



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



**Manual de principios básicos
y prácticas prometedoras en
la aplicación de**

Medidas sustitutivas del encarcelamiento

SERIE DE MANUALES DE JUSTICIA PENAL

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
Viena

Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento

SERIE DE MANUALES DE JUSTICIA PENAL



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2010

Agradecimientos

El presente Manual fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) por Dirk van Zyl Smit, Profesor de Derecho Penal Comparado e Internacional, de la Universidad de Nottingham (Reino Unido), antes Profesor de Criminología y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica).

El manual fue examinado por un grupo de expertos en una reunión que celebraron en la sede de la UNODC, en Viena, los días 31 de octubre y 1 de noviembre de 2005. La UNODC desea agradecer las valiosas contribuciones de los siguientes expertos que participaron en esa reunión: Alvaro A. Burgos Mata, Yvon Dandurand, Curt T. Griffiths, Nashaat H. Hussein, Kittipong Kittayarak, Tapio Lappi-Sepälä, Benjamin Naimark-Rowse, Adam Stapleton y Vera Tkachenko. Han contribuido también a la elaboración de este manual Mark Shaw, Ricarda Amberg, Anna Giudice, Claudia Baroni, Bernardo Camara y Miriam Magala, de la UNODC. Después de la reunión del grupo de expertos, el manual fue revisado por Suzanne Schneider y Sharman Esarey, consultores de la UNODC.

La UNODC desea también agradecer el apoyo prestado por los Gobiernos del Canadá, Suecia y Noruega a la elaboración del manual. La UNODC agradece también los fondos aportados por el Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Canadá para editar y difundir este manual, y para traducirlo al español y el portugués.

Publicación de las Naciones Unidas
Núm. de venta: S.07.XI.2
ISBN 978-92-1-348151-6

© Naciones Unidas, noviembre de 2010. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenida en la publicación se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la publicación. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

La presente publicación puede reproducirse solicitando permiso al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N.Y. 10017, Estados Unidos de América, o en el sitio web de la Junta (<https://unp.un.org/Rights.aspx>). Los gobiernos y las instituciones públicas podrán reproducir la presente publicación sin autorización previa, siempre que mencione la fuente e informen a las Naciones Unidas al respecto.

La presente publicación no ha sido revisada a fondo por los servicios de edición.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

Introducción	1
1. Introducción a las medidas sustitutivas del encarcelamiento	3
1.1 ¿Por qué deben considerarse medidas sustitutivas del encarcelamiento?	3
1.2 ¿Qué hacer?	8
1.3 ¿Quién debe preparar la estrategia de medidas sustitutivas del encarcelamiento?	10
1.4 Dificultades potenciales	10
1.5 El papel de las Naciones Unidas	11
2. Limitación del ámbito del sistema de justicia penal	15
2.1 Despenalización	15
2.2 Desviación hacia otros ámbitos	16
2.3 ¿A quién corresponde actuar?	18
3. Etapas anteriores al juicio, a la sentencia y a la sentencia en apelación	21
3.1 Observaciones generales	21
3.2 Alternativas a la detención preventiva	23
3.3 Cuestiones a tener en cuenta cuando se apliquen medidas sustitutivas de la detención preventiva	24
3.4 Necesidades de infraestructura para poder adoptar medidas alternativas a la detención en espera de juicio	28
3.5 ¿A quién corresponde actuar?	29
4. Las sentencias y las penas sustitutivas del encarcelamiento	31
4.1 Las sentencias	31
4.2 Posibles alternativas a las penas de prisión	33
4.3 Sentencias concretas a penas no privativas de la libertad	35
4.4 Necesidades de infraestructura para poder dictar sentencias con penas sustitutivas del encarcelamiento	47
4.5 Elección de alternativas al encarcelamiento en la etapa de la sentencia	50
4.6 ¿A quién corresponde actuar?	54

5.	Excarcelaciones anticipadas	55
5.1	Tipos de excarcelación anticipada	55
5.2	Excarcelación anticipada: problemas y respuestas	59
5.3	La excarcelación anticipada por motivos humanitarios	62
5.4	La libertad condicional y la infraestructura administrativa necesaria	63
5.5	¿A quién corresponde actuar?	65
6.	Grupos especiales	67
6.1	Observaciones generales	67
6.2	Niños	67
6.3	Delincuentes relacionados con drogas	73
6.4	Enfermos mentales	78
6.5	Las mujeres	81
6.6	Grupos excesivamente representados en las cárceles	83
7.	Hacia una estrategia coherente	85
7.1	Base de conocimientos	87
7.2	Iniciativa política	87
7.3	Reforma legislativa	88
7.4	Infraestructura y recursos	88
7.5	Ampliación de las redes	89
7.6	Vigilancia y seguimiento	89
7.7	Promoción de alternativas	90
7.8	Los medios de comunicación y las alternativas al encarcelamiento	91
7.9	Justicia e igualdad	91
	Conclusión	93

Introducción



El presente manual forma parte de una serie de herramientas prácticas preparadas por la UNODC para prestar apoyo a los países en la aplicación del estado de derecho y la reforma de la justicia penal. Puede ser utilizado en diversos contextos, entre ellos en los proyectos de asistencia técnica y fomento de la capacidad de la UNODC. El manual introduce al lector en los principios básicos fundamentales para entender las medidas sustitutivas del encarcelamiento y contiene además descripciones de prácticas prometedoras en todo el mundo. La UNODC ha elaborado también un manual paralelo sobre programas de justicia restaurativa, disponible en francés e inglés.

El presente manual permite acceder con facilidad a información sobre las alternativas a la pena de prisión en cada una de las etapas del proceso de justicia penal; a importantes consideraciones sobre la utilización práctica de esas alternativas, con inclusión de las medidas que deben adoptar los distintos interesados para garantizar su éxito; y ejemplos de sistemas que han reducido los encarcelamientos. El manual ha sido escrito para funcionarios del sistema de justicia penal, organizaciones no gubernamentales y miembros de la sociedad civil que se esfuerzan por poner coto al exceso de confianza en las penas de prisión; mejorar el ejercicio práctico de la justicia, lo que incluye las medidas de rehabilitación y reinserción; e integrar las reglas y normas internacionales basadas en los derechos humanos en las políticas y prácticas nacionales.

En este manual se consideran las estrategias generales de reducción del ámbito del sistema de justicia penal para evitar de este modo

indirectamente el recurso a las penas de prisión. También se examinan distintos aspectos de las alternativas a las penas de prisión que puede ser conveniente considerar cuando se evalúen las necesidades y demandas de un sistema nacional de justicia penal. Es importante tener en cuenta que el manual se centra sistemáticamente en la utilización de alternativas en las siguientes etapas del sistema de justicia penal:

- Antes de la sentencia;
- Cuando se dicta sentencia;
- Cuando se decide la excarcelación anticipada de personas condenadas a penas de prisión.

En el manual se destacan también diversas estrategias para reducir las penas de prisión aplicadas a cuatro grupos importantes de población para los que el encarcelamiento tiene unas consecuencias especialmente negativas y pueden beneficiarse de alternativas en cualquier etapa:

- Los niños;
- Los drogodependientes;
- Los enfermos mentales;
- Las mujeres.

Por último, en el manual se indica cuáles son los puntos fundamentales que han de considerarse al elaborar estrategias de preparación y ejecución de una amplia gama de alternativas al encarcelamiento con el fin de reducir la población penal, que incluyen no solo los factores y elementos clave sino también los potenciales errores y formas de evitarlos. El objetivo del manual no es ofrecer un recetario de políticas para adoptar medidas sustitutivas concretas de las penas de prisión sino más bien ofrecer orientaciones sobre la aplicación de las distintas alternativas a las penas de prisión que ya figuran en las reglas y normas de las Naciones Unidas.

1. Introducción a las medidas sustitutivas del encarcelamiento



1.1 ¿Por qué deben considerarse medidas sustitutivas del encarcelamiento?

En todos los países del mundo hay cárceles. Por eso, es posible que los políticos y gestores de los asuntos públicos lleguen a considerarlas un hecho indiscutible y no esforzarse por encontrarles alternativa. Sin embargo, no debe considerarse obvio que la forma natural de castigar el delito sea el encarcelamiento. En muchos países el recurso al encarcelamiento como forma de castigo es relativamente reciente y puede ser ajeno a unas tradiciones culturales locales que durante milenios han recurrido a formas alternativas de combatir el delito. Además, se ha demostrado que el encarcelamiento puede ser contraproducente si se pretende rehabilitar y reinsertar a los inculpados de delitos menores, así como para determinados grupos vulnerables de la población.

En la práctica, sin embargo, en todo el mundo se recurre cada vez más al encarcelamiento como forma general de castigo aunque haya pocas pruebas de que su mayor utilización mejore la seguridad pública. Actualmente hay más de nueve millones de personas encarceladas, y ese número crece cada día¹. La realidad es que el creciente número de personas encarceladas conduce muchas veces a graves problemas de hacinamiento. El resultado es que las condiciones de vida en las cárceles violan muchas veces las normas de las Naciones Unidas y otras

¹R. Walmsley, *World Prison Population List*, International Centre of Prison Studies, King's College, Londres, 2005.

normas que exigen que todos los reclusos sean tratados con el respeto que merecen su dignidad y su valor inherentes a su condición de seres humanos.

Hay varios motivos importantes que explican por qué debe prestarse una atención prioritaria a las alternativas que reducen el número de reclusos y por qué debe recurrirse al encarcelamiento únicamente como último recurso².

El encarcelamiento y los derechos humanos

La libertad individual es uno de los derechos humanos más fundamentales y está reconocida en los instrumentos internacionales de derechos humanos y las constituciones nacionales de todo el mundo. Para privar a alguien de este derecho, aunque solo sea temporalmente, los gobiernos tienen el deber de justificar que el uso del encarcelamiento es necesario para lograr un importante objetivo social y que no existe otro medio menos restrictivo que permita lograr tal objetivo.

El encarcelamiento produce inevitablemente la pérdida de esa libertad, pero además, en la práctica, incide también en el disfrute de otros derechos humanos. En muchos países, los reclusos están privados de los medios básicos para tener una existencia normal. Con frecuencia viven en una situación de grave hacinamiento y están mal vestidos y alimentados. Son especialmente vulnerables a enfermedades y el tratamiento médico que reciben es malo. Encuentran difícil mantenerse en contacto con sus hijos y otros miembros de su familia. Esas circunstancias ponen literalmente en peligro su vida.

Cada vez son más los tribunales de derechos humanos que reconocen que someter a los reclusos a tales condiciones significa negarles su dignidad humana. Se ha considerado que estas condiciones son inhumanas y degradantes. Con demasiada frecuencia la mayoría de estos prisioneros son delincuentes de poca monta y muchos de ellos están a la espera de juicio, situación que puede resolverse con medidas adecuadas de sustitución de la cárcel. El uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento eficaces reduce ese hacinamiento y facilita la gestión de las cárceles, permitiendo así a los Estados cumplir sus obligaciones básicas de atención a los reclusos.

²Véase también Matti Joutsen y Uglješa Zvekic, "Noncustodial sanctions: Comparative Overview" en Uglješa Zvekic (ed.), *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*, UNICRI/Nelson-Hall, Chicago, 1994, págs. 1 a 44.

El encarcelamiento es caro

Resulta difícil calcular el costo de las cárceles en todo el mundo, pero las mejores estimaciones lo han cifrado en torno a 62.500 millones de dólares anuales utilizando estadísticas de 1997³. Entre los costes directos cabe mencionar la construcción y administración de las cárceles, así como el alojamiento, alimentación y cuidado de los reclusos. Los costes indirectos o inducidos también son importantes ya que el encarcelamiento puede repercutir en la comunidad en general de diversas formas negativas. Por ejemplo, las cárceles son incubadoras de enfermedades tales como la tuberculosis y el SIDA, en especial si los reclusos están hacinados. Cuando estos recuperan su libertad, pueden contribuir a que se difundan estas enfermedades.

El hacinamiento en las prisiones en el punto de mira

Reforma Penal Internacional estima que hay nueve millones de personas encarceladas o detenidas, muchas veces en condiciones que no cumplen las normas internacionales sobre derechos humanos aplicables y que reducen gravemente las posibilidades de su reinserción positiva en la sociedad. El hacinamiento supone muchas veces riesgos para la salud pública, dificulta el control de la violencia dentro de las cárceles, crea un entorno peligroso para el personal de prisiones e imposibilita el cumplimiento de las normas mínimas para el régimen de detención, definidas por las Naciones Unidas, que exigen unas condiciones adecuadas de luz, aire, intimidad y decencia.

En la Declaración de Uagadugú para acelerar la reforma penal y penitenciaria en África, de 2002, se pide que se adopten medidas contra el hacinamiento: “Los organismos de justicia penal deben actuar de consuno para recurrir menos al encarcelamiento. La población carcelaria solo podrá reducirse si se adopta una estrategia concertada.”

Reforma Penal Internacional propone un plan para reducir el hacinamiento que consta de 10 puntos: un debate público informado, la utilización de las cárceles como último recurso en todas las etapas del sistema de justicia penal, ampliar la capacidad de las cárceles, desviar hacia otros regímenes los casos menores, reducir las detenciones preventivas, preparar alternativas, reducir la longitud de las penas, buscar soluciones para mantener a los jóvenes fuera de las cárceles, ofrecer a los drogodependientes, las personas con desórdenes mentales y los enfermos terminales tratamiento, más que castigo, y garantizar a todos la equidad.

Fuente: Reforma Penal Internacional.

³G. Farrell y K. Clark, *What does the world spend on criminal justice?* (HEUNI Paper núm. 20), Instituto Europeo de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, afiliado a las Naciones Unidas (Helsinki, 2004).

