

Cuadernos de análisis jurídico

24

*serie seminarios
Marzo de 1993*

ACERCA DE LA CARCEL

JUAN BUSTOS

MASSIMO PAVARINI

VIVIEN STERN

MARIA ANGELICA JIMENEZ

MARIA INES HORVITZ

MARIA EUGENIA HOFFER

CRISTIAN RIEGO

de ejemplares
responsable a:
Diego Portales
Santiago, Chile.

LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE LA PRISION. SU INSERCIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO Y PRESUPUESTOS PARA SU PROFUNDIZACIÓN EN CHILE

María Inés Horvitz Lennon

Ya en las consideraciones generales del Proyecto que dio origen a la Ley 18.216 -que, como se sabe, introdujo dos nuevas medidas sustitutivas a las penas privativas y restrictivas de libertad y reformuló una ya existente, la remisión condicional de la pena- se enfatizaban las limitaciones de la prisión "como medio de protección social e instrumento correccional", señalándose sus graves efectos nocivos para el que la sufre y su fuerte carácter criminógeno.

Si bien desde el plano teórico prácticamente nadie pone en tela de juicio las fuertes críticas que desde hace largo tiempo ya se hace a la prisión -y más ampliamente al sistema penal- y que han incidido en su progresiva crisis de legitimación, en la práctica se produce un movimiento a la inversa.

En efecto, existe un fuerte divorcio entre los principios y reglas teóricas que se han ido consolidando en el ámbito internacional sobre esta materia, muchas de ellas con efectos vinculantes para nuestro país, y la forma en que opera nuestro sistema penal en la práctica, cuyos rasgos represivos se han ido acentuando en el último tiempo.

Al efecto, señalaremos cuáles son esas características de nuestro ordenamiento punitivo y cuáles los requisitos que normalmente se exigen para la implantación eficaz de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión:

1. En primer lugar, no se cumple el principio de intervención mínima o de última ratio del derecho penal. Se acude con inusitada frecuencia al recurso penal, invocándose su pretendida eficacia intimidante, sin agotar previamente las demás formas de resolución de conflictos de que dispone el sistema y que resultan menos dañosos y estigmatizantes. Por otra parte, tampoco se respeta el carácter fragmentario que debe tener el derecho penal, constatándose que, al excesivo número de delitos tradicionalmente existente en nuestro ordenamiento punitivo, se añade una tendencia a la criminalización indiscriminada de conductas, que en muchos casos o no afectan bienes jurídicos de importancia o bien no implican la afección de ningún objeto merecedor de tutela penal. Todo ello determina una hipertrofia del ordenamiento punitivo que se ve agravada por la circunstancia de que, en general, no existe proporcionalidad entre las penas, la dañinidad de los hechos que sancionan y la entidad de los bienes jurídicos protegidos con los delitos. Un ejemplo paradigmático en este sentido son las

penas previstas para los delitos contra la propiedad cuya severidad se iguala o sobrepasa en algunos casos las asignadas a delitos que protegen la vida o la salud individual.

Tampoco existe una diversificación del catálogo de sanciones de modo de conferir al juez una mayor flexibilidad en la tarea de individualizar la que resulte más adecuada al caso concreto. En nuestro ordenamiento punitivo, la primacía absoluta la tiene la pena privativa de libertad o de encierro, con marcos penales y reglas de determinación de la pena que rigidizan aún más el sistema de aplicación de las sanciones.

2. En segundo lugar, tenemos un proceso penal que no cumple cabalmente con sus funciones garantizadoras, ni tampoco permite alternativas eficaces de solución a los conflictos que en él se plantean. Por el contrario, sufre de incapacidad endémica para lograr tal fin: ni siquiera satisface el interés de la víctima que es el normalmente invocado para legitimar el sistema.

