAS" O COMO UN PLUS AL CONTROL**

Nuestro Código penal apenas tiene medidas alternativas tal como se entiende. Esto es una situación poco corriente en el campo de la legislación comparada, donde la *probation* por ejemplo es casi tan antigua como la pena privativa de libertad.

La *probation* tal como se define clásicamente es una medida de ayuda y control para aquellos delincuentes condenados a penas en general inferior a 2 años. En realidad la *probation* no es una auténtica alternativa, ya que no sustituye a la prisión, sino que solamente aplaza el cumplimiento de la pena, abriendo un período de prueba, conforme al cual, si el individuo cumple determinadas condiciones, y no vuelve a delinquir en el período establecido, deja de cumplir la pena.

Algunos autores: de Sola, García y Hormazabal (1986), prefieren la definición de suspensión de la pena con sometimiento a prueba que la palabra *probation*, sin embargo, ésta está tan extendida, que nosotros preferimos aquí utilizarla.

La *probation* es en realidad una modalidad de penalidad de fundamento socio-pedagógico, caracterizada por una combinación de vigilancia y asistencia. En términos parecidos se define ya en la ley 11/1985 de 13 de junio de protección de menores de Cataluña referida a la libertad vigilada. Dicha ley, en su artículo 42, establecía que la libertad vigilada "consistirá en una intervención socio-pedagógica, que se caracterizará por una combinación de asistencia educativa y de control y deberá ejecutarse en el medio familiar y social del menor".

Existen diferentes modelos, desde aquéllos como los anglosajones, que tienen el proceso penal dividido en dos fases y en la primera se decide provisionalmente si pronunciar o no la condena. O también el modelo más clásico francés de suspensión condicional de la pena, con o sin condiciones (*sursis simple* o *avec mise a l'épreuve*). (De Sola, García-Arán y Hormazabal, 1986).

En general, todos estos modelos lo que tienen en común es que se producen antes de la ejecución de la pena privativa de libertad, es decir, no es una liberación anticipada.

Suelen ir acompañados de una serie de condiciones que se imponen a la persona sometida a prueba, que pueden ser tanto de carácter negativo como positivo. Es decir, prohibir la relación de determinadas actuaciones o asistencia a lugares, o

bien al contrario obligar a asistir a cursos formativos, presentarse ante el delegado, etc. En realidad, el aspecto más importante de la *probation* es la asignación de un delegado o agente de *probation*, que además de controlar las exigencias impuestas por el juez ayude al delincuente en muchos otros aspectos, tales como la búsqueda de trabajo, dificultades en un incorporación familiar, social, etc. Si a un individuo que ha cometido un delito lo único que hacemos es imponerle algunas restricciones sin ofrecerle mayores alternativas, bien seguro volverá a delinquir. Valdría la pena recordar aquí que por ejemplo en los Estados Unidos comenzaron los agentes de policía a ser agentes de *probation*, pasando posteriormente a profesionales de trabajo social.

El actual anteproyecto en su art. 83 instaura lo que podríamos decir “una *probation* a la española”, donde sólo se establecen medidas de control sin ningún tipo de ayuda. De hecho son imposiciones del tipo de no asistir a algún lugar, comparecer, etc., pero sin que de ello se desprenda que existe alguna posibilidad por parte del sujeto a estos controles de recibir algún tipo de ayuda.

Así, los artículos 83 y 84 dicen:

#### Artículo 83

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período de prueba que se señale en la resolución judicial y a que, en las penas de prisión superiores a un año, cumpla las reglas de conducta que le podrá fijar, en cada caso, el Juez o Tribunal sentenciador, de entre las siguientes:

1.<sup>a</sup> Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.<sup>a</sup> Prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez o Tribunal.

3.<sup>a</sup> Comparecer, personal y obligatoriamente, ante el Juzgado o Tribunal o lugar o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar y justificar sus actividades.

4.<sup>a</sup> Reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo.

5.<sup>a</sup> Los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. De la observación de estas reglas de conducta impuestas, informarán al Juez o Tribunal sentenciador los Servicios correspondientes del Ministerio de Justicia o Administración autonómica, con una periodicidad máxima de seis meses.