El coste de las cárceles

En el Brasil:

Gasto medio por recluso:
800 reales mensuales

Coste medio de la construcción por recluso:
12.000 reales (cárcel de seguridad media)
19.000 reales (cárcel de máxima seguridad)

En comparación:

Coste medio de un estudiante en una escuela pública (región sudoriental):
75 reales mensuales.

Coste medio de la construcción de una casa para la población pobre:
De 4.000 a 7.000 reales

Fuente: Plan Nacional de Seguridad Pública, Secretaría Nacional de Seguridad Pública, Ministerio de Justicia, Brasil, 2002 (traducción al inglés, Instituto Ciudadanía)
<http://www.mj.gov.br/senasp/biblioteca/documentos/PUBLIC%20SECURITY%20NATIONAL%20PLAN%20ingl%C3%AAs.pdf>

El encarcelamiento se utiliza en exceso

Es fundamental que los políticos examinen de cerca quién está recluso en las cárceles, por qué lo está y por cuánto tiempo. Cuando no se disponga públicamente de esa información, deben adoptarse medidas para que los políticos y otros responsables del sistema de justicia penal la reciban periódicamente. Sin duda esos datos corroborarán que los reclusos proceden de forma desproporcionada de los grupos más pobres y vulnerables de la comunidad. Es posible que estos reclusos estén cumpliendo penas por delitos menores o no violentos, o pueden estar a la espera de juicio durante períodos de una longitud inaceptable. Para ellos, el encarcelamiento puede ser absolutamente inadecuado. Las alternativas al encarcelamiento permiten optar por diversas estrategias para tratar de forma adecuada a esas personas sin que ello suponga de ningún modo su entrada en la cárcel. Por consiguiente, las alternativas al encarcelamiento deben ser el punto de partida primario para evitar la excesiva confianza en el sistema carcelario.

Las alternativas pueden ser más eficaces

El encarcelamiento se supone que cumple varios objetivos sociales. Permite mantener a las personas sospechosas de haber cometido un delito bajo control hasta que un tribunal determine si son culpables. Además, castiga a los reos de delitos privándoles de su libertad después de haber sido condenados, les impide cometer nuevos delitos

La mayoría de los objetivos del encarcelamiento se pueden conseguir más eficazmente con otros medios.

mientras están en la cárcel y, en teoría, les permite rehabilitarse mientras cumplen condena. Por último, se puede considerar que el encarcelamiento es aceptable cuando permite detener a personas que no son sospechosas de haber cometido un delito, ni han sido condenadas por ello, pero cuya detención se justifica por otros motivos.

Dado que el encarcelamiento supone inevitablemente la privación del disfrute de algunos derechos humanos, y dado que es caro, ¿sigue siendo no obstante un medio tan eficaz para lograr esos objetivos que su uso esté justificado? La realidad es que la mayoría de los objetivos del encarcelamiento puede lograrse por otros medios con mayor eficacia. Las medidas sustitutivas pueden incidir menos en el disfrute de los derechos humanos por las personas que, en caso contrario, estarían detenidas y además pueden ser menos caras. Si se tienen en cuenta las normas de protección de los derechos humanos y el gasto, los argumentos contra el encarcelamiento, salvo como último recurso, son muy poderosos.

¿Qué tipo de justificaciones especiales se han ofrecido para las distintas formas de encarcelamiento?

En el caso de los *presos preventivos*, la pérdida de la libertad requiere una justificación particular, ya que hay que presumir que son inocentes mientras no se demuestre lo contrario. A este respecto, la cuestión de la eficacia está estrechamente vinculada con los motivos por los que se considera la detención necesaria. Por ejemplo, si hay motivos para creer que el sospechoso huirá para evitar el juicio pendiente, habrá de plantearse la cuestión de si puede prevenirse este hecho por otros medios menos costosos y que no priven a la persona de tanta libertad como si estuviera encarcelada. Si la justificación del encarcelamiento es la preocupación por la posibilidad de que la persona detenida pueda intimidar a los posibles testigos, debe hacerse la misma pregunta aunque la medida sustitutiva eficaz quizá deba ser distinta de la que se utilizaría para garantizar su comparecencia ante los tribunales.

Además, el encarcelamiento de personas a la espera de juicio puede suponer desventajas para el sistema de justicia penal en general. La preparación de una defensa puede resultar más difícil si el acusado está detenido a la espera de juicio. La dificultad para tener acceso al abogado defensor y a otros medios necesarios para preparar el juicio puede ser causa de retrasos, y minar la eficacia de la administración de justicia.

La gran mayoría de los reclusos retornará a su comunidad, muchos de ellos sin la preparación práctica necesaria para su reinserción en la sociedad de forma respetuosa con la ley.

En el caso de los *reclusos sentenciados*, la cuestión de la eficacia se complica debido a la multiplicidad de objetivos que está previsto que cumplan las penas de cárcel. Si el objetivo primario es intentar asegurarse de que los delincuentes desisten de cometer nuevos delitos, no hay pruebas de que el encarcelamiento lo consiga más eficazmente que las

sanciones alternativas de carácter comunitario. Al contrario, los estudios realizados sobre el impacto comparativo de los distintos tipos de pena en la reincidencia sugieren que el encarcelamiento dificulta el ajuste de los delincuentes a la vida en el exterior después de su liberación y puede contribuir a que reincidan. Utilizar el encarcelamiento para incapacitar a los delincuentes solo funciona en la medida en que, mientras cumplen condena, no pueden volver a cometer un delito en la comunidad. Sin embargo, la gran mayoría de los reclusos volverá a la comunidad, muchos de ellos sin la preparación práctica necesaria para su reinserción en la sociedad de forma respetuosa con la ley. Los delincuentes están incapacitados mientras cumplen su condena pero, llegado el momento de su liberación, es más probable que cometan nuevos delitos que aquéllos cuya sentencia no incluía el encarcelamiento. Así pues, recurrir a las sentencias de cárcel para impedir la reincidencia no es una estrategia eficaz a largo plazo.

1.2 ¿Qué hacer?

Uno de los retos con que se encuentran las autoridades que tratan de promover el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento como forma de reducir la población carcelaria es asegurarse de que la definición teórica de esas medidas sustitutivas no sea demasiado reductora. Las medidas sustitutivas son un componente fundamental de todos los niveles y etapas del sistema de justicia penal.

Ayuda que puede aportar este manual

El presente manual ofrece una ayuda concreta a las autoridades que busquen orientación sobre las prácticas óptimas en el uso de medidas sustitutivas dentro del sistema de justicia penal para reducir las penas de prisión. El manual:

- Considera estrategias generales para reducir el ámbito del sistema de justicia penal y evitar de este modo indirectamente el uso del encarcelamiento, y en él se examinan distintos aspectos de la cuestión que puede ser conveniente considerar para evaluar las necesidades y demandas de un sistema de justicia penal nacional (capítulo 2);
- Se centra sistemáticamente en la utilización de medidas sustitutivas en todas las fases del sistema de justicia penal: la fase anterior al juicio (capítulo 3); la fase de la sentencia (capítulo 4); y la fase en la que cabe considerar la excarcelación anticipada de los reclusos sentenciados (capítulo 5);

- Pone de relieve estrategias para reducir el encarcelamiento de personas pertenecientes a cuatro grupos importantes de la población: los niños, los drogodependientes, los enfermos mentales y las mujeres, para los cuales el encarcelamiento tiene unas consecuencias gravemente negativas. Todos ellos pueden beneficiarse de medidas sustitutivas en todos los niveles (para un ejemplo de un país que ha reducido el encarcelamiento de drogodependientes mediante el uso de medidas sustitutivas véase el recuadro que figura a continuación) (capítulo 6);
- Presenta los componentes fundamentales que han de considerarse para elaborar una estrategia de desarrollo y aplicación de una gama amplia de medidas sustitutivas al encarcelamiento a fin de reducir la población carcelaria, entre los que figuran no solo factores y elementos clave sino también los posibles errores y las formas de evitarlos (capítulo 7).

Las medidas sustitutivas para los drogodependientes reducen el número de reclusos

Tailandia recurría principalmente al encarcelamiento como medio de sanción penal hasta que se presentó en 2002 una iniciativa de reforma general del sistema. En mayo de 2002 estaban recluidas en las cárceles tailandesas unas 260.000 personas, más del doble de su capacidad total de admisión de reclusos. De estas personas, dos tercios habían sido condenadas por delitos relacionados con drogas y la mayoría de éstas eran también drogodependientes. De los sospechosos o acusados de delitos relacionados con drogas, el 9% estaban detenidos esperando que finalizara la investigación, el 14% estaban a la espera de juicio y el 12% esperaban la sentencia en apelación. Las estadísticas mostraban que el 13% de los condenados por delitos relacionados con drogas estaban sentenciados a penas inferiores a un año de prisión, mientras que el 46% estaban condenados a penas de prisión de uno a cinco años. Gracias al éxito en la aplicación de programas de desviación de drogodependientes hacia otras instituciones antes del juicio y de excarcelación anticipada, en los que había una profunda intervención de la comunidad, gracias al aumento y al uso innovador de las libertades condicionales y de los programas de tratamiento comunitario, y gracias a iniciativas de justicia restaurativa, la población carcelaria se ha reducido drásticamente. En agosto de 2005 había aproximadamente 160.000 reclusos, y la población carcelaria seguía disminuyendo.

Fuente: Para más información véase, por ejemplo, Kittipong Kittayarak, *Diversion Programs for Drug Addicts, Restorative Justice and New Community-based Treatment Measures in Thailand*, documento presentado en la 19ª Conferencia Internacional de la Sociedad Internacional para la Reforma del Derecho Penal, celebrada en Edimburgo, Escocia, del 26 al 30 de junio de 2005 (<http://www.isrcl.org/Papers/2005/kittayarak.pdf>). Véase también la página web del Departamento de Prisiones (www.correction.go.th).

1.3 ¿Quién debe preparar la estrategia de medidas sustitutivas del encarcelamiento?

Un reto particular es asegurarse de que se dispone de una estrategia coherente para preparar medidas sustitutivas del encarcelamiento. Legisladores, funcionarios judiciales, abogados y administradores, todos tienen un papel que desempeñar. Deben trabajar al unísono. No tiene sentido, por ejemplo, presionar a los tribunales para que utilicen las medidas sustitutivas del encarcelamiento en sus sentencias si no hay una ley que permita imponer tales medidas sustitutivas y no se dispone de una estructura administrativa que permita aplicarlas.

El liderazgo político es fundamental; no se puede dejar las alternativas a la cárcel en manos solo de “expertos”. Las organizaciones no gubernamentales pueden contribuir a que estas cuestiones se mantengan en la agenda política.

También es muy importante la participación de la comunidad. Los miembros de la comunidad pueden ayudar de muchas formas a aplicar medidas sustitutivas del encarcelamiento de carácter comunitario sin poner en peligro los derechos de los delincuentes. La participación de los miembros de la comunidad ofrece la ventaja adicional de que éstos pueden sentir las ventajas de mantener fuera de la cárcel a cuantas personas sea posible y pueden hacerse así más propicios a las medidas sustitutivas del encarcelamiento en general.

Este manual ayuda a aclarar qué puede esperarse de estos distintos actores en cada nivel.

1.4 Dificultades potenciales

Las medidas sustitutivas del encarcelamiento, aunque comparativamente sean baratas y eficaces, pueden significar en sí mismas un trato inhumano y degradante para los delincuentes y, por consiguiente, ser básicamente inaceptables⁴. En otros casos pueden no suponer un menoscabo inherente de la dignidad humana, pero seguir siendo inaceptables si se aplican de forma inadecuada. Las medidas sustitutivas pueden ser problemáticas no solo para los delincuentes. Por ejemplo, pueden no prestar suficiente atención a las preocupaciones de las víctimas del delito o a los legítimos intereses de otros miembros de la

⁴Dirk van Zyl Smit, “Legal standards and the limits of community sanctions” (1993), 1 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, págs. 309 a 331.

sociedad. Para ayudar a evitar estos errores potenciales, en el presente manual se indican las posibles fuentes de problemas en cada nivel.

Un segundo peligro es que las iniciativas que se aprueben para aplicar medidas sustitutivas del encarcelamiento tengan por resultado no una disminución de la población reclusa sino la adopción de medidas adicionales contra unos sospechosos y delincuentes que en caso contrario no estarían sometidos en absoluto al control del sistema de justicia penal. (A veces se hace referencia a esta situación describiéndola como una “ampliación de la red”.) En el manual se hace hincapié en la importancia que tiene prevenir la ampliación del control social por esta vía. Los programas destinados a reducir la población carcelaria han de ser cuidadosamente diseñados para asegurarse de que tienen el efecto previsto y evitar involuntariamente la ampliación de la red de control social.

1.5 El papel de las Naciones Unidas

Dado que el encarcelamiento representa una restricción, cuando no una violación, de algunos derechos humanos fundamentales de los reclusos no cabe sorprenderse de que algunos importantes tratados de las Naciones Unidas limiten cuidadosamente las circunstancias que lo justifican. El más importante de estos tratados multilaterales probablemente sea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Otros instrumentos multilaterales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establecen límites estrictos al encarcelamiento de grupos específicos de reclusos potenciales.

Desde mediados de los años 50, las Naciones Unidas han elaborado y promovido reglas y normas para estimular el desarrollo de sistemas de justicia penal que cumplan la normativa básica sobre los derechos humanos. Estas reglas y normas representan una visión colectiva de la forma en que debe estructurarse un sistema de justicia penal. Aunque no son vinculantes, han ayudado a promover considerablemente unos sistemas de justicia penal y unas medidas más eficaces. Los países utilizan estas reglas y normas como marco para realizar unas evaluaciones en profundidad que abran paso a las reformas necesarias, y para impulsar éstas. También han ayudado a los países a elaborar estrategias subregionales y regionales. A escala global e internacional, definen las “prácticas óptimas” y ayudan a los países a adaptarlas a sus necesidades específicas.

