



EGUZKILORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 5 extraordinario - Diciembre 1992.

“Droga, Bioética y Política”

Presentación. Desde el Centro Internacional de Investigación	5
SYMPOSIUM INTERNACIONAL: “Atención al drogadicto”	9
• J. Castaignede. Estrategias de apoyos preventivos	11
• T. Firchow. Toxicomanía y normativa legal en Francia	17
• J. Giménez. Alternativas sociales	27
• J. Hurtado. Consumo y prevención en el Perú	35
El consumo de drogas y su prevención en Suiza	45
• A. Messuti. Alternativas a la privación de libertad	71
• J. Pardo. Alternativas sociales	77
• G. Zabaleta. Servicios comunitarios, apuesta de futuro	81
CURSO DE VERANO: “Criminología y Bioética”	85
• A. Beristain. ¿La ética civil supera a la eclesial?	87
• F. Goñi. DNA y Herencia: Problemas éticos	97
• H.-G. Koch. Ética médica y Derecho médico	113
El control de la natalidad y el Derecho Penal	123
Una muerte digna	133
• C. M. Romeo. Las respuestas del Derecho español	143
La utilización de embriones con fines de investigación	151
El diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal	159
• G. Tamayo. Criminología y Bioética	167
CURSO DE VERANO: “Filosofía y Sociología políticas”	171
• A. Arteta. Actualidad de Tocqueville sobre la democracia	173
Individuo y forma capitalista de su tiempo, según Marx	189
De la piedad y la política	209
• A. Beristain. El estado no tiene el monopolio de la violencia	227
• J. R. Recalde. Orden y Razón de Estado	239
Responsabilidad en un sistema de partidos	253
Autonomía del individuo y promoción de la “vida buena”	265
MISCELANEA	277
• J. M. Rdz. Delgado. Fundamento cerebral de las creencias	279
• E. Ruiz Vadillo. La Sociología jurídica	287
• A. Beristain. G. Kaiser Doktoareari Laudatioa	297
• G. Kaiser. Kriminologiaren betekizuna	313
• VII Coloquio Inter-Asociaciones. Crimen organizado	323

EGUZKILORE

Número Extraordinario. 5
San Sebastián
Diciembre 1992
27 - 33

ALTERNATIVAS SOCIALES A LAS INSTITUCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Joaquín GIMENEZ GARCIA

*Profesor de la UPV/EHU
Presidente de la Audiencia Provincial
Bilbao*

Palabras clave: cárcel, sociedad, delincuente, legislación.

Hitzik garrantzizkoenak: espetxe, gizarte, gaizkile, legedi.

Mots clef: prison, société, délinquant, législation.

Key words: prison, society, offender, legislation.

Mi intervención se va a centrar en tres reflexiones y en unas consideraciones finales todas ellas alrededor del tema, tan sangrante como importante, que tiene esta mesa redonda.

I

La primera reflexión es la quiebra del sistema de justicia penal, que se vertebra exclusivamente alrededor de la cárcel como única o casi exclusiva respuesta ante el hecho de la delincuencia.

Como ya tiene declarado con acierto el Prof. García Valdés, la cárcel es ajena a las tres circunstancias o factores. Estos tres factores son el simple paso del tiempo, el tener un entorno familiar que lo acoja y el disponer de un medio de trabajo. La

estancia en prisión es ajena a los tres factores citados. El enjaulamiento —como diría Raúl Zaffaroni— de la persona por un tiempo más o menos largo, deja, en el mejor de los casos, intactas las causas que indujeron a una persona a delinquir. El discurso de la reinserción social y la salvaguarda de esa vocación a que deban responder las penas privativas de libertad en nuestro país, por imperativo del artículo 25 de la Constitución, es de muy difícil, por no decir imposible consecución.

Aparte de la objeción filosófica que supone la constatación de que la libertad sólo se aprende en un ambiente de libertad, una mirada por el sistema penitenciario lleva a la inequívoca conclusión de que al margen de la vetustez de los edificios, las generalizadas condiciones de hacinamiento en que vive la población carcelaria y la escasez y falta de estímulo de los funcionarios de prisiones —y conscientemente no entro en analizar sus causas por no ser objeto de esta mesa— no permiten albergar muchas esperanzas al respecto. Hoy se está desarrollando por el Ministerio de Justicia un ambicioso programa de nuevos centros penitenciarios que mejore la situación. Actualmente la población reclusa ronda las 36.000 personas repartidas en 84 centros penitenciarios con un número real de 23.00 plazas. En nuestra Comunidad está prevista la desaparición de los centros de Basauri y Martutene por una nueva macro-cárcel con capacidad para 950 reclusos.