#### Artículo 84.

1. Si el sujeto delinquire durante el plazo fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la pena.

2. Si el sujeto infringiere las reglas de conducta impuestas durante el plazo de suspensión, el Juez o Tribunal podrá, según los casos:

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
- b) Prorrogar el período del plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
- c) Revocar la suspensión de la pena.

### **Las medidas alternativas más recientes son la del trabajo en beneficio de la comunidad, y la reparación y la conciliación víctima-delincuente**

El trabajo en beneficio de la comunidad nace como todas estas medidas en el campo del derecho penal de los jóvenes. Trabajo en beneficio de la comunidad, prestación comunitaria, prestación de trabajo, son los nombres que se utilizan más frecuentemente (Zermatten, J., 1990). En general es una actividad poco definida, que se realiza en organismos no lucrativos, asociaciones benéficas como Cáritas, Cruz Roja, u otro tipo de asociación de voluntarios. Se discute sobre su naturaleza, pena o medida (Zermatten, J., pp. 160, 1990), optando la doctrina normalmente por la primera, si bien esto varía según las legislaciones (Y. Scieur, 1990, pp. 143).

Tampoco existe unanimidad respecto al número de horas, si bien suele ser en el tiempo libre, de forma que no rompa la jornada laboral o escolar. Suele oscilar entre 40 horas y 280. La doctrina española ha puesto a veces sus dudas sobre la legitimidad del trabajo en beneficio de la comunidad por su posible confusión con los trabajos forzados. Lo cierto es que cada vez que en este país se intenta introducir algún cambio en el sistema penal, las críticas se hacen sentir desde todos los sectores, sin que existan explicaciones convincentes al respecto. Podemos ser muy legalistas, pero también muy inmovilistas. El trabajo en beneficio de la comunidad es hoy una de las mejores respuestas al delito. Ahora bien, ni todo individuo puede ser sometido a él, ni puede realizarse de cualquier manera. La organización es una pieza fundamental y con ella se evita cualquier riesgo de confusión con trabajos forzados. Ahora bien, que sea útil la discusión doctrinal para una vez más no poner en marcha las alternativas es otra historia.

**La conciliación víctima-delincuente** es quizás la medida alternativa más moderna. En Alemania aparece ya como la denominada "tercera vía" en el derecho penal (Rössner, 1989). Su origen está dentro del movimiento de atención a las víctimas.

Nos referimos, pues, cuando hablamos de la conciliación víctima-delincuente, al acto de conciliación víctima-delincuente, donde a partir de la aplicación del principio de oportunidad existe un sobreseimiento del proceso y solución extrajudicial del conflicto. Es, por consiguiente, una renuncia a la intervención penal, a cambio de que víctima y delincuente acepten un acto de conciliación como solución al conflicto. Para el delincuente, significa principalmente la posibilidad de sustraerse legalmente del proceso penal. Para la víctima, la compensación inmediata del daño producido. Para los dos, evitar los inconvenientes de una Justicia formal. Todo ello debe hacerse basado en dos principios:

- a) Fomentar el sentido de la responsabilidad del delincuente.
- b) Con la libre voluntad de los individuos.

Vamos a plantear de una forma muy esquemática, cuáles son las características de la conciliación víctima-delincuente en fase prejudicial y como alternativa a la imposición de una sanción formal. Nos referimos, pues, fundamentalmente al acto de conciliación víctima-delincuente, donde a partir de la aplicación del principio de oportunidad existe un sobreseimiento del proceso y una solución extrajudicial del conflicto. Los movimientos de "diversión" han sido importantísimos en Estados Unidos y Canadá, especialmente en los jóvenes. El primer programa de este tipo se estableció en 1972 en Minnesota. Los planes de reparación actúan tanto a nivel prejudicial, judicial, o, como de cumplimiento (Dünkel, 1989).

En los países europeos existen planes de mediación a partir de aproximadamente los años 80. En Inglaterra, País de Gales, República Federal de Alemania, Austria, Noruega, Finlandia, Países Bajos, algunos cantones de Suiza, etc.

En general, si bien la estructura es diferente incluso en los propios países, se intenta organizar la conciliación víctima-delincuente en una fase previa a la condena judicial, y obtener un sobreseimiento del proceso, iniciándose un proceso de "diversión". La mayoría de planes lo sitúan en el Derecho Penal Juvenil, pero téngase en cuenta que en general, se llega en muchos países hasta la edad de 21 ó 25 años (Herz, 1992). Actualmente existe un proyecto en Hannover, cuya singularidad es precisamente que se realiza con adultos (Pfeiffer, 1993).

