



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
123 - 130

LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISION: UNA NUEVA ETICA

Ana MESSUTI DE ZABALA

*Ex-Profesora de la Universidad
de Buenos Aires*

Resumen: Tras un breve análisis de los instrumentos internacionales en materia de justicia penal, se propone la aplicación de las medidas sustitutivas de la prisión no sólo como una reforma penal sino como un cambio profundo y radical que refleje una nueva actitud ética ante el delincuente.

Laburpena: Justizi penalari buruzko nazioarteko tresnak aztertu ondoren, presondegi zigorraren ordeko neurrietako aplikazioa proposatzen da, ez bakarrik berrikuntza penala bezala baizik eta aldaketa sakon eta funtsezkoa, zeinek gaizkilearen aurrean jarrera etiko berri bat islada dezan.

Résumé: Après un bref analyse des instruments internationaux en matière de justice pénale, on propose l'application des mesures substitutives de la prison non seulement comme une simple réforme pénale mais comme un échange profond et radical que fasse montre d'une nouvelle attitude éthique par-devant le délinquant.

Summary: A brief analysis of the international instruments regarding criminal justice is followed by a proposal to use substitute measures to prison, not only as a simple penal reform, but as a deep and radical change reflecting a new ethical attitude towards the delinquent.

Palabras clave: Justicia penal, Sanción penal, Pena de prisión, Medidas sustitutivas de la prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Justizi penala, zigor penala, presondegi zigorra, presondegi zigorraren ordeko neurriak.

Mots clef: Justice pénale, Sanction pénale, Peine de prison, Mesures substitutives de la prison.

Key words: Penal Justice, Penal Sanction, Prison Penalty, Substitute Measures to Prison.

Los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955, Londres, 1960, Estocolmo, 1965, Kyoto, 1970, Ginebra, 1975, Caracas, 1980, Milán, 1985, La Habana, 1990), no sólo sirven de foro para el debate y el intercambio de ideas y experiencias entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y especialistas, sino que también permiten formular y aprobar importantes instrumentos internacionales en materia de justicia penal.

Nos interesa en particular uno de esos instrumentos por el significado que tiene para la evolución del sistema penal en general y de la pena en particular: las Reglas de Tokio* sobre las medidas no privativas de la libertad.

Este instrumento fue objeto de debate en el marco del segundo tema del programa del Octavo Congreso, celebrado en La Habana, titulado: "Políticas de justicia penal en relación con los problemas de la pena de prisión, otras sanciones penales y las medidas sustitutorias".

El Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16 relativa a la reducción de la población penitenciaria, medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social de los delincuentes, recomendó, entre otras cosas, que los Estados Miembros se esforzaran aun más por reducir los efectos negativos del encarcelamiento e intensificaran la búsqueda de sanciones sin privación de la libertad que permitiesen reducir la población penitenciaria¹. El tema fue también objeto de atención en las reuniones preparatorias del Octavo Congreso que se celebraron con alcance regional e interregional. Tal vez valga la pena hacer una breve reseña de las observaciones más interesantes que se hicieron con respecto al tema que nos ocupa en esas reuniones.

En la Reunión Preparatoria Interregional celebrada en Viena, en 1988, se presentó el proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (las Reglas de Tokio) que fue preparado por el Instituto de las Naciones Unidas en Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (UNAFEI). En esa reunión se observó que debía reconocerse a las sanciones cumplidas en la comunidad igual rango que a las penas de prisión, tanto en las leyes como en la práctica. Debían considerarse sanciones por derecho propio.

Para explicar la renuencia a su aplicación se adujeron los siguientes argumentos: el carácter relativamente novedoso de estas sanciones, la falta de confianza en su eficacia, la dificultad de establecer una escala continua de las distintas medidas.

Se afirmó que la aceptación social era una condición fundamental del éxito de las sanciones o medidas en la comunidad.

* Véase *Eguzkilore*, N.º 6 Extraordinario, pp. 119 ss.

1.- *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Milán, 26 de Agosto a 6 de Septiembre de 1985 (Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S. 86.IV.11).

En la Reunión hubo consenso en el sentido de que, aunque la introducción de esas sanciones no produjera todos los resultados que se esperaban de ellas (en términos de rehabilitación, menores costos y disminución del número de delitos) era vital para establecer un enfoque más humano en el régimen aplicable a los delincuentes².

En la Reunión Preparatoria Regional de Asia y el Pacífico, celebrada en Bangkok, del 10 al 14 de abril de 1989, se relacionó, en cambio, la aplicación de las sanciones no privativas de la libertad con el hacinamiento en las prisiones. En la medida en que la prisión planteaba problemas, debían aplicarse otras sanciones que no plantearan ese tipo particular de problemas que planteaba la prisión. Se hizo hincapié en la seguridad ciudadana como argumento que justificaba plenamente la prisión.