Las más antiguas, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos⁵, se limitan únicamente al encarcelamiento.

⁵Resolución 663C(XXIV) del Consejo Económico y Social, de 31 de julio de 1957; documentos E/3048 (1957) y 2076(LXII) (1957) de las Naciones Unidas.

Aunque el encarcelamiento haya seguido siendo un aspecto importante de las reglas y normas, el abanico de instrumentos se ha ampliado y hoy abarca todos los aspectos del sistema de justicia penal y prevención del delito. Las reglas y normas abarcan actualmente una gran variedad de cuestiones, como la justicia de menores, el tratamiento del delincuente, la cooperación internacional, la buena gestión pública, la protección de las víctimas y la violencia contra la mujer.

En lo que respecta a las medidas sustitutivas del encarcelamiento, tienen particular importancia las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), aprobadas en 1986⁶. Uno de los objetivos fundamentales de estas Reglas es reducir la aplicación de penas de prisión⁷. Las propuestas concretas de las Reglas de Tokio con respecto a las medidas sustitutivas del encarcelamiento constituyen la base de las políticas reduccionistas de la justicia penal. El desarrollo de medidas no privativas de la libertad se suma a la petición a los Estados de “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”⁸. Al mismo tiempo, cuando las Reglas establecen sus objetivos fundamentales reconocen que los Estados deben disponer de considerable flexibilidad para decidir cómo las aplican⁹. Los Estados, subrayan, “se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito”¹⁰. (Para más información sobre las Reglas de Tokio véase el recuadro *infra*.)

Las Reglas de Tokio no son el único instrumento de las Naciones Unidas directamente aplicable a las medidas sustitutivas del encarcelamiento. Aparte de ellas cabe mencionar los siguientes instrumentos:

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹¹;
- Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal¹².

También se ha prestado una considerable atención a las medidas sustitutivas del encarcelamiento en algunas áreas especializadas:

- Menores: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)¹³;

⁶Documento A/RES/45/110 de las Naciones Unidas.

⁷Regla 1.5.

⁸Ibíd.

⁹Regla 1.3.

¹⁰Regla 1.4.

¹¹Documento A/RES/40/34 de las Naciones Unidas.

¹²Aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 24 de julio de 2002; documento E/2002/99 de las Naciones Unidas.

¹³Documento A/RES/40/33 de las Naciones Unidas.

- Consumidores de drogas: Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas¹⁴;
- Enfermos mentales: Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales¹⁵; y
- Mujeres: Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En el capítulo 6 se examinan con más detalle todos estos instrumentos.

Las Reglas de Tokio

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) fueron debatidas por primera vez en el Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal y aprobadas posteriormente por la Asamblea General (resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990).

Las Reglas contienen una serie de recomendaciones que reflejan las opiniones de juristas académicos, expertos y profesionales. Subrayan que el encarcelamiento se debe considerar el último recurso y alientan la promoción de medidas no privativas de la libertad teniendo debidamente en cuenta el logro de un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad. Las Reglas plantean una amplia gama de medidas no privativas de la libertad en las distintas etapas de los procedimientos penales. También contienen normas relativas a la aplicación de estas medidas no privativas de la libertad, la contratación y capacitación del personal, la participación del público y de voluntarios, la investigación, la planificación, la formulación de políticas y la evaluación, por lo que constituyen un marco normativo general para impulsar las medidas sustitutivas del encarcelamiento.

Además, las Naciones Unidas han publicado guías prácticas. Por ejemplo, el *Criminal Justice Assessment Toolkit* contiene una sección dedicada a las medidas sustitutivas del encarcelamiento, *Alternatives to Incarceration*, así como otra sección dedicada a cuestiones transversales, *Juvenile Justice*. Además, en otros manuales, como el *Handbook on Victims*, se aborda de pasada la cuestión de las medidas sustitutivas del encarcelamiento.

El presente manual toma como base todas estas fuentes de las Naciones Unidas así como las prácticas óptimas regionales e internacionales, a fin de servir de fundamento para la asistencia técnica sobre la mejor forma de introducir y mantener medidas sustitutivas del encarcelamiento.

¹⁴Documento A/RES/S-20/3 de las Naciones Unidas.

¹⁵Principio 7.1 de los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental. Resolución de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1991, documento A/RES/46/119 de las Naciones Unidas.

2. Limitación del ámbito del sistema de justicia penal

2.1 Despenalización

La primera pregunta es: ¿la inclusión de determinados tipos de conducta en el ámbito del sistema de justicia penal es necesaria?

Dado que los sistemas de justicia penal son los principales consumidores de los recursos carcelarios de todo el mundo, la primera cuestión a plantearse cuando se aborda el tema de las penas de prisión es si determinados tipos de conducta deben ser incluidos en el ámbito de estos sistemas de justicia penal. No siempre es necesario considerar que cualquier conducta socialmente indeseable es un delito. Se denomina despenalización el proceso de modificar las leyes para que una conducta antes definida como delito deje de serlo.

Son varias las sociedades que han despenalizado el vagabundeo en todo o en parte, reduciendo así considerablemente la tasa de personas en las cárceles. En algunos países, delitos todavía menos conocidos, como la destilación ilícita de licores, pueden dar lugar a un número desproporcionado de reclusos. En estos casos, la despenalización de esos comportamientos y su exclusión de las leyes penales no tiene ninguna repercusión negativa en la seguridad pública.

Las autoridades también tienen que adoptar medidas para asegurarse de que la despenalización no deriva por vías indirectas en el mantenimiento del recurso al encarcelamiento. Aunque una conducta haya sido totalmente despenalizada existe el riesgo de que los funcionarios de policía sigan arrestando a los “culpables” antes de entregarlos a las autoridades médicas o de asistencia social.

En el recuadro que figura a continuación se expone un ejemplo de posibles consecuencias indeseadas de la despenalización:

Consecuencias indeseadas de la despenalización

Varios países han despenalizado en los últimos años la embriaguez pública. Esto debería traducirse en que los borrachos que antes hubieran sido detenidos a la espera de juicio ahora son remitidos a los organismos de asistencia social.

Australia decidió que el porcentaje de aborígenes en la población carcelaria era excesivamente elevado y que el sistema debía resolver esta situación despenalizando la embriaguez pública, delito por el que se detenía con frecuencia a miembros de este grupo de población. Sin embargo, el número de detenciones relacionadas con la embriaguez pública aumentó después de la despenalización. ¿Por qué? Antes de entregar a un organismo de asistencia social a una persona encontrada en estado de embriaguez en público, las autoridades podían ahora arrestarla con mayor libertad que en el pasado porque no tenían que preparar su procesamiento.*

*R. Sarre, *An Overview of the Theory of Diversion: Notes for Correctional Policy Makers*, documento presentado en la Conferencia sobre prácticas óptimas de intervención correccional en el seno de la población indígena, convocada por el Instituto Australiano de Criminología en Adelaida, del 13 al 15 de octubre de 1999.

2.2 Desviación hacia otros ámbitos

Cuando las autoridades adoptan una estrategia de desviación hacia otros ámbitos de las personas que podrían ser sometidas a juicio dentro del sistema de justicia penal pretenden resolver estos casos de una forma distinta. En la práctica, la desviación hacia otros ámbitos ya se produce por la vía de hecho, sin necesidad de estrategias específicas. Los sistemas de justicia penal normalmente solo procesan un pequeño porcentaje de los delitos cometidos en cada país. Si los países investigaran, enjuiciaran y sentenciaran a todos los delincuentes, los distintos elementos del sistema, incluidas las cárceles, pronto se verían desbordados. En consecuencia, la policía y los fiscales, que son quienes introducen a los delincuentes en el sistema, tienen que hacer uso de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir contra quién se adoptan medidas y a quiénes se ignora.

La principal cuestión en cualquier sistema de justicia penal es cómo estructurar este margen de capacidad discrecional. Los miembros de los servicios policiales necesitan unas instrucciones claras que les permitan saber cuándo pueden limitarse a un aviso sin tomar otras medidas, cuándo pueden desviar a los delincuentes que cumplan ciertos requisitos hacia programas alternativos sin remitir el caso a las autoridades fiscales y cuándo tienen que denunciar los supuestos delitos a dichas autoridades fiscales. Igualmente, los fiscales necesitan unas

directrices claras. Tanto los policías como los fiscales han de tener en cuenta las opiniones de las víctimas de los supuestos delitos, aunque éstas no tengan derecho de veto frente a las medidas del Estado en la esfera de la justicia penal.

Las estrategias de justicia restaurativa, que constituyen el objeto de otro manual de las Naciones Unidas, pueden desempeñar un papel fundamental en las decisiones sobre la desviación de personas hacia otros ámbitos. Si los mecanismos al uso permiten la solución de litigios por vías restaurativas, pueden también promover el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento. El recurso a la mediación, y a medios alternativos de solución de litigios en reuniones con los infractores, las víctimas y miembros de la comunidad para resolver asuntos que de otro modo darían origen a sanciones penales, abre la posibilidad de desviar hacia otros ámbitos algunos casos que hubieran dado lugar a un encarcelamiento antes y después del juicio y a una condena.

La mediación de la comunidad desvía casos hacia otros ámbitos

El sistema jurídico de Bangladesh es extremadamente formal, complejo, urbano, lento y caro. Por consiguiente, muchos bangladeshíes, en particular los pobres, analfabetos y desaventajados que viven en zonas rurales, han tenido dificultades para ejercer sus derechos a través del sistema de justicia formal. Cuando se plantea un conflicto y no existen medios para resolverlo dentro de la comunidad, puede darse el caso de que asuntos relativamente menores suban de tono y lleguen a convertirse en litigios en los que interviene un comportamiento penal.

Para mejorar la situación, la Asociación Madaripur de Asistencia Jurídica se fijó en un sistema tradicional de mediación y solución de litigios en el Bangladesh rural. Según este sistema, los litigantes se reunían con miembros de la comunidad y ancianos para lograr su mediación en los conflictos. La Asociación acordó revitalizar y reformar el sistema, que había caído en el descrédito, basándose en los principios de equidad, igualdad y no discriminación.

En 1999-2000, donantes y organismos de asistencia formaron, en colaboración, a 1.500 miembros de comités de mediación. Para asegurarse de que los comités de mediación respetarán las normas internacionales sobre derechos humanos y mantendrán un nivel elevado de profesionalidad en la mediación en los litigios, la Asociación ofrece anualmente varias sesiones de capacitación.

En 2001-2002, la Asociación tramitó 7.175 solicitudes de mediación. De ellas, 4.711, es decir, el 66%, se resolvieron amistosamente, el 26% fueron retiradas o seguían pendientes a final de año y el 8% se remitieron al sistema formal. La mediación tuvo éxito en asuntos tales como matrimonios y divorcios, dotes, propiedad de la tierra y litigios financieros.

Fuente: Alternative Dispute Resolution: Community-based mediation as an auxiliary to formal justice in Bangladesh: the Madaripur Model of Mediation (MMM). Reforma Penal Internacional, 2003.

El problema que plantea determinar qué delitos deben investigarse y a quién se debe procesar es especialmente agudo en los Estados en los que un nuevo gobierno elegido democráticamente sustituye a un régimen represivo, cuyos miembros es posible que hayan cometido una amplia gama de delitos graves con impunidad. Algunos de estos delitos pueden constituir graves violaciones de las normas internacionales sobre derechos humanos, que todos los Estados tienen el deber de perseguir. Por otro lado, es posible que esté fuera del alcance del nuevo gobierno investigar todos los delitos que cometió el gobierno predecesor.

Una solución es crear una comisión de la verdad que investigue los abusos anteriores en términos generales. En algunos casos, estas comisiones se han combinado con amnistías condicionales, que pueden concederse a delincuentes que incluso no hayan sido condenados por ningún delito. Estos delincuentes son obligados, sin embargo, a hacer una confesión completa y pública de sus delitos para poder acogerse a la amnistía. Esta amnistía significa que no serán procesados. Sin embargo, su confesión significa que los delitos que cometieron no son ignorados, como sucedería si la inmunidad frente a los jueces se concediera sin requerirse una reacción por parte de los beneficiarios de ella.

Las amnistías condicionales de este tipo son una forma radical de desviación hacia otros ámbitos. No deben confundirse con las amnistías generales, que no encuentran apoyo en los instrumentos internacionales¹⁶. Aunque no dejen de suscitar controversia, constituyen una solución de compromiso que puede utilizarse en el período posterior a un cambio de régimen.

2.3 ¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la participación de las siguientes personas y grupos:

Los **legisladores** han de estar dispuestos a enmendar la legislación para despenalizar ciertos tipos de conducta.

Los **grupos de divulgación pública** y las **organizaciones no gubernamentales** pueden promover litigios en defensa del interés público cuando se plantee un caso adecuado, contribuyendo así a poner en marcha la reforma legislativa de los códigos penales vigentes. Estos grupos pueden impulsar eficazmente el cambio porque representan tanto la defensa de los derechos humanos de las personas cuya conducta está penalizada como la defensa del interés de la comunidad en general en que mejore el sistema de justicia penal.

¹⁶2005/81.

Los **redactores de las leyes** y las **comisiones de reforma legal** han de asegurarse de que no se añaden a la legislación general disposiciones penales innecesarias. Las comisiones nacionales de reforma legal deben mantener bajo su continuo escrutinio los códigos penales y señalar a la atención de las autoridades políticas las disposiciones penales frente a tipos de conducta que se pueden controlar de forma igual o más eficaz por otras vías. En estos casos, los órganos legislativos deben derogar esas disposiciones penales y aprobar una legislación que permita la adopción de medidas sustitutivas.