Abordaremos, pues, aquí de una forma general, las características que serían comunes a la conciliación víctima-delincuente, sin detenernos a explicar en qué países se realiza de una forma, u otra, sino que solamente nos referiremos a los temas más importantes y a los principios comunes:

1. Su origen está dentro del movimiento de atención y compensación a la víctima. Por consiguiente, en general se buscan los casos de conciliación víctima-delincuente donde existan víctimas individuales. Sin embargo, en algunos países no es necesario y también se aplica a los delitos sin víctima, o en aquellos en los que la víctima es anónima. A pesar de esto, tiene una fuerza importante todavía el hecho de las víctimas individuales.

2. No se pretenden con su actuación principios reeducativos. Si se consiguen, mejor, pero no es su finalidad.

3. A través de la conciliación se busca conseguir una mejora del clima social. No es pues la simple y mera compensación del daño. La mediación y la conciliación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente. Es la discusión activa del problema. Es abordarlo directamente. Es sentir que se forma parte de ese conflicto.

4. La conciliación víctima-delincuente debe ubicarse dentro del derecho penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleva a término fuera del proceso penal. La conciliación víctima-delincuente necesita por consiguiente del derecho penal para decidir qué es delito, quién es delincuente, quién es víctima, y

se rige por sus principios. Sin embargo, la solución al conflicto se lleva a término de forma extrajudicial, y aquí no imperan ya las reglas del derecho penal, en cuanto a la proporcionalidad, el tipo de compensación, etc. (Hartmann, 1989). De lo que se trata muchas veces, es del análisis del sentimiento de la víctima, y mirar de qué forma puede sentirse ésta compensada, sin que necesariamente domine la proporcionalidad de la gravedad del daño, aunque lógicamente ésta será siempre un marco importante de referencia.

5. Una de las finalidades más importantes de la conciliación víctima-delincuente es encontrar una solución rápida y eficaz. La extraordinaria lentitud de la Justicia, es una de las cosas que más ha favorecido el nacimiento de movimientos similares a la conciliación.

6. Es necesario matizar en qué consiste la figura del mediador. No es un nuevo juez, no es él quien impone las medidas. Es simplemente una persona que ayuda, que media en la situación, pero que no resuelve el conflicto, su función es poner en relación a víctima y delincuente para que sean éstos quienes busquen la solución más adecuada.

7. El delincuente, ha de reconocer en el momento de su detención —para poder proceder al acto de conciliación víctima-delincuente— su culpabilidad. Aquí nos podemos preguntar, naturalmente desde el punto de vista del derecho penal, qué pasa con el principio de presunción de inocencia.

8. La confrontación es el aspecto más importante de la conciliación ¿Qué significa pues la confrontación? ¿Qué puede pedirse al delincuente y a la víctima?

Independientemente de que la meta final signifique elaborar un equilibrio justo entre víctima y delincuente, sin recurrir a un proceso penal formal, evitando para ambos la estigmatización del mismo, la conciliación víctima-delincuente pretende además con su actuación, una mejora del clima social, y ello a través de:

Para el autor:

- Confrontación con la víctima.  
Conocer el daño que ha hecho.  
Saber que la víctima es de “carne y hueso”.

Para la víctima:

- Tener la sensación de que alguien va a reparar el daño causado.  
Que no quedará en el olvido.  
Conocer al delincuente y poder decirle lo que piensa de su actuación.

9. ¿Qué pretende la conciliación?

Nos exige un arrepentimiento, no hablamos en términos morales. Simplemente arreglar un conflicto que es justo. Alguien ha violado las normas, ese alguien debe REPARAR. Por otro lado, quien ha sufrido esa violación tiene derecho a ser compensado. Es importante desligar el concepto de conciliación de ideas moralistas, o, de exigir más allá del puro comportamiento reparador. Precisamente, el éxito o el fracaso de la conciliación está en respetar este principio.

#### 10. ¿Quién puede suspender el proceso?

En general puede darse desde la Policía, Fiscalía y el propio Organismo Judicial. En Europa, lo más común es que sea el Ministerio Público quien tenga la competencia, a partir de la aplicación del principio de oportunidad.