Pero volvió a insistirse en esta Reunión en que aunque las sanciones no privativas de la libertad no significaran un progreso en términos de rehabilitación, reducción de costos o disminución de las tasas de reincidencia eran indispensables para el desarrollo de un enfoque más humano en el régimen aplicable al delincuente³.

En la Reunión Preparatoria Regional Europea, celebrada en Helsinki, Finlandia, del 24 al 28 de abril de 1989, a diferencia de las anteriores, se manifestó inquietud ante el peligro de que las sanciones no privativas de la libertad pudiesen provocar un efecto de "extensión de la red"; es decir, que se impusieran aunque no fuesen necesarias y aumentaran el grado de vigilancia y control social⁴.

En la Reunión Preparatoria Regional de América Latina y el Caribe, celebrada en San José, Costa Rica, del 8 al 12 de mayo de 1989, se expresó preocupación porque las Reglas de Tokio proponían dar facultades a la policía, a los fiscales o a otras autoridades para retirar los cargos contra el delincuente en determinadas situaciones (Regla 5.1) lo que podría significar otorgar a esos órganos facultades jurisdiccionales o bien privar al proceso de garantías judiciales⁵.

En la Reunión Preparatoria Regional de Asia Occidental, celebrada en El Cairo, Egipto, del 27 al 31 de mayo de 1989, se observó que la tendencia actual era eliminar las penas de prisión relativamente cortas y sustituirlas con sanciones no privativas de la libertad. Se afirmó que dado el efecto nocivo y para nada rehabilitador de la prisión, debía limitarse a los casos en que era absolutamente indispensable. Se dijo también que la motivación fundamental para introducir las medidas no privativas de la libertad no debía ser evitar el hacinamiento sino crear condiciones óptimas para la reinserción social. Se señaló que otros obstáculos para adoptar esas sanciones residían en las actitudes de la sociedad que manifestaba una gran apatía e indiferencia. Además había prejuicios profundamente arraigados en la población,

2.- A/CONF. 144/IPM/4

3.- A/CONF. 144/RPM.1

4.- A/CONF. 144/RPM.2

5.- A/CONF. 144/RPM.3

fundados a menudo en el temor de que una excesiva indulgencia abriría las puertas a la injusticia y a la venganza privada⁶.

En la Reunión Preparatoria Regional de Africa, celebrada en Addis Abeba, Etiopía, del 5 al 9 de junio de 1989, se reconoció que en esa región se recurría excesivamente a la pena de prisión, tendencia que iba contra las costumbres, las tradiciones y la cultura africanas, que nunca habían reconocido a la privación de la libertad como sanción penal. En realidad siempre se había considerado en el contexto africano que recluir en prisión era desconocer al recluso como ser humano, destruir su personalidad y favorecer la difusión de enfermedades. Por lo tanto, era necesario investigar y poner en práctica opciones no privativas de la libertad. En Africa se asignaba gran importancia a la reconciliación y a las medidas comunitarias, así como a la indemnización y a la restitución a la víctima.

Se volvió a insistir, como en las reuniones anteriores, en que las medidas no privativas de la libertad no debían ser consecuencia del hacinamiento en las cárceles. Su justificación no debía ser evitar esa situación sino brindar mejores oportunidades para la rehabilitación. Pero aunque la pena de prisión no correspondía a los valores y actitudes tradicionales africanos, el argumento había perdido en gran parte validez pues los gobiernos de este continente la admitían plenamente entre las sanciones penales. La población en general desconocía las condiciones degradantes que existían en los establecimientos penitenciarios. Estas condiciones se habían deteriorado tanto en los últimos años que una persona condenada hoy sufría en realidad un castigo mucho más severo que otra condenada a la misma pena hace diez años. Por ello, se dijo que había que hacer tomar conciencia a los jueces y a la comunidad del grado de sufrimiento que en realidad se imponía con la prisión, que no se limitaba a la privación de la libertad⁷.

En el Octavo Congreso se dedicó especial interés a este tema. Al presentarlo el Director de la División de Desarrollo Social señaló el importante paso que significaría la aprobación de las Reglas de Tokio: se crearía una base para fomentar la aplicación de las medidas no privativas de la libertad en todo el mundo. Señaló además que las preocupaciones en relación con el respeto de los derechos humanos debían siempre ser tenidas en cuenta si la comunidad internacional deseaba continuar el proceso de humanización de la justicia penal que las Naciones Unidas habían iniciado con la elaboración de los primeros instrumentos sobre derechos humanos, entre ellos las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, de 1955.