La **policía** y las **autoridades fiscales** deben encabezar la desviación de sospechosos hacia otros ámbitos distintos del sistema de justicia penal. Cuando la desviación se vincula con la mediación o incluso con procedimientos formales de justicia restaurativa se necesita una estructura administrativa independiente que facilite estos procedimientos y que puede estar a cargo del Estado o de organizaciones no gubernamentales que colaboren con las dependencias de la justicia penal.

3. Etapas anteriores al juicio, a la sentencia y a la sentencia en apelación

3.1 Observaciones generales

A pesar de las estrategias de despenalización y desviación hacia otros ámbitos, algunas personas acusadas de delitos son procesadas y enjuiciadas formalmente. Las autoridades tienen que decidir si detienen a los acusados antes y durante su juicio. La regla 6.1 de las Reglas de Tokio establece claramente el principio aplicable:

“En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”¹⁷.

La detención de personas cuya inocencia se presume constituye una violación especialmente grave del derecho a la libertad. La cuestión de la justificación de esa detención es muy importante. La regla 6.1 es algo vaga a este respecto y sus cláusulas son incompletas, pero el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la refuerza al ofrecer orientaciones sobre los afectados por un procedimiento penal que no han sido todavía enjuiciados o sentenciados. El artículo 9.3 del Pacto establece que:

¹⁷Regla 6.1. Sin cursivas en el original. La práctica de los Estados en esta esfera es diferente. En algunos Estados no se considera que un recluso está sentenciado mientras no se hayan agotado todas las posibilidades de apelación. En otros Estados se considera que los reclusos están sentenciados una vez que se ha dictado sentencia en primera instancia. A los efectos de este capítulo, se considera que todos los reclusos que no son tratados como reclusos sentenciados se encuentran sometidos a una forma de detención “preventiva”.

“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”

La utilización de la detención preventiva como forma preliminar de castigo nunca es aceptable.

Además, el artículo 14.3 del Pacto estipula que las personas acusadas de un delito tendrán derecho a ser juzgadas sin dilaciones indebidas. La exigencia de un enjuiciamiento rápido reduce el período de detención preventiva al mínimo. Además, las personas acusadas de un delito sólo pueden ser detenidas antes del juicio si hay una sospecha razonable de que efectivamente han cometido ese delito y si las autoridades tienen motivos importantes para creer que, de ser liberadas, se fugarían o cometerían un delito grave, o interferirían en el curso de la justicia. El sistema de justicia penal debe recurrir a la detención preventiva únicamente si no pueden adoptarse medidas sustitutivas que den respuesta a las preocupaciones que justifican el recurso a ese tipo de detención.

La decisión sobre las medidas sustitutivas de la detención preventiva debe adoptarse lo antes posible. Si la decisión es mantener a una persona en detención preventiva, el detenido ha de poder apelar frente a esa decisión ante un tribunal u otra autoridad independiente con competencia sobre el asunto¹⁸.

Las autoridades tienen también que revisar periódicamente la decisión inicial de mantener detenido al acusado. Esta revisión es importante por dos motivos. Primero, las condiciones que inicialmente hicieron necesaria la detención pueden haber cambiado y pueden posibilitar el recurso a una medida sustitutiva que garantice que la persona acusada comparecerá ante el tribunal cuando sea requerido.

Segundo, cuanto más largo sea el retraso injustificado en el enjuiciamiento de un detenido, más sólida será la demanda de éste de que se le libere e incluso de que se sobresean los cargos penales contra él. La decisión de mantener detenida a una persona acusada a la espera de juicio se basa fundamentalmente en una búsqueda del equilibrio entre los distintos intereses. El sospechoso tiene derecho a la libertad, pero una combinación de circunstancias como la descrita anteriormente puede significar que la administración de justicia exija su sacrificio temporal. Cuanto más tiempo esté detenido el sospechoso, mayor será el sacrificio de ese derecho fundamental. El órgano que se encargue de la revisión de las detenciones, en aplicación de las garantías constitucionales o legales de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad y a un juicio sin demoras, puede decidir que el

¹⁸Regla 6.2.

mantenimiento de la detención ya no está justificado y ordenar la liberación del detenido o que el caso sea totalmente sobreseído.

En muchos países sigue habiendo un número inaceptable de reclusos que se encuentran a la espera de juicio y sentencia. Una forma muy eficaz de reducir este número es asegurarse de que se respeta en la práctica su derecho a un juicio sin demoras, derecho que está garantizado por varios instrumentos internacionales. ¿Cuál es la mejor forma de lograr este resultado?

Es posible que los países necesiten revisar el procedimiento judicial para conseguir que el sistema funcione con mayor eficacia. Por ejemplo, la pronta información sobre el contenido del sumario del caso, por ejemplo, puede eliminar muchos retrasos.

La celebración de los juicios sin demoras depende de la colaboración entre los distintos organismos. La policía y los servicios fiscales han de comunicarse entre sí en la primera etapa del procedimiento penal que lo permita. En los sistemas en los que haya jueces instructores de los sumarios, éstos tienen también que intervenir en la primera etapa del procedimiento que lo permita. La facilidad de las relaciones administrativas permite avanzar mucho, pero es posible que los países necesiten también modificar la normativa del procedimiento penal para eliminar situaciones de parálisis.

Por último, el control judicial del procedimiento de la justicia penal permite que los jueces garanticen el derecho a un juicio sin demoras aplicando estrictamente las normas de procedimiento. El aplazamiento de los juicios para seguir investigando o las largas demoras en el enjuiciamiento de los acusados deben ser la excepción cuando el sospechoso o la persona acusada estén detenidos de forma preventiva.

3.2 Alternativas a la detención preventiva

Hasta el momento hemos centrado la atención en evitar las detenciones preventivas innecesarias sin que se plantee necesariamente la adopción de otra medida en su lugar. En muchos casos, sin embargo, para evitar la detención preventiva es necesario que ésta sea sustituida por otras medidas alternativas. Estas medidas garantizarían que las personas acusadas comparecerán ante el tribunal y se abstendrán de cualquier actividad que pueda interferir en el procedimiento judicial. La medida sustitutiva del encarcelamiento que se elija ha de garantizar el efecto deseado interfiriendo mínimamente en la libertad del sospechoso o acusado, cuya inocencia ha de presumirse en esta etapa.

Quienes deciden sobre la imposición o mantenimiento de la detención preventiva tienen que disponer de una gama de alternativas. La regla 6.2 de las Reglas de Tokio menciona la necesidad de que puedan aplicarse medidas sustitutivas de la prisión preventiva, pero ni en esas Reglas ni en el comentario oficial se explica en qué consisten esas medidas sustitutivas.

Entre las posibles alternativas cabe mencionar la liberación de una persona acusada ordenándole que haga una o más de las siguientes cosas:

- comparecer ante un tribunal en un día concreto o según lo que ordene el tribunal en el futuro;
- abstenerse de: interferir en el curso de la justicia, incurrir en una conducta determinada, ir, o no ir, a determinados lugares o zonas, o aproximarse a determinadas personas o reunirse con ellas;
- permanecer en una dirección concreta;
- presentarse diariamente o de forma periódica ante un tribunal, la policía u otra autoridad;
- entregar el pasaporte u otros documentos de identificación;
- aceptar la supervisión de un organismo designado por el tribunal;
- someterse a vigilancia electrónica; o
- entregar fondos u otros tipos de propiedad como garantía de que comparecerá ante el juez en el momento del juicio, o que mantendrá una conducta determinada mientras éste no se celebre.

3.3 Cuestiones a tener en cuenta cuando se apliquen medidas sustitutivas de la detención preventiva

Las medidas sustitutivas de la detención preventiva restringen en mayor o menor medida la libertad del acusado. Esta restricción aumenta cuando las autoridades imponen simultáneamente varias medidas sustitutivas. Los responsables de las decisiones han de sopesar cuidadosamente las ventajas y desventajas de cada medida para establecer la forma de intervención más adecuada y menos restrictiva que sirva como medida sustitutiva eficaz del encarcelamiento.

En aquellos casos en que una persona sea conocida en su comunidad, tenga un trabajo y una familia que sostener y haya cometido por primera vez un delito las autoridades deben considerar la posibilidad de dejarla en libertad incondicional con cargos. En todos los casos en los que el delito no sea grave debe considerarse esta posibilidad de libertad incondicional, a veces denominada también libertad bajo palabra,

situación en la que el acusado promete comparecer ante el juez según la orden que reciba (y, en algunas jurisdicciones, obedecer todas las leyes). En ocasiones, el juez puede fijar una suma monetaria que solo habrá de pagarse si determina que el acusado ha incumplido lo que en algunas jurisdicciones se denomina un “compromiso personal sin garantía” al no comparecer ante el juez o cometer un nuevo delito mientras sigue viviendo en su comunidad a la espera de juicio. En otros casos podrá proponerse la libertad a la espera de juicio añadiéndose algunos requisitos. Los jueces pueden exigir al acusado, un pariente o un amigo que constituya un depósito de dinero o de propiedades que sirva de garantía de que el acusado tiene un interés económico en cumplir las condiciones que se le hayan impuesto en lo que respecta a su comparecencia ante el juez y a su comportamiento concreto. Este tipo de garantía da origen a una sanción inmediata si el acusado no respeta las condiciones establecidas para evitar su detención a la espera de juicio: el dinero o las propiedades que se hayan depositado en garantía serán confiscados por el Estado.

En muchos países, esta garantía adopta la forma de *fianza* monetaria, o dinero que el acusado entrega en depósito a un juez como garantía de que respetará las condiciones fijadas para su liberación a la espera de juicio. Son posibles algunas variantes. Por ejemplo, el acusado no siempre estará obligado a entregar en depósito al juez (o en algunos casos a la policía) una suma física de dinero ya que puede bastar con un aval o una garantía de que él mismo, o alguien en su nombre, entregará la suma si se le pide que lo haga.

Las autoridades deben asegurarse de que el acusado puede cumplir las condiciones que se fijen. En caso contrario es probable que éste vuelva a la situación de detención preventiva. Cuando se evalúen los distintos requisitos que podrían imponerse deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- El requisito de comparecer ante el juez según lo previsto puede parecer a primera vista un requisito mínimo. Aun así, las autoridades deben asegurarse de que el número de comparecencias ante el juez exigidas no es excesivo y de que las audiencias previstas tienen sentido porque permiten avanzar en el enjuiciamiento del caso. Las demoras prolongadas en la finalización de los casos son inaceptables aunque el acusado no esté en situación de detención preventiva.
- Aunque los países de *common law* en concreto hagan un uso muy amplio de las fianzas monetarias como condición para la liberación, cabe alegar que la medida es injustamente discriminatoria con las personas que carecen de medios. Los acusados en buena situación económica pueden depositar las fianzas con mayor facilidad que los pobres. Los jueces pueden contribuir a reducir al

mínimo esta posible falta de equidad fijando el monto de las fianzas de una forma realista y proporcionada con los medios de que disponga la persona acusada cuando esta fianza se considere necesaria para garantizar su comparecencia para ser juzgada. En la práctica, sin embargo, los jueces tienden a fijar la cuantía de la fianza en función de la gravedad del delito, de forma que quienes se enfrentan a una posible condena a un período largo de encarcelamiento pueden verse obligados a depositar una fianza mayor de la que podrían reunir. La consecuencia es que el juez puede decidir que un acusado quede en libertad a condición de que deposite una fianza pero que, en la práctica, esa persona siga en la cárcel al no poder depositar la garantía estipulada aunque su cuantía parezca modesta, si excede de los medios de que dispone el acusado. Por esta vía se vacía de contenido la decisión del juez de que, en principio, no es necesario que se mantenga al acusado en régimen de prisión preventiva.

- Las órdenes judiciales que limitan determinadas actividades del acusado pueden impedir eficazmente que se materialicen algunas amenazas concretas que el acusado plantea a la comunidad. Sin embargo, también pueden dificultar las actividades legítimas de éste. Por ejemplo, una orden judicial de que el acusado no incurra en determinados tipos de conducta o se mantenga alejado de un determinado lugar o distrito puede dificultar o imposibilitar que esa persona trabaje mientras espera la celebración del juicio. Las autoridades deben evitar esas restricciones todo lo posible o definir las de la forma más precisa que se pueda. En caso necesario, las autoridades deben buscar la forma de compensar al acusado por la merma de su capacidad de ganarse la vida.
- El requisito de entregar documentos de identidad, como el pasaporte, es un mecanismo eficaz para impedir la huída de un acusado. Este requisito puede tener consecuencias no queridas. Las autoridades deben considerar si el acusado necesita esos documentos para trabajar, retirar dinero o relacionarse con la burocracia estatal. En algunos países, los jueces pueden ordenar que el abogado defensor del acusado se haga cargo de esos documentos, con autorización para permitir su uso adecuado.
- La supervisión directa en el seno de la comunidad por un organismo designado judicialmente permite a las autoridades un control considerable del acusado, pero es una medida sustitutiva del encarcelamiento intrusiva que limita en gran medida su libertad e intimidad. La supervisión directa es además cara ya que el organismo que se encarga de ella tiene que prestar un servicio que exige un uso intensivo de recursos.

- La vigilancia electrónica es otro medio que puede utilizarse para comprobar el cumplimiento de otras medidas. Por ejemplo, permite determinar si una persona está obedeciendo una orden de permanecer en una determinada dirección o mantenerse alejada de una zona determinada. Sin embargo, es una medida relativamente intrusiva que exige un desarrollo tecnológico considerable y que puede dar origen a impugnaciones legales de su funcionamiento adecuado en caso de que la información que suministre sobre posibles infracciones de las órdenes constituya la base de la revocación de la libertad a la espera de juicio.
- Por último, la suma de unas demoras importantes en la realización de los juicios y la falta de comprensión pública de las libertades a la espera de juicio y de la presunción de inocencia como derechos fundamentales pueden dar lugar, en los países en desarrollo y en general en todos los países, a la idea falsa de que un acusado se ha “salido con la suya” y quedará sin castigo. Desgraciadamente ello ha inducido a algunas comunidades a tomarse la justicia por su mano cuando un acusado ha quedado en libertad a la espera de juicio, a veces con resultados mortales. Además de la solución rápida y consecuente de los casos penales pendientes es fundamental la educación pública sobre las libertades a la espera de juicio y la presunción de inocencia para promover la seguridad dentro de la comunidad.