No me parece acertado este diseño de macro-centros penitenciarios que creo pueden venir inspirados en el abaratamiento de los costes, reducción del número de vigilantes y funcionarios —a la vista del déficit existente— y su sustitución por unos sofisticados sistemas electrónicos de vigilancia que creo serán tan caros como deshumanizados, lo que puede incidir negativamente en un entorno donde la relación humana puede ser especialmente conflictiva. Por los datos que se han dicho y por las experiencias que se tienen de los penales “a la americana”, se puede afirmar que estos proyectos serán más rentables, pero dudo que sean capaces de crear ambientes más humanizados y ello a pesar de preverse un notable aumento del número de plazas nuevas de funcionarios.

Especialmente en este aspecto donde el reciclaje y la formación permanente parece una exigencia ineludible a fin de obtener un cuerpo funcional ilusionado con su rol, bien retribuido y con perspectivas de progresión profesional y por tanto alejados del papel de tristes carceleros. Como afirma Jiménez Villarejo, hacen falta más funcionarios, pero posiblemente, mejores funcionarios.

En definitiva se trata de concebir la prisión como una parte de la sociedad, del mundo, y no como un mundo aparte, por ello hay que llenar de Sociedad las cárceles, hay que tender lazos de todo tipo que faciliten la posterior integración de los internos. Lamentablemente apenas si existe entre nosotros una cultura al respecto. Hoy la prisión es un ghetto cerrado por tres muros: la delincuencia, la droga y la marginación. Evidentemente, todos los reclusos han entrado por la comisión de un delito, pero además, si no lo son ya, tienen grandes probabilidades de tener contactos con la droga y quedar más estigmatizados socialmente, y todo ello sin que se les resuelva el problema de la delincuencia, antes al contrario, las grandes cifras de reincidentes que albergan la generalidad de los centros penitenciarios ponen de manifiesto el fracaso del sistema. Por decirlo en palabras del Fiscal General del Estado en la Memoria del año 1987,

“Las cárceles, hoy por hoy, siguen siendo nidos formativos de delincuencia violenta antes que centros con función de reinserción social”.

Tímidamente, la Exposición de Motivos de la Ley General Penitenciaria se refiere a las cárceles como un mal necesario, evidentemente no se puede, sin incurrir en grave irresponsabilidad, apostar por el discurso del cierre generalizado de las cárceles, por eso es preciso que las cárceles en su estructura y régimen interior, como medio de salvaguardar aquella vocación resocializadora que exige nuestra Constitución responda y ofrezca al interno un ambiente humanizado y digno donde la relación interpersonal sea posible, donde sin lujos, se viva en un entorno digno, no masificado y donde la rentabilidad económica no sea el referente desde el que tenga que analizarse todo. Por otra parte, si hoy se calcula que el precio por año y persona internada es de casi cuatro millones de pesetas, puede afirmarse que la rentabilidad social de dicho dinero —es decir, en relación a obtener una disminución de la criminalidad de los internos— es escasa por no decir nula, al ser altísimos los porcentajes de reincidentes y actuar la cárcel como nuevo ciclo de marginación donde la droga circula a pesar de los controles, lo que a su vez genera un gravísimo problema de salud entre todos los reclusos por riesgo de contagio de sida, tanto más probable por el mayor riesgo de promiscuidad y alta tasa de drogadictos entre la población.

II

Como segunda reflexión ante esta situación, resulta preciso diversificar la respuesta institucional. Hace falta llenar de imaginación el Derecho Penal singularmente en el aspecto represivo. Resulta descorazonador que la cárcel se mantenga como base del sistema represivo, aun a sabiendas de todos los defectos y disfunciones que presenta. El mantenimiento a ultranza de esta situación puede llevar a poner en peligro la legitimidad del sistema de justicia penal y ello por dos razones: a) porque la respuesta única desconoce la diversidad de circunstancias que llevan a una persona a delinquir e impide una individualización coherente con lo que parezca más adecuado para la persona, y b) porque visto el estado en que se encuentran las cárceles, puede afirmarse sin exageración que en no pocos casos el ingreso de una persona en un centro penitenciario, tiene efectos demoledores para dicha persona por la forma y el entorno en que se le ha obligado a vivir durante la permanencia en prisión. Si lejos de mantenerse la posibilidad de una reinserción, es el propio ingreso quien aleja más la posibilidad de recuperar a esa persona para la libertad, se está produciendo un efecto perverso que ha de ser evitado a toda costa.