Hubo coincidencia también aquí en el carácter de única respuesta ante el delito que había asumido la pena de prisión. Y que esa circunstancia provocaba inevitablemente el hacinamiento en las cárceles, por lo que resultaba imposible aplicar las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

De esos factores se desprendería, como una necesidad lógica, la búsqueda y aplicación de sanciones o medidas no privativas de la libertad. Se observó que estas

6.- A/CONF. 144/RPM.4

7.- A/CONF. 144/RPM.5

medidas debían conservar un elemento de castigo para ser aceptables. Pero al mismo tiempo se afirmó que podían servir de fundamento a una nueva actitud ética frente al delincuente⁸.

Y con esta observación hemos llegado al punto clave al que deseábamos llegar a través de esta breve reseña de las opiniones intercambiadas en sede regional, interregional y, por último, internacional.

Si la leemos con atención observaremos que los debates reflejan una confusión, un caos conceptual, una contradicción entre los objetivos e inquietudes que expresan.

Podemos resumir y agrupar esas ideas de la siguiente manera:

- 1.- Se vincula a las sanciones no privativas de la libertad con la prisión, su objetivo fundamental es reducir el hacinamiento o superpoblación en las cárceles. Por consiguiente se les pide que cumplan los objetivos que se piden a la prisión: la seguridad ciudadana y la prevención del delito.
- 2.- Se les atribuye el carácter de sanciones por derecho propio, sin considerarlas meros sustitutos de la prisión. Se expresa la preocupación por dar al delincuente un trato más humano. Por consiguiente, reconociéndose éste como objetivo, ya no importa que produzcan o no todos los resultados que se esperaban de ellas comparándolas con la prisión: menores costos, tasas de reincidencia inferiores, etc. Pertenece a esta concepción la idea de que pueden servir de fundamento a una nueva actitud ética ante el delincuente, punto clave para abordar en sus reales dimensiones y magnitud las medidas o sanciones no privativas de la libertad.

Estos dos puntos de vista así resumidos son completamente opuestos y no pueden servir paralelamente de fundamento para elaborar y aplicar las sanciones o medidas no privativas de la libertad. O se opta por uno o se opta por el otro.

Si las sanciones no privativas de la libertad se estudian y se conciben como sustitutos de la prisión, es lógico que se intente justificar a los sustitutos en función de sus posibilidades de sustituir correctamente a aquello que deben sustituir. (Prueba de ello es que se busca que en estas sanciones perdure el elemento punitivo). Además debe justificarse la sustitución en sí misma. Es decir, antes hay que demostrar que la prisión no cumple los objetivos que se esperan de ella, o que supone la violación de los derechos humanos. Entonces se aceptará el pasaje a otras formas de sanción. De ahí que se parta con frecuencia del argumento de la superpoblación carcelaria para llegar a la conclusión de que no es posible seguir aumentando esa población.

Pero también se revela, siempre conforme a este criterio, una excesiva preocupación por problemas prácticos. Por ejemplo, se intenta calcular los costos de las nuevas sanciones o medidas en la comunidad y se comparan los costos con los que exige la pena de prisión. Por ello es tan opuesto el otro punto de vista señalado.

8.- A/CONF. 144/24/Add.1

No sólo porque no se considera a las sanciones en función de su capacidad para sustituir a la prisión, sino porque al darles una dimensión ética, al reconocer que expresan un cambio en la actitud de la comunidad frente al delincuente pierden importancia los aspectos prácticos de su aplicación, al menos la pierden en cuanto a su justificación misma.

Su razón de ser no reside en el fracaso o la crueldad de la prisión, es decir en el aspecto negativo de la otra pena, sino en sus propias dimensiones éticas, en sus propios aspectos positivos.

Y tal vez para apreciar esta nueva dimensión de la pena, sanción o medida, como preferamos llamarla, en la comunidad, sea fundamental abandonar un criterio que ha impregnado casi siempre el Derecho penal: la utilidad de la pena.

Si partimos de la premisa de que el delincuente es un ser humano y de que al establecer con él una relación determinada estamos estableciendo una relación con un ser humano, debemos abandonar el criterio de la utilidad que podemos recabar de esta relación.

Si abandonamos el deseo de servirnos del delincuente para transmitir un mensaje a la sociedad toda, si no nos servimos de nuestra relación con una persona para orientar la conducta de un número indeterminado de personas, el fundamento de esta relación será completamente diverso.

Porque si se decide abrir el camino a las sanciones o medidas no privativas de la libertad, pero con los mismos criterios que inspiran la imposición de la pena de prisión, no sólo éstas podrían fallar por las mismas razones de fondo por las que fracasa la prisión, sino por imponer otro tipo de régimen que tampoco respete los derechos que la prisión no respeta.

Por otra parte, esos “sustitutos” de la prisión son en realidad sanciones completamente opuestas: la prisión es la sanción privativa de la libertad por excelencia; las “otras” sanciones, se definen precisamente por lo contrario, por ser “no” privativas de la libertad. Por ello, lo que al parecer podría considerarse una simple reforma del sistema penal es en realidad un cambio radical.