La libertad a la espera de juicio en América Latina

Algunos países latinoamericanos permiten la libertad bajo palabra de los acusados. Pero, aunque esta medida pueda adoptarse en teoría, las libertades condicionales garantizadas con un depósito de dinero u otro tipo de propiedad se utilizan con mucha mayor frecuencia. Por eso, una gran parte, a veces incluso la mayoría absoluta, de todas las personas encarceladas son personas detenidas a la espera de juicio que no pueden cumplir las condiciones que se les imponen para su excarcelación. Esta población se puede reducir si se examina cuidadosamente cada caso individual para determinar quiénes reúnen las condiciones para obtener la libertad bajo palabra a la espera de juicio.* Estudios empíricos realizados en Costa Rica sugieren que para tener éxito en la utilización de esta medida es necesario que los jueces tengan un rápido acceso a una información general sobre el acusado, fijen unas fechas razonables para los juicios, y mantengan un estrecho y continuo contacto con el acusado y, de ser posible, con sus parientes.**

*Elias Carranza, Nicholas J. O. Liverpool y Luis Rodríguez-Manzanera, “Alternatives to Imprisonment in Latin America and the Caribbean” en Zvekic (ed.) op. cit., págs. 384 a 438.

**Elias Carranza, Mario Houwed y Luis Paulino Mora “Release on Personal Recognizance in Costa Rica: An experimental Research Study” en Zvekic (ed.) op. cit., págs. 439 a 462.

3.4 Necesidades de infraestructura para poder adoptar medidas alternativas a la detención en espera de juicio

Con frecuencia se debate en abstracto sobre las ventajas y desventajas de las distintas alternativas a la detención en espera de juicio, como si la autoridad decisora pudiera optar libremente entre distintas posibilidades. Sin embargo, para que las alternativas funcionen adecuadamente el Estado tiene que crear primero el marco adecuado. En el caso de algunas alternativas, el Estado solo necesita una autorización legal formal de su uso; en otros casos, tendrá que crear una infraestructura más elaborada.

Un número limitado de alternativas a la detención preventiva solo exige la existencia de un marco legislativo adecuado. De existir tal marco, la autoridad puede dejar en libertad a un acusado a la espera de juicio si éste se compromete a comparecer ante el juez. Tampoco se necesitan mecanismos de supervisión si la condición que se impone es que el acusado no interfiera en el curso de la justicia, no realice determinados actos, no salga de determinados lugares o zonas, o no entre en ellos, no se encuentre con personas concretas o permanezca en una dirección determinada.

En la mayoría de los casos, sin embargo, la autoridad que adopta la decisión de dejar libre a una persona en su comunidad querrá asegurarse de que existen mecanismos que permiten asegurar el cumplimiento de las condiciones establecidas. Estos mecanismos ayudan también a tranquilizar y proteger a las víctimas del delito. Cada una de las siguientes condiciones para la libertad del acusado necesita algún tipo de infraestructura:

- Para presentarse ante una autoridad pública es necesario que ésta, por ejemplo, la policía o el juez, sea accesible en fechas y horas razonables para el acusado y de que exista una estructura administrativa capaz de registrar esas presentaciones con fiabilidad.
- Para entregar documentos de identidad se necesita también una burocracia cuidadosa que garantice que esos documentos se custodian con seguridad y se devuelven al acusado cuando las circunstancias dejen de justificar su retención.
- Para una supervisión directa se necesita que haya una entidad que pueda encargarse de ella.
- Para una vigilancia electrónica se necesita una inversión considerable en tecnología y en la infraestructura de apoyo.
- Para el depósito de fianzas monetarias se requieren mecanismos muy elaborados de decisión que permitan determinar el nivel adecuado de la fianza, y una burocracia capaz de recibir y salvaguardar los depósitos en efectivo.

3.5 ¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la intervención de las personas y grupos siguientes:

Los **funcionarios policiales** normalmente son quienes establecen el primer contacto con los sospechosos. Tienen el deber particular de acortar cualquier detención lo máximo posible. Si realizan las investigaciones con rapidez pueden conseguir que se reduzca al mínimo el tiempo durante el cual los sospechosos y las personas a la espera de juicio están encarcelados.

Las **autoridades fiscales** también tienen un papel importante que desempeñar para asegurar la rapidez de los juicios y reducir así al mínimo las detenciones preventivas. Actúan como vínculo entre la policía y los jueces, lo que las sitúa en una posición fundamental para acelerar los procedimientos o demandar, si procede, el uso de medidas sustitutivas de la detención preventiva.

Los **abogados defensores** tienen la obligación de actuar con vigor en nombre de sus clientes y proteger los derechos de éstos, lo que incluye su libertad a la espera de juicio y la pronta finalización de las investigaciones y de las actuaciones penales que resulten de ellas. Cuando no pueda disponerse con facilidad de abogados defensores plenamente calificados para representar a los sospechosos y los acusados de delitos, puede desempeñar esta función personal paralegal.

Los **jueces** han de promover el reconocimiento del derecho de los acusados a la presunción de inocencia; que la detención preventiva sea la excepción más que la norma; y que, cuando se ordene la detención, se revise la situación de los acusados y sospechosos detenidos; por último, que la realización de los juicios penales y las actuaciones correspondientes sea rápida, como exige la ley.

La **administración** tiene un papel fundamental en la creación tanto de una infraestructura que posibilite la utilización de medidas adecuadas de sustitución de la detención preventiva como un sistema de tramitación de los casos que cuente con recursos suficientes para el procesamiento motivado y sin demoras de los casos penales.

4. Las sentencias y las penas sustitutivas del encarcelamiento

4.1 Las sentencias

*Cuestiones clave al pronunciar sentencia:
¿Es absolutamente necesario el encarcelamiento?
¿Qué pena mínima de cárcel bastará?*

Las sentencias contra delincuentes son la causa más frecuente y deliberada de la presencia de reclusos en las cárceles. El principio rector fundamental que debe aplicarse si se quiere reducir la población reclusa es el de moderación, es decir, la imposición de penas de prisión lo menos posible, tanto en número como en duración. Es necesario examinar con cuidado cada caso para determinar si se requiere una sentencia de cárcel y, si se considera que el encarcelamiento es necesario, es preciso imponer la pena de prisión mínima que permita cumplir los objetivos de la sentencia.

El centro de atención, sin embargo, no debe ser únicamente modificar las prácticas de los jueces al pronunciar sentencia. Muchos sistemas penales operan en un marco legal que impone unas penas mínimas de encarcelamiento obligatorias para determinados delitos sin otra consideración de las circunstancias de cada caso. Como primer paso para reducir el recurso al encarcelamiento los reformadores deben revisar el marco legal de las sentencias. No solo se debe alentar a los jueces a considerar medidas sustitutivas del encarcelamiento sino que éstos deben disponer de la facultad legal de hacer uso de un margen de discrecionalidad al pronunciar sentencia, y de la capacidad para considerar las alternativas a la cárcel previstas en las leyes. Algunas reformas legislativas concretas pueden reducir también el número de reclusos. Por ejemplo, la existencia de una disposición legal que obligue a tener

en cuenta en las condenas el tiempo que el delincuente haya pasado en detención preventiva podría promover una reducción general de las penas de cárcel. En el recuadro que figura a continuación se explica un ejemplo práctico de revisión de la legislación.

Legislación sobre las medidas sustitutivas

En Kazajstán, un grupo de trabajo encargado de examinar las medidas sustitutivas del encarcelamiento, facilitado por Reforma Penal Internacional, permitió reunir a representantes de todos los departamentos gubernamentales competentes y de organizaciones no gubernamentales para formular propuestas de modificación de la legislación penal. Las recomendaciones del grupo tuvieron una influencia importante en una nueva ley que entró en vigor el 21 de diciembre de 2002 y que incrementa el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento, racionaliza las políticas de sentencia y suaviza los requisitos para obtener con prontitud la libertad condicional, entre otras medidas.

Los servicios de prisiones, reconociendo la necesidad de apoyo público a la reforma penal para que tuviera éxito, llevaron a cabo una campaña masiva de difusión pública de los efectos nocivos del encarcelamiento y de los beneficios de las medidas sustitutivas.

La reforma redujo la población reclusa e incrementó el recurso a penas no privativas de la libertad. Cabe señalar además que durante el período en que se recurrió menos al encarcelamiento (desde 2002), la tasa de delincuencia disminuyó también notablemente, llegando en 2005 a ser inferior a la de 2000.

La base legislativa para adoptar medidas sustitutivas del encarcelamiento y otro tipo de medidas que tienen por finalidad reducir la población reclusa propiciará, como mínimo, una estabilización de esa población en los años siguientes, logro importante cuando las cifras de reclusos aumentan en muchos países del mundo.

El recurso moderado al encarcelamiento puede lograrse si los jueces imponen penas no privativas de la libertad. A continuación examinaremos en detalle estas penas sustitutivas y a continuación centraremos la atención en el papel potencial de estas medidas en el proceso de pronunciamiento de las sentencias. Es importante señalar que las sentencias no privativas de la libertad deben ser *alternativas* al encarcelamiento, más que penas *adicionales* que se imponen a personas que desde el primer momento no hubieran tenido que ser condenadas a una pena de cárcel. Este principio está claramente enunciado en las Reglas de Tokio: “Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención¹⁹.”

“Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.”

—Reglas de Tokio

¹⁹Regla 2.6.

4.2 Posibles alternativas a las penas de prisión

Las medidas sustitutivas del encarcelamiento, como este mismo y otras formas de condena, no pueden ser crueles, inhumanas o degradantes. Aunque en sí mismas no lo sean, las medidas sustitutivas pueden violar reglas y normas de derechos humanos si se utilizan de forma inadecuada. Además, con independencia de los motivos por los que se impone una medida sustitutiva concreta, debe reconocerse que el delincuente que recibe esa condena la considerará punitiva.

¿Qué componente punitivo aceptable puede tener una sentencia que apruebe una medida sustitutiva del encarcelamiento? Un filósofo penal ha sugerido que las sanciones comunitarias, que constituyen un porcentaje importante de esas medidas sustitutivas, deben “ser de un tipo que pueda soportarse con entereza por una persona de fortaleza razonable”²⁰. Desde un punto de vista general, hay un punto de partida claro. Por ejemplo, deben excluirse los castigos corporales porque representan un ataque directo contra la salud y/o bienestar del delincuente. También deben excluirse las sanciones que, aunque no constituyan una amenaza para la integridad física del delincuente, no obstante lo humillen. Las Reglas de Tokio establecen que “[l]a dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento”²¹. Esta regla se complementa con otra disposición que protege el derecho a la intimidad tanto del delincuente como de su familia durante la aplicación de medidas no privativas de la libertad²².

El encarcelamiento tiene un componente punitivo evidente: la pérdida de la libertad. El componente punitivo de las sanciones alternativas puede no ser identificable con tanta facilidad, sobre todo si la condena alternativa no está claramente definida en el marco legal. Cuando un juez impone una sentencia de servicios comunitarios sin más precisión, y delega en otra entidad el alcance y las condiciones de esos servicios, dicha sentencia no será precisa ni previsible, contradiciendo así los principios básicos del estado de derecho. En las Reglas de Tokio se reconoce el peligro de las sentencias arbitrarias y se exige en términos perentorios que: “La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley²³.” La regla limita la facultad de los jueces de crear e imponer lo que se conoce como sentencias individualizadas, es decir, condenas singularizadas a penas no privativas de la libertad que no se basen en un marco penal preestablecido.

²⁰A. von Hirsch, “The Ethics of Community-Based Sanctions” (1990) 36, *Crime and Delinquency*, págs. 163 a 173.

²¹Regla 3.9.

²²Regla 3.11.

²³Regla 3.1.

La definición legal de las condenas a penas sustitutivas del encarcelamiento ayuda también a evitar los excesos en sentencias que de otro modo serían aceptables. Si la ley prevé algún tipo de trabajo comunitario como condena no privativa de la libertad debe también exigir que el juez determine el número total de las horas que han de trabajarse y, si el poder judicial no ha aprobado un protocolo adecuado (que cumpla las reglas y normas sobre derechos humanos), debe también limitar el número máximo de horas de trabajo que puede exigirse a una persona sometida a una condena de este tipo por día y semana. El juez debe estipular también de forma precisa, y comunicar con claridad, las condiciones que han de cumplir los delincuentes individuales²⁴. Como otras penas sustitutivas, el servicio comunitario exige también el consentimiento formal del delincuente al que se le impone.

En las Reglas de Tokio se enumera una amplia gama de disposiciones distintas del encarcelamiento que pueden adoptarse en la etapa de la sentencia y que, si están claramente definidas y aplicadas correctamente, tienen un componente punitivo aceptable:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculadas por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes²⁵.

Las Reglas de Tokio enumeran estas medidas sustitutivas que pueden adoptarse en las sentencias pero no describen su contenido ni dicen nada sobre las estructuras administrativas necesarias para aplicarlas como medidas realistas de sustitución del encarcelamiento, una de las cuales, y no la menos importante, es que el proceso de decisión sea apoyado por los principales interesados en el sistema de justicia penal

²⁴Reglas 12.1 y 12.2.