Decía hace un momento que había que llenar de sociedad a las cárceles. Esta relación es esencial para no perder de vista la corresponsabilidad social que la sociedad tiene en el hecho delincencial. El hecho delictivo se produce en la Sociedad, es una conducta antijurídica que nace, se ejecuta y produce sus efectos en la sociedad, ésta no puede desentenderse del individuo, no puede entregarlo al sistema judicial y penitenciario y olvidarse de él. Ello convertiría la cárcel en unos meros aparcamientos de personas y sus estancias coincidirían con inactividades de su quehacer delictual, que se reiniciaría con su puesta en libertad y se penalizaría con su nuevo ingreso y así *ad infinitum*.

Urge, pues, iniciar un proceso de apropiación de la cárcel por las instancias sociales.

El marco legal existente permite iniciar una serie de políticas en este sentido que prácticamente todavía están por estrenar. El artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985, otorga a los Ayuntamientos "la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social". Con este supuesto se podría, se debería, iniciar una relación, con diálogo inédito entre el Centro Penitenciario y las Corporaciones locales que posibilitara, por ejemplo, el acceso al tercer grado de internos —pienso sobre todo en los jóvenes— y que éstos dispusieran de un trabajo facilitado por el municipio; hay muchos trabajos que no exigen alta cualificación y que pueden organizarse fácilmente: piénsese en arreglos de parques y jardines, recuperaciones de mobiliario urbano, limpieza urbana, etc.. En tal sentido han existido acuerdos puntuales entre algunos centros penitenciarios de la Comunidad y Ayuntamientos que han de permitir a jóvenes reclusos de tercer grado durante un cierto tiempo ejecutar trabajos de jardinería urbana o similares, cobrando salario y beneficiándose de estas iniciativas.

Pero dentro de la Comunidad Vasca contamos con la previsión contenida en el artículo 12-1.º del Estatuto de Autonomía que le asigna la ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria. Entiendo que esta competencia no tiene un carácter meramente instrumental porque les convertiría en unos carceleros por delegación, antes al contrario creo que una interpretación del bloque de constitucionalidad constituido por la Constitución y el Estado de Autonomía permitiría diseñar, dentro del respeto a la legislación del Estado una política con acento propio sobre todo cuando ello pueda suponer una mayor fidelidad y una mayor realización en la práctica de los valores constitucionales que en esta materia se centran en el afianzamiento de la vocación resocializadora de las penas privativas de libertad y en conexión con ello, la Ley de Servicios Sociales de 20 de mayo de 1982 (B.O.P.V. de 2 de junio de 1982) que creó los Consejos de Bienestar Social puede ser muy importante.

Finalmente parece necesario, en este proceso de apropiación por parte de la Sociedad de la cárcel y de sus habitantes, que surja el Voluntariado como red de solidaridad privada. Nos falta la cultura del voluntariado de personas y asociaciones que de manera desinteresada, pero con experiencia y sin voluntarismos ingenuos, traten de coadyuvar a las instituciones que están alrededor del interno. Pueden hacer mucho como antídoto a la burocratización a la que en última instancia tiende todo aparato administrativo. Pueden hacer mucho para facilitar el reacomodo en todos los sentidos del interno cuando va a ser puesto en libertad y en la fase previa. Piénsese en las áreas de estudios, deportivas, artesanales, teatrales, etc., que pueden desarrollarse en los centros penitenciarios con la colaboración de jóvenes y personas voluntarias poco expertas en tales materias y que convierte la prestación del Voluntariado en un acto de fraternidad, de solidaridad humana, lejos de todo planteamiento caritativo-benéfico en el sentido peyorativo del término. El diálogo que inevitablemente surge entre el interno, el voluntario, el reconocimiento recíproco de una misma dignidad y ciudadanía que ambos comparten por igual puede provocar el inicio de procesos de reflexión y de autocrítica que necesariamente están en el

inicio de todo proceso de reinserción, porque ésta empieza, como es obvio, en el interior de la persona.

En definitiva, sin la integración social del interno no es posible su reinserción, por ello es preciso integrar socialmente a la propia institución carcelaria.

III

La tercera reflexión me la brinda la legislación española actual existente en materia de alternativas a la prisión. El panorama no es muy sugerente.