Precisamente, como se señaló durante el debate en el Octavo Congreso, refleja una nueva actitud ética ante el delincuente. Y cabe preguntarse si un cambio en la actitud ética del cuerpo social y político ante el delincuente puede seguir estudiándose como un simple remedio práctico para mitigar los horrores y errores de la prisión, analizándolo en función de su mayor o menor costo económico, de su repercusión en los casos de reincidencia, etc.

Es un cambio tan profundo que tal vez se viva, como todo cambio demasiado profundo, con cierta inconsciencia en cuanto a sus verdaderas dimensiones. Con cierta tendencia a tranquilizar a los renuentes diciendo “no es en realidad un cambio, seguimos siempre castigando, no hemos cambiado de actitud”.

Basta observar los muros de la prisión para darse cuenta de la división que esos muros imponen en el espacio social. De la división que esos muros imponen en el tiempo social no nos podemos dar cuenta tan fácilmente, porque si vivimos casi

inconscientemente nuestro propio tiempo, cuánto menos nos daremos cuenta de que entre esos muros transcurre un tiempo diverso.

Y basta también reflexionar unos minutos sobre la función que cumplen esos muros, la función inmediata, ocultarnos lo que ocurre y lo que existe “del otro lado” para comprender cuál es la función inmediata de la prisión: no dejarnos ver más allá de sus muros. Y cuando no vemos tendemos a olvidar. Y cuando olvidamos somos indiferentes. Es ésta la actitud ética que expresa la comunidad a través de la prisión: la indiferencia.

Las sanciones sin privación de la libertad, las sanciones “en la comunidad”, exigen precisamente la actitud opuesta. No sólo superan la indiferencia sino requieren que se brinde una atención y dedicación especial al sujeto delincuente. No se trata sólo de no relegarlo al olvido sino de concentrarse en él.

Cuando se decide acoger al delincuente en la comunidad, no se le acoge como si nada hubiera pasado. El hecho mismo de que haya que adoptar la decisión indica la diferencia. Revela que la relación entre el delincuente y la comunidad después del delito ha cambiado. Porque en realidad con las nuevas medidas o sanciones las relaciones entre el delincuente y la comunidad no se interrumpen, como en la prisión, sino que se intensifican.

En el proyecto de Tokio hay dos Reglas dedicadas a la participación de la sociedad (Reglas 17 y 18) que contienen varias disposiciones. Pero también interesan a este respecto las Reglas 12 y 14 que prevén las obligaciones que debe cumplir el delincuente y el incumplimiento de esas obligaciones. Esto demuestra que las nuevas sanciones o medidas suponen el nacimiento de una nueva relación entre el delincuente y la comunidad. Y esta nueva relación necesita un marco jurídico apropiado pues sólo así tendrá la seguridad y la posibilidad de durar, que sólo las formas jurídicas pueden dar a la relación entre individuos extraños desde el punto de vista personal. De ahí se desprende la importancia de estudiar las sanciones no privativas de la libertad no sólo desde un punto de vista práctico sino teórico.

No es posible considerar la posibilidad de introducir con éxito medidas que significan un cambio radical, con el convencimiento de que se trata solamente de una reforma. El hecho de que esa introducción se haga gradualmente, sin desplazar a la pena privativa de la libertad, no supone que la sanción no privativa de la libertad sea una mera reforma de la primera. Lo gradual del cambio no afecta para nada su esencia.

Por consiguiente, el paso que se dio en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente con la aprobación de las Reglas sobre las medidas no privativas de la libertad no es un paso sin trascendencia.

Significa que en la comunidad internacional hay una voluntad expresa y unánime de aplicar medidas no privativas de la libertad. No basta referirse a esta voluntad como una tendencia a evitar la pena de prisión. Hay que plantear el tema en el sentido inverso a aquél en el que siempre se ha planteado. No es la intención de abandonar la prisión lo que da lugar a las nuevas sanciones. Son estas nuevas sanciones las que disminuirán el empleo de la prisión.

Y aunque ese razonamiento tal vez no parezca fiel a la realidad, es importante hacerlo porque parte de una afirmación y no de una negación.

Sólo de esa manera, afirmando por sí mismas a las sanciones no privativas de la libertad podrá dárseles un marco teórico adecuado, que les reconozca la real importancia que tienen y que sirva luego para desplegar en la práctica las muchas posibilidades que en las Reglas de Tokio sólo se insinúan, pero que más vale así, que sólo se insinúen, porque estas sanciones no expresan la actitud de “la comunidad”, sino de “cada comunidad” concreta ante el conflicto que la afecta con el delito. Y es “cada comunidad” la que debe concebir la respuesta apropiada.