²⁵Regla 8.2.

y por el público en general. En la sección 4.3 *infra* se examinan con mayor detalle estas sentencias a medidas sustitutivas, examinándose en la sección 4.4, que sigue a la anterior, el marco general de apoyo administrativo e infraestructura que se necesita para aplicar medidas sustitutivas de forma fácil y accesible.

4.3 Sentencias concretas a penas no privativas de la libertad

La terminología que se utiliza en este manual se adapta a la utilizada en las Reglas de Tokio para describir el contenido de las medidas sustitutivas del encarcelamiento y los correspondientes requisitos administrativos debido a que la utilizada para describir dichas medidas varía mucho en todo el mundo. Sin embargo, también pueden ser aceptables otros términos, y otras medidas no privativas de la libertad, si sus componentes punitivos cumplen las normas sobre la dignidad humana y el estado de derecho antes examinadas.

Entre estas medidas cabe mencionar las siguientes:

- a) **Sanciones verbales**, como amonestaciones, reprensiones, advertencias o sobreseimientos sin condiciones acompañados de una sanción verbal, formal o informal, son algunas de las medidas más suaves que un juez puede adoptar tras constatar la existencia de un delito o de culpabilidad legal. Si existe un marco legal adecuado, este tipo de sentencias se pueden imponer sin más complicaciones. Aunque formalmente se trate de sanciones, en la práctica tienen el efecto de establecer que el sistema de justicia penal deja de interesarse por el asunto. No requieren ninguna infraestructura administrativa.
- b) Las **libertades condicionales** son también fáciles de dictar. Sin embargo, es posible que las autoridades necesiten disponer de algún mecanismo comunitario para asegurarse de que se cumplen las condiciones que establezca el juez cuando libere al detenido sin imponerle otra pena. Si las autoridades encomiendan a las fuerzas de policía esta responsabilidad, deben reconocer la carga administrativa adicional que representa.
- c) Las **penas privativas de derechos o inhabilitaciones** niegan al delincuente algunos derechos concretos dentro de la comunidad. Las penas de este tipo, por ejemplo, pueden impedir que una persona condenada por fraude ocupe un puesto de confianza como abogado o director de una empresa. También puede impedir que un doctor condenado por una mala práctica profesional siga ejerciendo la medicina.

Las penas privativas de derechos o inhabilitaciones deben relacionarse con el delito cometido y no imponer a los reos restricciones que no tengan relación con ese delito.

A primera vista, las penas privativas de derechos o inhabilitaciones son también una medida sustitutiva del encarcelamiento menos cara que éste. El juez puede imponerlas con facilidad si dispone de la información pertinente sobre la situación jurídica del reo. Sin embargo, pueden tener costes ocultos. Por ejemplo, pueden impedir que el delincuente se gane la vida y, si no es fácil encontrar otra persona con su preparación, es posible que toda la comunidad sufra las consecuencias de prohibirle el ejercicio de su profesión.

- d) Las **sanciones económicas** figuran entre las medidas más eficaces para mantener a muchos delincuentes fuera de la cárcel. Las multas parecen también relativamente fáciles de utilizar, pero su imposición y ejecución requiere un cierto nivel de apoyo administrativo.

Algunos creen que si se establecen unas multas fijas para cada delito concreto se evita responder a difíciles preguntas sobre la cuantía que deben tener en cada caso concreto. No obstante, las multas fijas castigan al pobre con mucha mayor dureza que al rico. Por tanto, los jueces deben reservar las multas fijas para los delitos relativamente menores, para los que por lo general no se considera el encarcelamiento, o para aquellas situaciones en las que puede presuponerse que todos los culpables disponen de algunos ingresos que les permitirán pagarlas. Las multas por exceso de velocidad, cuya cuantía se relaciona directamente con el porcentaje en que se ha superado el límite, son ejemplos de esta situación.

Búsqueda de la igualdad en las multas: cálculo de las multas por día de ingresos

Una forma más elaborada de relacionar las multas con la capacidad de pagarlas de los culpables es establecer un sistema de cálculo en función del ingreso diario (a lo que se denomina a veces como "multas unitarias"). De acuerdo con esta fórmula, la gravedad del delito se expresa primero en términos de número de "días" o "unidades". A continuación se determina el ingreso medio diario del culpable o su renta media diaria. La multa real se calcula multiplicando el número de días (unidades) por el ingreso o la renta media diaria del culpable.*

*Hans Thornstedt, "The Day-Fine System in Sweden", 1975 *Criminal Law Review*, págs. 307 a 312; Gary M. Friedman, "The West German Day-Fine System: A Possibility for the United States" (1983), *University of Chicago Law Review* 50, págs. 281 a 304; Tapio Lappi-Seppälä, "Public Perceptions of the Dayfine System; An evaluation of the 1999 dayfine reform" *JFT* 3-4/2004.

En otros casos, la exigencia de igualdad requiere que se intente garantizar que la multa se relaciona también con los ingresos del delincuente de forma que represente un “mordisco penal” igual. Con frecuencia el juez puede lograrlo indagando sobre los ingresos del delincuente y ajustando a continuación la multa, al alza o a la baja, según proceda. Sin embargo, este método solo puede establecer una equivalencia aproximada entre los delincuentes porque sus medios financieros son distintos. En el recuadro que figura a continuación se ofrece un ejemplo de cómo abordar esta situación.

Para administrar un sistema de multas se necesita que el sistema judicial cuente con una burocracia anexa relativamente compleja. Esta burocracia tiene que encargarse del cobro de las multas y de la transferencia al Estado de las cantidades recaudadas. Una vigilancia inadecuada abre un terreno fértil para la corrupción. Además, para que un sistema de multas por ingresos diarios funcione equitativamente, la burocracia tiene que disponer de una forma exacta de determinar cuáles son los ingresos de los culpables. Si un Estado tiene un sistema fiscal que genere datos fiables sobre los ingresos individuales y si la ley permite que los jueces utilicen esos datos, el problema no se planteará. Sin embargo, en muchos países es difícil obtener una información exacta sobre los ingresos personales sin un esfuerzo y unos gastos considerables.

Quienes no paguen sus multas no deben enfrentarse al encarcelamiento automático. Las autoridades deben examinar otras posibles soluciones para hacer frente a quienes no paguen las multas. Por ejemplo, pueden hacer trabajos comunitarios o el Estado puede ofrecerles trabajo de forma que puedan pagar sus multas con los ingresos que obtengan con ello.

- e) En las Reglas de Tokio se menciona la **incautación o confiscación** como tipo de sanción que puede establecer una sentencia. Sin embargo, en muchas jurisdicciones no se considera que una medida de este tipo sea en absoluto una sentencia impuesta por un juez sino sencillamente una consecuencia que deriva de un delito. En algunas jurisdicciones, los mecanismos de incautación o confiscación pueden quedar fuera de la jurisdicción de los jueces penales. Sea como sea, el marco legal puede establecer que las autoridades confisquen los beneficios del delito y que, tras la liquidación de los activos no monetarios, se entregue el dinero al Estado. Sin embargo, para que las órdenes de incautación o confiscación se ejecuten de forma equitativa es necesario que los jueces dispongan de pruebas detalladas de que una suma concreta de dinero que se encuentre en posesión de un delincuente es el producto del delito y no un ingreso legítimo procedente de otras fuentes.

Las órdenes de incautación o confiscación tienen que establecer una estrecha relación con el delito, pues de no ser así pueden ser problemáticas. De hecho, la incautación o confiscación de bienes es comparable sobre todo a una multa pagada en especie y no en dinero. Para que una orden de incautación o confiscación sea proporcional con el delito cometido se necesita una investigación cuidadosa similar a la que ha de hacerse cuando se impone una multa calculada por días de ingresos (véase *supra*). El esfuerzo que supone evaluar la situación material del delincuente es similar, pero tiene la carga añadida de hacerse cargo de los bienes o propiedades del delincuente que fueron incautados o confiscados.

- f) Los **mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización** se confunden en alguna medida con las multas ya que, desde la perspectiva del delincuente, se trata de sanciones económicas. También generan problemas similares para determinar una cuantía proporcional con la capacidad de pago del delincuente. En el recuadro que figura a continuación se presenta un ejemplo práctico de indemnización.

La tradición favorece la indemnización

Estudios realizados en Nigeria y otros países africanos muestran que hay una larga tradición de pagar una indemnización a las víctimas en lugar de castigar de otro modo incluso los delitos más graves. Con frecuencia esa indemnización se paga al margen del procedimiento jurídico formal y no se invoca en absoluto la legislación penal. Esto sucede en parte porque la legislación penal no es lo bastante flexible para reconocer la necesidad de indemnización. Se requieren disposiciones adicionales que amparen estas órdenes, que también deben ayudar a evitar que se produzca la situación de que un delincuente compre a título privado su escapatoria de la asunción pública de responsabilidad por sus delitos.*

*Adedokun A. Adeyemi, "Personal Reparation in Africa: Nigeria and Gambia" en Zvekic (ed.) op. cit., págs. 53 a 66.

Desde una perspectiva más amplia, la restitución y la indemnización cumplen otros objetivos importantes de la justicia penal. Los expertos reconocen que las disposiciones en favor de las víctimas son un objetivo importante de la justicia penal. A este respecto, tiene particular importancia la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que establece que, cuando proceda, los delincuentes deben resarcir a las víctimas, sus familiares o las

personas a su cargo²⁶. Este resarcimiento, según explica la Declaración, “comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos”²⁷.

En las Reglas de Tokio no se definen las órdenes judiciales de indemnización; sin embargo, las órdenes de este tipo pueden dictarse con objeto de resarcir a la víctima, en particular si en la sentencia se ordena un pago a un fondo de compensación de las víctimas gestionado por el Estado. De ese modo, se garantiza el resarcimiento de la víctima sin tener que esperar a que el delincuente cumpla la orden en su totalidad.

En el *Handbook on Justice for Victims* se analiza con detalle el valor general de la restitución e indemnización, indicando que se trata de una sentencia constructiva desde un punto de vista social que ofrece también “el más amplio alcance posible para la rehabilitación”²⁸.

Desde la perspectiva concreta de las medidas sustitutivas del encarcelamiento, el juez ha de prestar una atención cuidadosa a la evaluación de la pérdida sufrida por la víctima cuando imponga su resarcimiento, sea directamente o por medio de un mandamiento formal de indemnización a cuyo cumplimiento haya de contribuir el Estado. Para ello puede actuar de diversas formas. En el *Handbook on Justice for Victims* se sugiere lo siguiente:

En algunas jurisdicciones, el fiscal negocia directamente con el abogado defensor después de haberse probado todas las pérdidas de la víctima. En otros casos, la evaluación de las pérdidas puede hacerla el funcionario encargado de las libertades condicionales como parte de la investigación previa a la sentencia. Al margen de cómo se desarrolle el procedimiento, por lo general se requiere a la víctima que presente recibos u otras pruebas que demuestren las pérdidas reales sufridas. En el Canadá, el Código Penal establece que se puede ordenar el resarcimiento en una sentencia adicional que cubra las pérdidas “fácilmente estimables”²⁹.

En las jurisdicciones que siguen el modelo francés o alemán, la víctima, representada por un abogado como *parti civile* o *Nebenkläger*, ayuda al juez en el juicio. El abogado debe ayudar a aportar la información en que pueda basarse la restitución o indemnización, pero corresponde al juez la última responsabilidad al respecto. Cuando las demandas de indemnización se pueden

²⁶Artículo 8 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

²⁷Artículo 8.

²⁸*Handbook on Justice for Victims*, pág. 47.

²⁹Ibid.

examinar en el curso del propio procedimiento penal se ayuda a las víctimas porque éstas no tendrán que presentar a continuación una demanda civil. Sin embargo, en algunas jurisdicciones existen obstáculos legales que impiden la adopción de esta práctica.

La restitución efectiva a la víctima puede exigir un cierto grado de supervisión por el Estado. En la práctica, el juez que ordene esa restitución puede encontrar difícil supervisar su pago, y necesitará así la intervención de los servicios encargados de las libertades condicionales (véase *infra*) o una burocracia similar que intervenga en la administración de las sentencias. Como medida alternativa, el juez puede estar facultado para recurrir a la comunidad y asegurarse así de que, de hecho, se produce la indemnización según lo ordenado. Sin embargo, han de tomarse precauciones para que las facultades atribuidas a la comunidad para exigir el pago de una indemnización estén estrictamente limitadas.

Para que exista un mecanismo de indemnización a las víctimas, en particular si el Estado es quien se encarga inicialmente de su pago, se necesita una inversión importante en infraestructura administrativa. La forma que ésta adopte variará en función de los sistemas de seguridad social o justicia penal que estén en vigor cuando se introduzca un mecanismo de este tipo. Por ejemplo, es posible que puedan pagarse las indemnizaciones a través de un sistema ya existente. Otros países han considerado más eficaz establecer un fondo independiente de compensación a las víctimas con su propia administración. Este fondo puede unificar los cobros de las multas, las compensaciones pagadas por los delincuentes y las sumas obtenidas de otras fuentes para utilizar todas estas sumas de forma que se garantice el resarcimiento de las víctimas. Un problema a considerar es que los delincuentes son con mucha frecuencia tan pobres que las sumas que pueden aportar son insignificantes. En las sociedades en desarrollo puede resultar poco realista proponer una indemnización adecuada a las víctimas debido a la dificultad de encontrar los recursos adicionales necesarios para ello y pagar la administración del fondo.

- g) Las **suspensiones de las sentencias o las condenas diferidas** son disposiciones que un juez puede adoptar sin gran dificultad. La suspensión durante un determinado plazo del cumplimiento de una sentencia de encarcelamiento pronunciada por un juez a condición de que se cumplan las condiciones fijadas por éste es evidentemente una alternativa atractiva al encarcelamiento. La amenaza de encarcelamiento se formaliza (y el público la oye) y se espera que tenga un efecto disuasorio, pero teóricamente la sentencia no tendrá que cumplirse porque la persona condenada cumplirá las condiciones.