#### 11. ¿Quiénes pueden acogerse a la conciliación?

Como decíamos al principio, varía de un país al otro, pero en general se conjugan las siguientes características:

a) Naturaleza del hecho: Si bien se excluyen delitos de poca importancia, también lógicamente se excluyen los más graves.

b) Características del autor: En casi todos los países esta medida se orienta a los jóvenes, pero no necesariamente a los delincuentes primarios, sino que puede haber sido ya condenado previamente, y luego someterse por un nuevo delito, a los planes de conciliación.

c) La libre aceptación por parte del delincuente y de la víctima. En Alemania, por ejemplo, un 80% de las víctimas que fueron propuestas para los planes de conciliación, lo aceptaron.

### **4. ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL. ESPECIAL REFERENCIA A LA REMISION CONDICIONAL Y EL ART. 93 BIS. PROBLEMAS DERIVADOS DE SU APLICACION**

Nuestro Código, como hemos dicho muchas veces, apenas contempla alternativas. La clásica remisión condicional, de la que apuntaremos aquí sólo algunos aspectos con la reforma introducida en el artículo 93 bis. Así debemos considerar que el art. 93 bis obedece a la idea —tal como se indica en el preámbulo de la ley— de ofrecer una respuesta jurídico-penal específica a la figura del drogodependiente que delinque como medio de sobrevivir a su situación tóxicodependiente (González Zorrilla, 1990). En realidad, el artículo 93 bis debería contemplarse, pues, en el contexto de toda la reforma, pero no es posible aquí desarrollarlo.

En general diríamos que el artículo 93 bis tiene su objetivo político-criminal expresado en palabras muy llanas, es decir, la cárcel no es buena para los toxicómanos. Pero el inmediato interrogante que se nos ocurre es: ¿Las cárceles son buenas para alguien?, y un segundo interrogante natural: ¿Es bueno que los toxicómanos se beneficien de una situación por la simple condición de toxicómanos?

Es indiscutible que la pretensión del artículo 93 bis se dirige a criterios preventivos especiales, pero ¿Será eso posible en las condiciones que se presenta?

#### **Los requisitos del artículo 93 bis**

Como dice González Zorrilla (1990), y que ha puesto de manifiesto la mayor parte de la doctrina, defendida entre otros por Belloch, de la Cuesta, Díez Ripollés, etc.:

“El conjunto de requisitos que el artículo 93 bis establece hacen de dicha concesión, a menudo, más restrictiva que el régimen general vigente y añade como más tarde veremos una serie de condiciones durante el plazo de suspensión, desconocidas hasta ahora en nuestro ordenamiento penal. Bien puede decirse pues, que el artículo 93 bis es perfectamente congruente con el propósito endurecedor de la reacción penal frente a las drogas que anima al conjunto de la ley que estamos analizando”.

Podríamos resumir las condiciones que impone el artículo 93 bis, en cinco apartados:

- a) Que se trate de un sujeto drogodependiente que haya delinquido por *motivo* de tal situación.
- b) Que la pena privativa de libertad sea inferior a dos años.
- c) Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.
- d) Que el reo se encuentre deshabitado o sometido al tratamiento en el momento de considerar el beneficio.
- e) Que no delinca en el período que se señale así como que no abandone el tratamiento.

Tampoco es posible hacer un análisis pormenorizado, pero lo cierto es que su aplicación se hace casi imposible, fundamentalmente por tres aspectos:

1.º La limitación de los dos años. Teniendo en cuenta que la reforma agrava las penas de forma importante, el artículo 93 bis apenas se aplicará. Veamos si no, la evolución de los delitos contra la salud pública en los últimos años.

PERSONAS RECLUIDAS POR DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA									
Años	Total	Aum. %*	%**	Homb.	Aum. %*	%**	Mujer.	Aum. %*	%**
1985	166		4,83	137		5,16	29		13,18
		72,29			58,39			137,93	
1986	286		7,29	217		5,95	69		25,18
		115,06			102,19			175,86	
1987	357		8,87	277		7,46	80		25,81
		151,20			110,95			341,38	
1988	417		9,89	289		4,45	128		38,10
		258,43			227,74			403,45	
1989	595		13,34	449		11,00	146		38,62
		445,78			441,61			465,52	
1990	906		18,73	742		16,75	164		40,29
		560,84			583,21			455,17	
1991	1.097		20,04	936		18,63	161		37,78

\* Respecto a 1985.