En la fase de instrucción sólo caben legalmente dos situaciones: la de libertad y la prisión preventiva, esta última con la modalidad de prisión atenuada que se establece en el artículo 505 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la fase posterior a la sentencia, sólo cabe la suspensión de la condena impuesta cuando sea ésta privativa de libertad en dos supuestos previstos en el artículo 92 del Código Penal —delincuente primario, esto es, sin antecedentes y pena que no exceda de un año—, excepcionalmente se prevé este beneficio para los condenados a penas de hasta dos años en los supuestos del artículo 93 último párrafo y 93 bis.

Junto con esta suspensión del cumplimiento de condena, se establecen regímenes especiales en los supuestos de toxicodelinquentes, que consisten en la sustitución del cumplimiento efectivo de la pena por el sometimiento a un proceso de desintoxicación y rehabilitación con el consiguiente seguimiento judicial, tal y como se determina en el artículo 9 párrafo 1.º en la interpretación íntegramente jurisprudencial de dicho precepto, motivada por el hecho de la droga y su condición de factor altamente criminógeno, fenómeno que sólo explícitamente ha sido reconocido en la reforma de la L.O. 1/88 de 24 de Marzo que incorporó —con muchas cautelas que le hacen privar de efectividad— el artículo 93 bis, lo que ha llevado a su práctica inaplicación por la jurisprudencia que entiende más idónea por su mayor flexibilidad la aplicación de las medidas alternativas previstas en el art. 9-1.º inicialmente pensadas para los supuestos de enajenación.

También deben citarse las previsiones establecidas para jóvenes delincuentes comprendidos entre 16 y 18 años. Para ellos el Código Penal en el artículo 65 fija una pena atenuada o un internamiento en un centro de reforma. Esta previsión calificada por algún sector de “cadáver viviente” por su inaplicación judicial tropieza con toda clase de obstáculos que van desde la absoluta indeterminación de la medida —igual que se prevé en el artículo 8 para los supuestos de enajenación completa— lo que resulta claramente inconstitucional por atentar al derecho a la seguridad y a la libertad contenidos en el artículo 17 de la Constitución, hasta la absoluta inexistencia de centros adecuados que impiden la posibilidad de cualquier operatividad de este artículo.

Es muy pobre el balance que ofrece la legalidad actual y como se ha visto, las posibilidades de que el sistema judicial pueda elegir de entre varias medidas la que se estime más adecuada no tanto para castigar al sujeto por el delito cometido sino

para conseguir una mejora de la persona que le aleje de su iter delictivo son más bien escasas. Prácticamente no existe nada en la fase de instrucción siendo ésta la más indicada para disponer de un abanico de medidas alternativas a la prisión provisional durante la tramitación de la causa, porque la normal duración de los procesos puede producir que las escasas posibilidades que se prevén en la fase de ejecución —y a las que ya me he referido— devengan en ineficaces por el tiempo transcurrido.

Cabría pensar que el anunciado Proyecto de Nuevo Código Penal debería subsanar las carencias apuntadas. No parece que vaya a ser así a la vista de las noticias que se tienen. Ciertamente se establece con los arrestos de fin de semana, de una impactante novedad cara al público en general, pero se omite la determinación del lugar donde deben ser cumplidos, y si desde luego va a ser la cárcel creo que no vale la pena tal “innovación”; cierto igualmente que se adecúe la pena de multa a la capacidad económica del sujeto, pero ésta y otras particularidades no borran la sensación de que se sigue vertebrando el sistema penal alrededor de la pena de prisión y que eso sea así en un proyecto de Código que aspira a regular la convivencia de este país cara al año 2000, no deja de ser frustrante si se tiene en cuenta el consenso jurídico existente en que la prisión ha entrado en una profunda crisis y que así como ésta supuso en su momento un avance de la humanidad en cuanto sustituyó las penas corporales singularmente la pena de muerte, tal vez estemos ahora a las puertas de sustituir la pena carcelaria por otras menos estigmatizantes y más rehabilitadoras para las personas.

No se trata de reducir drásticamente ni menos anular dicha pena porque es lo cierto que no existe actualmente un recambio capaz de efectuar tal sustitución con éxito. Más limitadamente se trata de ampliar el campo de penas a disponer por el sistema judicial con introducción de otras instituciones ya conocidas en el derecho comparado que permitan ir reduciendo el campo de aplicación necesario de la cárcel.

En este sentido se habla entre otras de la despenalización de conductas tipificadas como antijurídicas y que no merecen serlo de acuerdo con el principio de mínima intervención; de la incentivación del rol que a la víctima le corresponde en el delito, dando relevancia a la indemnización a satisfacción de aquélla como medio de satisfacción del interés perjudicado sin actuación en ese caso de la acción pública, a través del sistema de oportunidad.