Por otra parte, la prolongación arbitraria de la prisión preventiva -más allá de sus fundamentos estrictamente cautelares-, la falta de control social sobre los actos judiciales -retratada paradigmáticamente en el secreto del sumario-, la ausencia absoluta de intermediación -manifiesta en la enorme delegación de funciones que hacen los jueces, son algunos de los claros ejemplos de un sistema procesal que más allá de declaraciones bien intencionadas, no respeta al hombre concreto y singular (ya el autor o la víctima del delito) quien espera, muchas veces angustiosamente, la solución del conflicto en el que se encuentra comprometido.

Un problema especialmente acuciante en nuestro país es el recurso masivo a las detenciones de corta duración, por simple sospecha o en el ejercicio de facultades discrecionales de organismos policiales, por hechos de escasa o ninguna gravedad, medidas que siempre afectan a unos mismos sectores de población -los más vulnerables del sistema- y suelen determinar el comienzo de su estigmatización y posterior reclutamiento para la carrera criminal.

3. Finalmente, y en el ámbito penitenciario, se observa una insuficiente protección de la garantía de ejecución penal que emana del principio de legalidad. No existe una consagración formal, ya al nivel constitucional o legal, de las garantías y derechos de las personas sujetas a las distintas formas de intervención del sistema penitenciario, es decir, no sólo de las privadas de libertad sino también a cualquier otra forma de control de carácter sancionatorio.

No existe en Chile una ley general penitenciaria que regule en forma sistemática, clara y garantista los diferentes aspectos vinculados a la ejecución penitenciaria y los controles que deben ejercerse sobre la misma. Como consecuencia de lo anterior, no hay una instancia jurisdiccional que tenga como competencia específica la aplicación y observancia de las normas sobre ejecu-

ción de las penas y de las demás medidas que se puedan imponer al sujeto con el carácter de sancionatorias, ni la tutela de los derechos y garantías que no se ven afectados por tales penas o medidas.

Por último, se detecta una manifiesta resignación en la consecución de los fines rehabilitadores del sistema penitenciario. Se privilegia la construcción de cárceles de máxima seguridad, reforzando las funciones de custodia, control y aseguramiento de aquéllas, se plantea la implantación de la pena de presidio perpetuo "efectivo" y la exclusión de medidas alternativas para ciertos delitos, y el trabajo penitenciario, en su gran mayoría, es de carácter repetitivo, tosco, disciplinante, sin técnica o no cualificado, lo que unido a la ausencia de organismos asistenciales postcarcelarios, impide a los sujetos reinsertarse adecuadamente en el mercado laboral, consolidándose así su status marginal dentro del sistema.

En síntesis, resulta absolutamente antitético y esquizofrénico promover un proyecto encaminado a "humanizar" las cárceles o sustituirla con medidas no privativas de libertad si, simultáneamente, no se modifica la tendencia anteriormente analizada que implica, en la práctica, una "fuga" hacia el derecho penal en la resolución de los conflictos sociales, con las características anotadas. Ello sólo llevaría a consolidar el manejo utilitario que tradicionalmente se ha dado al concepto de la "resocialización" y a conferir a las medidas alternativas un carácter meramente clemencial o de indulgencia, mientras por el otro lado se legitiman y mantienen las funciones tradicionales de la prisión.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) -aprobadas en 1990- señalan, en buena parte, algunos de los principios y condiciones que deben regir la implantación de medidas no privativas de libertad en el ordenamiento jurídico de un Estado, algunas de las cuales señalaremos en el curso de esta ponencia.

En su declaración de principios se señala: "Los estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente".

La idea es, pues, introducir penas o medidas que sean realmente "alternativas" diferentes a la prisión, que la sustituyan, y no coexistan con ella o impliquen, en caso de quebrantamiento, necesariamente una vuelta a aquélla. Es decir, se trata de privilegiar todas aquellas penas y medidas que favorezcan, mejoren o promuevan el establecimiento y conservación de vínculos sociales constructivos por parte de los afectados, potenciando su participación social y su desarrollo como personas. Esta resulta ser la única forma de remover aquellos factores que reconocidamente llevan a la comisión de delitos y a la reincidencia.