\*\* Respecto al total de delitos de este colectivo.

2.º Las dificultades en separar “el motivo”. Es decir, hablaríamos aquí de lo que en algunos sectores se ha definido como toxicómano-delincuente, frente a la concepción de delincuente-toxicómano, y sólo se aplicaría a aquellos “que tuvieran suerte” de ser drogodependientes.

3.º Y finalmente, las condiciones, casi imposibles, de que el reo no abandone el tratamiento.

## **5. LAS ALTERNATIVAS EN EL NUEVO PROYECTO DE CODIGO PENAL. EL MIEDO O LA PEREZA AL CAMBIO. SITUACION PERMANENTE DE INMOVILISMO. LOS COSTOS ECONOMICOS Y SOCIALES EN NUESTRO PAIS**

Poco voy a decir aquí de las nuevas alternativas en el proyecto, porque poco hay que decir.

El Capítulo III nos habla de “las formas sustitutorias de la ejecución de las penas privativas de libertad”.

Nos encontramos la clásica condena condicional que deja en suspensión la ejecución de la pena privativa de libertad, con las mismas condiciones de siempre y una “probation a la española en el artículo 83”.

Como novedad aparece que las penas de prisión inferior a dos años podrán ser sustituidas por las de arresto de fin de semana o multa; aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho, podrán aplicarse (artículo 88).

No hay ni que decir que el arresto de fin de semana puede convertirse, como algunos autores alemanes dijeron en su día, en el “curalotodo” de los delincuentes.

Tranquiliza la conciencia de los jueces imponer sólo un arresto de fin de semana, aunque no sirva para nada.

Pero, ¿de qué sirve un arresto de fin de semana, si un individuo puede vivir normalmente en libertad? Queda claro que desde el punto de vista preventivo especial no necesita una reclusión. Pero incluso desde el punto de vista de la prevención general ¿qué significa? Nos queda pues la pura y simple vuelta a la retribución.

Con frecuencia nos hemos preguntado por qué no se han producido cambios que no son tan complicados, pero en lugar de respuestas, sólo podemos plantearnos muchos interrogantes:

1.º Nunca se ha hecho un análisis real de los costos de la implantación de alternativas.

2.º Un preso cuesta aproximadamente:

En 1989 - 4.451 ptas. diarias.

En 1990 - 5.285 ptas. diarias.

En 1991 - 5.766 ptas. diarias.

En 1992 - 6.024 ptas. diarias.

Si calculamos la última cifra, es decir, 6.024 ptas. al día, por 30, da una cifra de 180.720 ptas. al mes. Creo que cualquier comentario al respecto sobra.

3.º En general se dice que un tratamiento ambulatorio supone un 14% del total de la ejecución penal.

4.º En menores, donde sí se han introducido las alternativas, el internamiento se redujo en un período de 5 años.

5.º Los sistemas penales deben contar con los sistemas de recursos sociales existentes en el país que proporcionen una acción coordinada.

6.º Las alternativas pueden ser un plus al control, y en algunos casos lo han sido, pero no en todos. La situación penitenciaria en España necesita urgentemente una solución que sólo pasa por respuestas distintas a la prisión.