La suspensión de las sentencias o las condenas diferidas generan, sin embargo, algunas obligaciones administrativas nuevas durante la etapa de su aplicación. Si no se cumplen las condiciones establecidas para la suspensión o el diferimiento, ha de disponerse de una estructura administrativa que garantice el cumplimiento de la sentencia suspendida o la condena diferida, lo que incluye la preparación de una audiencia para determinar si efectivamente se han incumplido las condiciones establecidas. Aunque esto último pueda parecer relativamente fácil, es necesario un determinado nivel de desarrollo del procedimiento para dictar una sentencia posterior que sirva de fundamento para revocar la suspensión de la sentencia o la condena diferida. La estructura administrativa ha de adoptar medidas para asegurarse de que, en caso necesario, las sentencias suspendidas anteriores se señalan a la atención del juez, o de que se reanuda el procedimiento anterior que terminó con la suspensión de la sentencia. Sin embargo, el cumplimiento de las sentencias suspendidas no debe producirse automáticamente; las autoridades deben decidir en cada caso si es conveniente el cumplimiento de esa sentencia.

Si las condiciones para la suspensión de la sentencia o el diferimiento de la condena son más complejas, puede ser necesaria toda una burocracia para garantizar que el incumplimiento de las condiciones se señala a la atención del juez para que este pueda decidir si exige el cumplimiento de la sentencia suspendida o dicta la condena que antes había diferido.

- h) El **régimen de prueba y vigilancia judicial** no está definido en las Reglas de Tokio y ni siquiera se considera en el comentario oficial a estas Reglas. Quizá no haya que sorprenderse de ello ya que hay distintas versiones de este régimen. En muchas jurisdicciones tenía históricamente una función casi exclusiva de asistencia social. Someter a un delincuente a un régimen “de prueba” solo significaba que un servicio de atención social prestaría particular atención a las necesidades sociales y de otro tipo de éste. Aunque en muchos países la situación no haya cambiado, en otros el régimen de prueba ha evolucionado y los servicios de asistencia social se han convertido en organismos cuya responsabilidad primaria es asegurarse de que el delincuente cumple los mandamientos del juez sobre lo que tiene o no tiene que hacer para permanecer en la comunidad, en lugar de ser encarcelado. Este régimen de “prueba intensiva”, como a veces se denomina³⁰, puede ser un componente del mandamiento judicial que lo establece y puede ayudar a proteger a las

³⁰N. Morris y M. Tonry, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, Oxford University Press, Nueva York, 1990.

víctimas del delito contra los delincuentes. En otros casos, el mandamiento que establece el régimen de prueba puede remitir a otras disposiciones de la sentencia que han de cumplirse en el seno de la comunidad. A los efectos de este manual, se entenderá que por servicios de vigilancia del régimen de prueba se entiende la entidad gubernamental que facilita información al sistema de justicia penal, en particular en la etapa de la sentencia, y/o que controla si los delincuentes cumplen las condiciones que se les han impuesto en las sentencias que les permiten permanecer en el seno de la comunidad, ayudándoles al mismo tiempo a superar los problemas con que puedan encontrarse.

Sea cual sea el centro de atención del régimen de prueba, un juez no puede ordenar su aplicación sin que exista una infraestructura de servicios adecuada. Los servicios de vigilancia del régimen de prueba han de facilitar al juez la información que necesite. Esta información puede adoptar la forma de los informes de investigación social que se mencionan en las Reglas de Tokio³¹. En estos informes se describe el entorno social del delincuente, se detallan las circunstancias de su vida que permiten comprender mejor por qué cometió el delito y se recomiendan sentencias alternativas al encarcelamiento, como el tratamiento del abuso de sustancias, lo que puede ayudar al delincuente a modificar el comportamiento que provocó el delito. Han de incluir también información sobre el comportamiento probable del delincuente en el seno de la comunidad así como sobre las condiciones o restricciones cuya imposición pueda considerar el juez.

Lo más importante es que los servicios encargados del régimen de prueba estén capacitados para cumplir el mandamiento del juez, disponiendo de los medios necesarios de apoyo al cumplimiento de las condiciones que el juez haya podido imponer, y de supervisión de ese cumplimiento. Entre esas condiciones cabe mencionar algunas disposiciones que afectan a la comunidad, como el resarcimiento de las víctimas, el respeto de las condiciones establecidas para la suspensión de una sentencia o el diferimiento de una condena, e incluso el respeto de las órdenes de realización de trabajos comunitarios o de los arrestos domiciliarios. En las Reglas de Tokio se hace referencia a la vigilancia judicial en el mismo apartado en que se hace referencia al régimen de prueba. Aunque los jueces no puedan encargarse directamente de esa vigilancia, pueden hacer participar a organizaciones comunitarias en el desempeño de esta función.

³¹Regla 7.1 y sección 4.4 *infra*.

- i) La **imposición de servicios a la comunidad** obliga al delincuente a trabajar sin remuneración un determinado número de horas o realizar una labor concreta. Como su título sugiere, este trabajo debe prestar un servicio a la comunidad. Antes de dictar una orden de este tipo, el juez necesita información fiable de que el trabajo puede realizarse con una supervisión adecuada. En el recuadro titulado “Uso de las órdenes judiciales de servicios a la comunidad para combatir la conducción de automóviles bajo los efectos del alcohol” se ofrece un ejemplo práctico de la utilización de las órdenes judiciales de servicios a la comunidad.

Uso de las órdenes judiciales de servicios a la comunidad para combatir la conducción de automóviles bajo los efectos del alcohol

El Departamento de libertades condicionales de Tailandia, en estrecha colaboración con los jueces, realizó con éxito una campaña contra la conducción bajo los efectos del alcohol, que es una causa muy importante de accidentes de tráfico. De acuerdo con esta iniciativa, los conductores bebidos, que normalmente hubieran sido condenados a tres meses de cárcel, son objeto de una sentencia suspendida y puestos en libertad en un régimen de prueba con la obligación de realizar 24 horas de servicios a la comunidad. Las autoridades han seleccionado una serie de servicios comunitarios con el objetivo de sensibilizar a las personas que han conducido bajo los efectos del alcohol con el tipo de daños que pueden causarse a sí mismos o causar a otros. Entre estos servicios se incluye la asistencia a las víctimas de accidentes de tráfico, trabajo en hospitales y colaboración voluntaria con unidades de socorro urgente después de accidentes en la carretera.

El Departamento se esforzó mucho por hacer llegar el mensaje de la campaña al público. Además de anuncios en televisión y concursos de cortometrajes, algunas celebridades que habían sido detenidas por conducir bajo los efectos del alcohol y en régimen de libertad a prueba participaron en la campaña para reducir el número de muertos y heridos durante los días festivos. Estos esfuerzos rindieron otros dividendos adicionales. Recientemente el sondeo ABAC, que realiza una universidad con sede en Bangkok, constató que el 91% de las personas interrogadas se mostró de acuerdo con la idea de que las personas que condujeran bajo los efectos del alcohol debían ser objeto de órdenes judiciales de servicios a la comunidad. A la pregunta de si habían oído hablar del Departamento de libertades condicionales, que antes era la organización menos conocida del sistema de justicia penal, el 83% de los encuestados respondió afirmativamente, lo que constituye un aumento muy acusado frente al 48% que lo habían hecho en una encuesta realizada en octubre de 2000.

Nota: Para más información véase, por ejemplo, “Hospital duty for drink drivers”, en *The Nation*, 11 de marzo de 2005; “Drunk Driving: Bars ought to lay on cars”, en *The Nation*, 10 de abril de 2005 (<http://www.nationmultimedia.com>); “Tough campaign launched against drink driving”, en el *Bangkok Post*, 17 de diciembre de 2004 (<http://www.bangkokpost.com>).

Los servicios a la comunidad exigen una estrecha vigilancia que verifique que el delincuente realiza el trabajo exigido y que no es ni explotado ni obligado a trabajar más de lo exigido o en condiciones inaceptables. En muchas jurisdicciones los servicios del régimen de prueba o los funcionarios que desempeñan funciones equivalentes son los principales responsables del respeto de estos requisitos.

En las Reglas de Tokio³² se destaca la importancia de la participación pública en el cumplimiento de las medidas no privativas de la libertad, y las órdenes judiciales de servicios comunitarios pueden servir de ocasión propicia para contemplar esa participación. Los miembros de la comunidad pueden ofrecer posibilidades de trabajo a los delincuentes; sin embargo, no deben asumir funciones de vigilancia o disciplinarias. Por ejemplo, no debe atribuírseles la decisión final acerca de si el delincuente ha prestado los servicios a la comunidad según se le exigía en la orden judicial, o no, ya que este hecho puede determinar que se adopten nuevas medidas contra él. En el recuadro titulado “Ayuda a las instituciones locales por medio de los servicios a la comunidad” se muestra un ejemplo de ayuda de la sociedad en general a crear oportunidades laborales que sirvan a la comunidad.

Ayuda a las instituciones locales por medio de los servicios a la comunidad

A principios de los años 90, las autoridades de Zimbabwe, que se esforzaban por reducir el hacinamiento en las cárceles y poner coto al incremento continuo de los gastos que suponía mantener una población de reclusos cada vez mayor, realizó una encuesta para obtener un perfil de la población reclusa. La encuesta mostró que un 60% de los reclusos cumplían condenas de seis meses o menos y que más del 80% cumplían condenas de 12 meses o menos, y que muchos cumplían las condenas en la cárcel a pesar de haberseles ofrecido la posibilidad de pagar una multa. Para las autoridades estaba claro que la mayoría de estos reclusos no eran delincuentes graves, que la mayoría no debieron haber sido condenados a penas de cárcel y que Zimbabwe necesitaba que pudieran establecerse otro tipo de condenas alternativas, en particular en el caso de los jóvenes y los delincuentes no reincidentes. El Ministerio de Justicia redactó una legislación, aprobada en 1992, que modificaba el código de procedimiento penal para permitir, entre otras cosas, que los jueces ordenaran la prestación de servicios a la comunidad como medida sustitutiva del encarcelamiento en sus sentencias.

³²Regla 17.

Aunque Zimbabwe no disponía de un servicio de libertades condicionales, se puso en práctica un plan de servicios comunitarios estableciéndose en 1994 una jerarquía de comités nacionales, provinciales y de distrito, de carácter totalmente voluntario y con una dotación de fondos limitada para un personal reducido. Una parte fundamental del éxito del programa hay que atribuirlo a la participación de las comunidades locales a escala de los comités de distrito, en los que los representantes de instituciones locales ofrecen a los delincuentes posibilidades de realizar servicios comunitarios. Al no disponerse de funcionarios encargados del régimen de libertades condicionales, estas instituciones de destino, por ejemplo, clínicas, escuelas u hospitales, piden al juez que envíe delincuentes con órdenes de prestar servicios a la comunidad para que trabajen en ellas. Los delincuentes son sentenciados por los magistrados a realizar un determinado número de horas de servicios a la comunidad basándose en un protocolo que oscila entre 35 horas y un máximo de 420, lo que representa un equivalente aproximado de lo que podría haber sido una sentencia de cárcel de uno a 12 meses. Los oficiales encargados de los servicios a la comunidad vigilan el cumplimiento de la orden judicial y comunican las infracciones al juez. Aproximadamente el 91% de las 18.000 personas condenadas a realizar servicios comunitarios en régimen de prueba durante los cuatro primeros años de vigencia del programa completaron con éxito sus prestaciones, mostrando los resultados iniciales una tasa de reincidencia mucho más baja. El programa cuesta 20 dólares mensuales por persona, una quinta o una sexta parte del costo estimado del encarcelamiento de un delincuente durante un mes.

Debido a su éxito y también, en parte, a que el programa de servicios a la comunidad refleja que estos servicios y el resarcimiento de las víctimas responden a un enfoque más tradicional de la justicia, otros países africanos y de otros continentes han adoptado el modelo de servicios comunitarios de Zimbabwe.*

*Véase "The Zimbabwe Community Service Scheme", Juez Paddington Garwe, texto de su discurso en el Simposio *Beyond Prisons* – Kingston, Ontario, Canadá, marzo de 1998, en Canada Correctional Service website: http://www.csc-scc.gc.ca/text/forum/bprisons/speeches/10_e.shtml; "Community Service in Practice", Reforma Penal Internacional, 1997, en el sitio web de Governance and Social Development Resource Centre: <http://www.gsdrc.org/docs/open/SSAJ27.pdf>

- j) La **remisión a un centro de tratamiento y asistencia**, es decir, unas instalaciones donde el delincuente pasa el día, volviendo a su casa por la noche. Los centros de asistencia y tratamiento, conocidos también como centros de día, pueden permitir una ubicación centralizada de diversas intervenciones terapéuticas. Muchos delincuentes tienen una necesidad considerable de terapia o tratamiento, siendo la drogodependencia el motivo predominante en muchas jurisdicciones. (Véase la sección dedicada a los tribunales especiales para casos de drogas, capítulo 6, sección 6.3, "Grupos especiales, delincuentes

relacionados con drogas”). Un centro de este tipo puede ofrecer otros programas que abarquen toda una gama de tratamientos, desde el control de la ira hasta la capacitación profesional. Es más probable que los delincuentes respondan positivamente a estos programas si su ejecución se desarrolla en el marco de la relativa libertad que ofrecen los centros de asistencia y tratamiento en el seno de las comunidades, y no en una cárcel.