Especial referencia merecen los sistemas fundados en el trabajo social o trabajos al servicio de la Comunidad, de espectacular acogida en legislaciones de nuestro entorno (en Inglaterra por la ley penal de 1972, Francia Ley de 10 de junio de 1983 entre otras) y totalmente silenciado en el Proyecto de Nuevo Código. No se encuentra explicación a la omisión del Proyecto en esta materia tan importante para constituir un punto de encuentro entre el mundo carcelario y la Sociedad, desoyendo las recomendaciones tanto del Consejo de Europa —1976— como del sexto Congreso de NN.UU. sobre la prevención del delito —1980— que recomendaban el estudio en implantación en los respectivos países de sistemas fundados en el trabajo en beneficio de la Comunidad, silencio tanto más elocuente cuanto que ya en la enmienda a la totalidad presentada por el grupo parlamentario comunista al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 ya se contempla.

IV

Como reflexiones finales y de una manera esquemática pienso que:

1.º) En el nuevo Código Penal, deberían contemplarse con amplitud y efectividad el principio de medidas alternativas a las penas privativas de prisión.

2.º) Este sistema de alternativas exige variedad para permitir adecuar la oferta a las condiciones de las personas a quienes se les va a ofrecer.

3.º) Debe fundarse en la voluntariedad por parte del sujeto y por tanto sin riesgo de violación del art. 25.2.º de la Constitución.

4.º) Debe permitirse tal sustitución tanto en la fase de instrucción como en la post-sentencial.

5.º) Coordinación con el sistema penitenciario, de suerte que el paso de uno a otro sistema sea posible cuidando siempre de mantener el distinto espíritu de las alternativas. Evitar el riesgo de prisionización.

6.º) Sostenido por un entramado de instituciones y grupos sociales que actúan como dinamizadores de un proceso de apropiación del mundo carcelario por parte de la Sociedad, provocando un diálogo, un encuentro ahora inexistente.

7.º) Control por parte del sistema judicial, el que a su vez debe servirse de los agentes sociales que precise. Las respuestas que exige la delincuencia no se dan con el actual esquema de la oficina judicial.

8.º) En referencia al sistema carcelario, creo que no son aconsejables las macrocárceles controladas por sofisticados sistemas electrónicos, dificultan a mi juicio, la creación de un ambiente humanizado. En el mismo sentido es preciso incentivar profesionalmente a los funcionarios de prisiones, evitando que se conviertan en simples carceleros. Más y mejores conocimientos, profesionalización, apertura al resto de la Sociedad y aceptación por ésta del rol que desempeñan. En definitiva poner fin al desencuentro mundo carcelario y sociedad.

9.º) En general, parece exigencia indispensable para no alumbrar frustraciones que la puesta en vigor del nuevo código debe ir simultaneada necesariamente por la aprobación de la ley que prevea las dotaciones económicas necesarias para llevarlo a la práctica, de otro modo, se correría el riesgo, una vez más, de no tener efectividad algunas de sus medidas —tal vez la más llamativa— por inexistencia de los medios materiales y personales necesarios para ponerlos en práctica.

Es preciso asumir globalmente el papel protagonista que a la Sociedad le corresponde en la esfera penitenciaria, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley General Penitenciaria, para hacer cada día un poco más realidad esa bella utopía, esa necesaria utopía de Radbruch, cuando pedía no un Derecho penal mejor, sino un derecho mejor que el penal.

CUANDO SE OLVIDA AL HOMBRE

En el complejo mundo que vivimos, en el cual los grandes avances científicos y técnicos, los viajes espaciales, la cibernética, se entrecruzan con el hambre, las guerras, la opresión de los pueblos, en este mundo, las ambiciones de poder, la dependencia, marginación y explotación son estructuras de injusticia que nacen cuando se olvida al hombre. Y cuando el hombre olvida al hombre... pierde toda su razón de ser, deviene objeto y no sujeto hermano nuestro...

He recibido muchas críticas e insultos por el solo hecho de declarar que no existen guerras justas, sino causas justas. Toda guerra es injusta. De no creerlo justificamos las atrocidades que nacen del concepto mismo de guerra: destruir al enemigo.

Las luchas populares, los movimientos de liberación, no deben pensarse necesariamente en términos de acción armada.

A. Pérez Esquivel, "Escuchar el silencio de Dios", *Concilium*, tomo II, n.º 184, 1983, pp. 108 ss.