## BIBLIOGRAFIA

- ALARCON, J.: "El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP", *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra II, 1989 (pp. 11-23).
- BERGALLI, R.: *La recaída en el delito, modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980.
- BERISTAIN, A.: *Ciencia penal y criminología*. Madrid, 1985.
- BERISTAIN, A.: *Cuestiones penales y criminológicas*. Reus, 1979.
- BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H.: *Pena y Estado*.
- DE SOLA, A.; GARCIA-ARAN, M. y HORMAZABAL, H.: *Alternativas a la prisión*. Barcelona, 1986.
- DÜNKEL, F.: *Täter-Opfer Ausgleich und Schadenwieder gutmachung-neuere Entwicklungen der Strafrechts und der Strafrechtspraxis im internationalen Vergleich* Bonn, 1989.
- ELEJABARRIETA, F.: "Tractaments penitenciaris per fases. La visió dels afectats", *Col·lecció Justícia i Societat*. núm. 2. Barcelona, 1989.
- GARCIA-PABLOS, A.: *Manual de criminología*. Madrid, 1988.
- GARRIDO, V.; REDONDO, S. y PEREZ, E.: "El tratamiento de delincuentes institucionalizados: El programa de competencia psicosocial en la prisión de jóvenes de la Trinidad de Barcelona", en *Delincuencia/Delinquency*, 1, pp. 37-57.
- GIMBERNAT: *Estudios de derecho penal*. 1979.
- GIMENEZ-SALINAS, E. y RIFA, A.: "Introducció al dret penitenciar", *Col·lecció Justícia i Societat*. núm. 6. Barcelona, 1992.
- GONZALEZ ZORRILLA, C.: "Remisión condicional de la pena y drogodependencia", en *Comentarios a la legislación penal*. Madrid, 1990.
- HARTMANN, A.: *Täter-Opfer Ausgleich*. Bonn, 1989.
- HERZ, R.: "Arranjament delinqüent-víctima a la República Federal Alemanya", *Papers d'Estudis i Formació*. Núm. 8, Barcelona, 1992.
- JESSIONEK, V.: "El procediment penal i la víctima. ¿Existeix una privatització del sistema del dret penal?", en *Papers d'Estudis i Formació*. Núm. 8, Barcelona, 1992.

- LARRAURI, E.: "Las paradojas del movimiento descarcerario en los Estados Unidos", en *Anuario de Derecho penal*. 1987 (pp. 771-793).
- MAPELLI, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. 1983.
- MUÑOZ CONDE, F.: "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", en *Papers d'Estudis i Formació*, núm. E1, Barcelona, 1987.
- PFEIFFER, C.: Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren gegen Erwachsene ein Wodell-projekt in Hannover (en preparación en I.K.F. de Hannover), 1993.
- REDONDO, S.: *Evaluar e intervenir en las prisiones (Análisis de conducta aplicado)*. Barcelona, PPU, 1992.
- RÖSSNER, D.: "Wieder gutmachen statt übelsergellen — straftheoretische Begründung und Eingrenzung der Kriminalpolitischen Idee", en *Täter-Opfer-Ausgleich*. Bonn, 1989.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: *Cuestiones básicas y estrategias de política criminal*. Buenos Aires, 1989.
- SCIEUR, Y.: "La prestation communautaire: une logique pour le magistrat de la jeunesse", en *Nouvelles Tendances dans le Droit Pénal des Mineurs*. Freiburg, 1990.
- ZERMATTEN, J.: "La prestation de travail en Suisse", en *Nouvelles Tendances dans le Droit Pénal des Mineurs*. Freiburg, 1990.

---

\* Texto del Seminario dirigido a los alumnos del Master Universitario en Criminología del Instituto Vasco de Criminología, en San Sebastián, el día 30 de abril de 1993.

## ¿COMO SE REHABILITA LA MUJER DELINCUENTE?

---

Si es una mujer la que ha sido penada por la ley, el daño es todavía mayor; porque si al delito del hombre aun sobrevive la familia, es raro que el de la mujer no la disuelva. No podemos detenernos á investigar las causas de esta diferencia: basta consignar que existe. ¿Cómo se rehabilita la mujer delincuente? Su ejemplo es más contagioso, su infamia más indeleble; y si su arrepentimiento sincero es posible y edificante, la sociedad parece mirarle incrédula, ó le considera cuando más como un objeto extraño y aun admirable, pero que no tiene aplicación. Los lazos que rompió el delito de la mujer, rotos quedan por lo común para siempre, y la familia pobre que se disuelve puede asegurarse que es familia miserable.

Nótese que el mal de que tratamos tiene mayor gravedad de la que pudiera inferirse considerando los diez y ocho ó veinte mil penados que hay en los presidios, número relativamente corto si se compara al de los que sufren condena en la cárcel, y sobre todo á los que están en ella esperando sentencia definitiva.

Concepción Arenal, *Obras completas*, tomo décimosexto (El delito y el crimen), Madrid, 1897, pp. 7 s.

Este año se celebra el centenario de la muerte de la insigne penitenciarista Concepción Arenal (1820-1893).