Por ello debe ampliarse toda la variada gama de medidas alternativas y sustitutivas a la cárcel que no sólo constituyan una respuesta eficaz a los conflictos que hoy en día plantea el sistema penal sino también permite resolver los graves índices de sobrepoblación carcelaria existentes en nuestro país. En el derecho comparado existen diversas instituciones que han demostrado un gran éxito en relación a sus objetivos, y que se plantean ya en la fase procesal, en el momento de la condena o ya en el período de ejecución de la pena. Algunos ejemplos son el trabajo en servicio de la comunidad (Francia y Reino Unido); las penas pecuniarias impuestas según el sistema de días-multa, que atiende a las capacidades económicas del sujeto; medidas que imponen la obligación de asistencia regular a centros educacionales, de formación profesional, de desintoxicación (para drogadictos); o formas de privación atenuada de la libertad, como es la propuesta española de arrestos de fin de semana o la semi-detención en Italia, que no conlleva los graves efectos desocializadores de las penas de encierro completo.

Los sistemas de probation o de suspensión de la pena con sometimiento a prueba coexisten con las penas privativas de libertad y el incumplimiento de las condiciones que involucra la prueba lleva normalmente aparejada la aplicación de la pena suspendida. En estas medidas resulta de suma importancia la determinación de los requisitos para su concesión y el contenido y la naturaleza de las condiciones a cumplir por el sujeto durante el período de prueba, ya que por este camino se pueden introducir factores de discrecionalidad que incidan discriminatoriamente en relación al acceso y goce de la medida, como ocurre especialmente en Chile con los informes llamados "presentenciales".

Como es sabido, en Chile sólo existen dos medidas alternativas, establecidas por la Ley 18.216, que pretenden evitar desde un principio el contacto con la cárcel: la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada.

En relación a la profundización y ampliación de éstas y otras penas o medidas de similar carácter, pareciera necesario plantearse previamente los siguientes aspectos:

1. Se hace necesario prever mecanismos de solución de los conflictos que se plantean con el delito ya en la fase procesal, como por ejemplo facultar al Ministerio Público o al juez para renunciar a la persecución penal o a la aplicación de la pena tratándose de delitos bagatelarios o cuando en el caso concreto aparezca claro que la pena no resulta necesaria, acabando así con el mito de la irrenunciabilidad de la acción penal pública.

2. También resulta indispensable la adecuación de los delitos y de las penas al principio de proporcionalidad y la superación del esquema rígido de aplicación y determinación de penas existente en nuestro país, que -por tanto- confiera una mayor flexibilidad al juez a la hora de decidirse por las diferentes alternativas que le proporciona el sistema.

Un ejemplo: de poco sirve que el rango de penas privativas de libertad que pueden suspenderse o sustituirse sea relativamente amplio (en la Ley 18.216 el límite son las penas de hasta 5 años de privación de libertad), si quedan al margen de las medidas una serie de delitos únicamente por la excesiva gravedad de las penas que se les asigna. En nuestro país, el juez que quiere conceder una medida debe recurrir en muchas ocasiones al juego de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal para colocarse por debajo del límite prefijado para su otorgamiento.

3. Si el propósito esencial en la implantación de alternativas a la prisión es, justamente, evitar los efectos probadamente desocializadores de la cárcel - proporcionando alternativas constructivas al sujeto-, debe realizarse una revisión profunda de la aplicación práctica de la institución de la prisión preventiva. De poco sirve que después del proceso penal se suspenda condicionalmente la pena o se renuncie a la prisión si el sujeto ha sufrido ya los perniciosos impactos del encierro.

4. Por otra parte, no debe dejarse al margen de las medidas alternativas, como ocurre en las dos más importantes que contempla la Ley 18.216, a los reincidentes que son -en la mayor parte de los casos- justamente los más necesitados de asistencia. De otro modo, se condena irremisiblemente a estos sujetos a tener a la cárcel como única respuesta a su problemática, y a continuar su carrera delictiva en base a la presunción incontrastable de que no pueden llevar una vida en libertad sin delito. El reincidente en cuanto ser marginado, como señala Doñate, queda doblemente marginado.

5. Además de los ya señalados, las medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216 contemplan requisitos de otorgamiento y condiciones de mantención de las medidas que pueden resultar altamente discriminantes, y reproducir los mismos padrones de selectividad que acusa todo el sistema penal. En tal dirección, se encaminan los requisitos de satisfacer las indemnizaciones civiles, costas y multas impuestas por la sentencia, o la condición de ejercer una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante. Especial mención merecen los informes de antecedentes personales y sociales del sujeto, pronóstico inevitable de la peligrosidad del sujeto que, en la práctica se traducen en un barómetro mecanizado que mide el grado de adhesión a los valores socioculturales y pautas de comportamiento hegemónicas al interior de la sociedad, de modo que un alejamiento de tales padrones manifiestan índices de peligrosidad o falta de idoneidad para la rehabilitación. En tal sentido, resulta de suma importancia los cambios de enfoque que puedan producirse en los diferentes operadores que intervienen en el proceso de otorgamiento y ejecución de las medidas.

6. El fin resocializador o rehabilitador que subyace en la configuración de las

medidas no puede, en caso alguno, implicar la asignación de funciones curativas o terapéuticas que encubran una intervención coactiva en la mente y personalidad de los sujetos. La asistencia o cualquier "tratamiento" de readaptación social debe estar presidido por el reconocimiento de la dignidad del sujeto y a su incolumidad como ser social.

7. Las penas y medidas alternativas no deben convertirse en una forma de control, aunque más suavizada, que simplemente se "sume" al control más formalizado que significa la prisión. En consecuencia, ellas deben constituir la respuesta que exprese el paso de un sistema de control de la desviación por medio de reacciones institucionales y segregativas (v. gr. cárcel, centros psiquiátricos, casas de menores) a otro en el que el inevitable control se ejerza a través de mecanismos desinstitucionalizados que impliquen grados crecientes de participación de la comunidad en la actividad penitenciaria y con pleno respeto a las garantías y derechos de las personas sujetas a las medidas.

En tal sentido, la necesaria sujeción a la ley de la ejecución penal hace, por su parte, indispensable un control del órgano encargado de la ejecución material de las medidas alternativas que se preocupe y fiscalice que dicha ejecución se mantenga dentro del marco de la legalidad. Tal control no debe ser ejercido por un órgano de la misma naturaleza que el órgano encargado de la ejecución material de aquéllas so pena de transformarse en una mera ficción, vulnerándose así la garantía de ejecución. Como se sabe, esto no se cumple en nuestro país: la unidad encargada de administrar el sistema de libertad vigilada y de la cual dependen los delegados, es el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, y el órgano encargado de controlar y fiscalizar el funcionamiento del sistema es el Ministerio de Justicia, a través de la División de Defensa Social.

8. Relacionado con lo anterior, y como ocurre en otras legislaciones del derecho comparado (como el Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez de Aplicación de Penas), resulta indispensable introducir tribunales especializados, a lo menos en primera instancia, con competencia para controlar el correcto funcionamiento del régimen penitenciario, para velar por los derechos de los sujetos sometidos a privación de libertad y otros sistemas de control no institucionales, para resolver sobre las medidas alternativas a las penas privativas de libertad y sobre los regímenes de libertad parcial o total posibles de ser otorgados durante el cumplimiento de la condena.

Estas son algunas de las reflexiones que cabe hacerse en torno a esta problemática en nuestro país. Finalmente cabe destacar, como es obvio, que el verdadero desafío para una real profundización de alternativas definitivamente superadoras de la prisión, más allá de cualquier reforma legislativa, está determinado por la necesidad de emprender estrategias y programas político-criminales que desarrollen las ideas planteadas y formen un auténtico conven-

cimiento social de que la respuesta al fenómeno de la criminalidad no es la institución carcelaria, generando así la posibilidad de entrar a una revisión, sentida por la colectividad, de los instrumentos penales actualmente existentes.