Para que los jueces puedan recurrir a estos centros de tratamiento y asistencia es preciso suponer que en una jurisdicción se ha invertido lo suficiente en la infraestructura que permite ofrecer la gama de programas que se determine que son necesarios. Los jueces necesitan ser informados periódicamente sobre lo que ofrecen estos centros, si los programas disponen de plazas vacantes, tienen completa su capacidad de admisión o tienen lista de espera, así como sobre lo que puede obtenerse en una comunidad concreta, y que esta información esté actualizada. Por último, para obligar a un delincuente concreto a asistir a un centro los jueces necesitan disponer de información particular sobre éste y sobre sus necesidades, para lo que puede ser necesaria una evaluación médica y/o psicológica además de una investigación del historial social del delincuente. (Véase más adelante el apartado dedicado a los informes de investigación social.)

- k)* El **arresto domiciliario** es una sentencia relativamente dura, pero sigue siendo menos intrusiva que el encarcelamiento. El domicilio de los delincuentes varía enormemente. En algunos países muchos viven en las calles, otros en condiciones de enorme hacinamiento. Si se impone un arresto domiciliario durante las 24 horas del día, se impondrá una carga intolerable a las numerosas personas que comparten el domicilio con el delincuente. También significará que el domicilio del delincuente se convertirá en su cárcel, con la salvedad de que, a diferencia de lo que sucede cuando está recluido, será responsable de satisfacer sus propias necesidades básicas. Los distintos medios de vigilancia electrónica, que posteriormente se examinan, pueden aumentar la opresión del arresto domiciliario.

Para evitar excesos, el juez puede limitar las horas de arresto domiciliario. De este modo se puede permitir, por ejemplo, que un delincuente mantenga un empleo remunerado durante el día mientras queda confinado a su casa durante la noche. Si dispone de suficiente información, el juez debe estar en condiciones de distinguir cuáles son los casos en los que se puede imponer un arresto domiciliario sin alterar demasiado la vida de los demás habitantes de la misma casa. También podrá individualizar las medidas de vigilancia de forma consecuente.

- l) Las Reglas de Tokio permiten **otros tipos de tratamiento que no entrañen reclusión**. Las Reglas de Tokio ofrecen a los Estados flexibilidad para desarrollar nuevas formas de tratamiento sin reclusión o reverdecer alternativas consuetudinarias que han caído en desuso. Estas alternativas no deben infringir las normas fundamentales sobre derechos humanos. También deben estar claramente articuladas en la legislación.
- m) **Alguna combinación de las sanciones precedentes**, que es una indicación de sentido común de que el juez no ha de limitarse a una sola disposición. En la práctica, los jueces establecen una lista de condiciones que puede combinar más de una de las categorías antes señaladas. El principio más importante es que el efecto punitivo total no sea excesivo.

4.4 Necesidades de infraestructura para poder dictar sentencias con penas sustitutivas del encarcelamiento

Para que los jueces puedan elegir entre las distintas posibilidades tienen que disponer de una cantidad considerable de información. A este fin, las Reglas de Tokio hacen referencia concretamente a los “informes de investigación social”³³, que deberán ponerse a disposición de los jueces³⁴. En las Reglas se hace referencia a los informes oficiales formales de “un funcionario u organismo competente y autorizado”. La regla 7 estipula que estos informes deben contener información sobre el delincuente y además “recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas”. En muchos países, sin embargo, estos informes formales no se utilizan. Eso no quiere decir que no puedan utilizarse otras fuentes de información para tal fin siempre que cumplan las normas de exactitud y fiabilidad de las pruebas. Además, pueden recibirse recomendaciones de otras fuentes, pero el juez tendrá que valorarlas con el mayor cuidado posible para asegurarse de que son razonables y objetivas.

Por otro lado, la aplicación de algunas medidas alternativas, aunque no todas, exige una infraestructura comunitaria. Esta estructura puede consistir en organismos especializados, como un servicio de vigilancia del régimen de prueba, que pueden desempeñar un papel en varias de las medidas sustitutivas ya examinadas. También pueden utilizarse otras

³³Los informes de investigación social, también conocidos bajo la denominación de informes previos a la sentencia o a la condena, son descripciones del entorno social del delincuente y de las circunstancias de su existencia que ayudan a entender por qué cometieron el delito, y se ponen a disposición de los jueces antes de que dicten sentencia. Estos informes pueden incluir también recomendaciones de condenas sustitutivas.

³⁴Regla 7.1.

infraestructuras oficiales, como la de policía, para las que la atribución de un cierto grado de responsabilidad en el cumplimiento de las sentencias será solo una función más a desempeñar entre otras muchas.

Utilización de dispositivos electrónicos para reducir el número de reclusos

Suecia adoptó en los años 90 el denominado sistema de supervisión intensiva por medios electrónicos (ISEM). A petición del delincuente, las autoridades penales pueden conmutar una sentencia de cárcel hasta de tres meses por una vigilancia electrónica. El número de días bajo vigilancia electrónica es igual al de los días que hubiera pasado en la cárcel el delincuente. Suecia amplió en 2001 este tipo de vigilancia con el fin de adelantar las excarcelaciones; cuatro años más tarde aprobó esta posibilidad de forma permanente. Todos los delincuentes que estén cumpliendo una sentencia de un año y medio de cárcel como mínimo pueden solicitar el cumplimiento de los últimos cuatro meses bajo vigilancia electrónica. En 2005, las autoridades suecas ampliaron también de tres a seis meses el período durante el que puede utilizarse la vigilancia electrónica.

De acuerdo con este programa de vigilancia electrónica, el delincuente está en régimen de arresto domiciliario salvo el tiempo que el servicio de libertades condicionales le concede para mantener su puesto de trabajo, formarse, cuidar su salud o participar en programas terapéuticos. El servicio de libertades condicionales establece un programa detallado. La vigilancia se lleva a cabo principalmente por medio de un dispositivo de señalamiento electrónico. Además, las autoridades visitan el domicilio de la persona sin previo aviso y el reo ha de presentarse ante el servicio de libertades condicionales al menos una vez por semana y participar en los programas que se le asignen.

El número de sentencias a penas de cárcel conmutadas por una vigilancia electrónica aumentó rápidamente en 1998 a unas 4.000 al año. Desde entonces, el número ha disminuido a unas 2.500, lo que se debe fundamentalmente a una nueva combinación de sentencias condicionales y servicios comunitarios, que ha sustituido algunas de las sentencias a penas de cárcel breves.

En términos generales, Suecia ha encontrado la experiencia positiva. Aunque los condenados a vigilancia electrónica y los miembros de su familia consideran que algunas de las restricciones impuestas por el ISEM son penosas y amenazan su integridad personal, también consideran que las restricciones que supone la cárcel son mucho menos atractivas. Como medida correccional, la vigilancia electrónica es considerablemente más barata que la cárcel. También aporta sustanciales ganancias económicas a todas las partes ya que la persona sentenciada normalmente puede seguir desempeñando sus funciones laborales ordinarias.

Fuente: Para más información: Intensiv-övervakning med elektronisk kontroll Brå-rapporter 1999, pág. 4. Electronic tagging in Sweden – Informe de un proyecto piloto ejecutado entre 2001 y 2004. Brå rapporter 2005, pág. 8.

Una novedad actual es el creciente uso de la tecnología para vigilar el cumplimiento de las sentencias en la comunidad. Por ejemplo, puede exigirse a los delincuentes que telefonen periódicamente desde su casa para confirmar así que están cumpliendo una orden de arresto domiciliario. Puede incluso llegar a instalarse un dispositivo en su teléfono para medir si han consumido alcohol cuando llaman.

La vigilancia electrónica se utiliza cada vez más no solo para hacer un seguimiento de personas que están a la espera de juicio, sino también como medio para hacer un seguimiento de las sentencias que se cumplen dentro de la comunidad³⁵. En algunas jurisdicciones, su utilización para desempeñar esta última función ha sido controvertida. En el saldo positivo, se trata de un medio eficaz para hacer un seguimiento de los delincuentes que están cumpliendo sentencia en el seno de la comunidad. También ahorra gastos de personal y evita relaciones potencialmente conflictivas con los delincuentes.

Sin embargo, deben hacerse algunas consideraciones de otro tipo. La tecnología puede ser cara. En sociedades menos desarrolladas quizá no sea posible utilizar la vigilancia electrónica ya que no existe la infraestructura técnica necesaria para ello. En otras sociedades, las dificultades técnicas se traducirán en que será una solución para algunos delincuentes pero no para otros. Esto puede dar lugar a una discriminación injusta. (Lo mismo cabe decir de otras soluciones tecnológicas como las que exigen la utilización de un teléfono fijo, lo que puede discriminar a los delincuentes que no tienen acceso a este tipo de teléfono.)

En cualquier caso, lo deseable sería que la vigilancia fuera realizada por seres humanos y no por máquinas. En muchas sociedades en desarrollo en las que el coste de la mano de obra es bajo puede ser incluso más económico emplear vigilantes que crear y mantener la compleja tecnología necesaria para la vigilancia electrónica. Sobre todo, puede objetarse que la aplicación de un brazalete electrónico a un delincuente es una violación de su intimidad, si no de su dignidad humana, que en sí misma constituye un castigo, y no una simple técnica para garantizar el cumplimiento de otras restricciones. Los avances tecnológicos, por ejemplo, el uso creciente de teléfonos móviles en las labores de vigilancia puede permitir que algunas de estas consideraciones tengan menos peso en el futuro.

³⁵Véase Mike Nellis, "Electronic monitoring and the community supervision of offenders" en Anthony Bottoms, Sue Rex y Gwen Robinson (eds.), *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*, Willan, Cullumpton, 2004, págs. 224 a 247; Annesley K. Schmidt, "Electronic Monitoring in the United States", en Zvekic, op. cit., págs. 363 a 383.

4.5 Elección de alternativas al encarcelamiento en la etapa de la sentencia

En las Reglas de Tokio solo se aborda el objetivo de las sentencias en términos generales. La regla 3.2 establece que: “La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.”

Los jueces pueden hacer uso de las medidas sustitutivas del encarcelamiento de forma que se logren estos objetivos múltiples de la condena, al menos hasta cierto punto. Esta afirmación es aplicable más en concreto a las condenas a penas no privativas de la libertad que tengan un efecto punitivo que pueda considerarse equivalente al que el juez podría intentar conseguir con una pena de cárcel. Quienes subrayan que el objetivo fundamental de la condena es dar a los delincuentes su merecido abordan este problema graduando las penas de acuerdo con su trascendencia penal. Han constatado que el impacto punitivo de algunas penas de cárcel es equivalente al de una gama de penas no privativas de la libertad. (También puede ser equivalente el impacto de medidas no privativas de la libertad diferentes, como las multas importantes por día y un régimen intensivo de libertad condicional.) Normalmente este planteamiento adquiere todo su sentido cuando se trata de delitos de mediana gravedad; por lo general, los delitos muy graves se castigan con la cárcel, mientras que los delitos más leves no. Si el delito es de mediana gravedad se pueden utilizar de forma óptima las penas no privativas de la libertad. Dados los imperativos a que está sometida la búsqueda de alternativas al encarcelamiento, éstas deben imponerse, cuando proceda, como medidas sustitutivas de ese encarcelamiento.

En la práctica, la dificultad estriba en conseguir que todo ello se produzca en toda la medida de lo posible. Un medio para ello es exigir, a través de la legislación, que los jueces impongan penas no privativas de la libertad en todos los casos en que hubieran impuesto unas penas de cárcel breves, es decir, iguales o inferiores a seis meses. Algunos países han utilizado esta estrategia con buenos resultados. Véase el recuadro anterior, titulado “Los servicios a la comunidad como sustitución de las penas cortas de cárcel”, donde se muestra un ejemplo de esa utilización.

Sin embargo, si los jueces no consideran realistas las alternativas no privativas de la libertad disponibles, se corre el peligro de que respondan imponiendo penas de cárcel que escapen al mandato legal: en el ejemplo de legislación antes considerado, una sentencia a ocho meses y un día de cárcel haría que esa iniciativa fuera contraproducente. El

mejor antídoto contra ello es la insistencia constante en el uso moderado del encarcelamiento y la posibilidad de sustituir las penas de cárcel por sentencias alternativas significativas para delitos de mediana gravedad. En el recuadro que figura a continuación se ofrece un ejemplo práctico de pena sustitutiva que ha logrado credibilidad.

Los servicios a la comunidad como sustitución de las penas cortas de cárcel

Durante los años 90 se introdujeron en el sistema penal de Finlandia los servicios a la comunidad, que se ordenan judicialmente si la pena (la real, y no una condena suspendida o diferida) hubiera sido a un máximo de ocho meses de cárcel. A fin de asegurarse de que los servicios a la comunidad se utilizarán realmente en sustitución de las condenas incondicionales de cárcel, se estableció un procedimiento en dos etapas.

Primero, se supone que el juez dicta su sentencia de conformidad con los principios y criterios normales para ello, sin tan siquiera considerar la posibilidad de los servicios comunitarios. Si el resultado es una pena de cárcel incondicional, el juez ha de establecer en su sentencia tanto este hecho como la duración del período de encarcelamiento. A continuación, el juez puede conmutar la pena de cárcel por servicios a la comunidad si se cumplen determinadas condiciones definidas en términos más concretos en la ley.

La duración de los servicios a la comunidad oscila entre 20 y 200 horas. Cuando se conmuta el encarcelamiento por servicios a la comunidad, se considera que un día de prisión es equivalente a una hora de servicios comunitarios. Por tanto, dos meses de condena de cárcel se deben conmutar por unas 60 horas de servicios a la comunidad. Si se incumplen las condiciones establecidas para la prestación de esos servicios a la comunidad, el juez normalmente impondrá una nueva pena incondicional de cárcel.

El propósito de la legislación finlandesa era que los servicios a la comunidad se utilizaran únicamente en caso de que el delincuente hubiera recibido una sentencia de cárcel incondicional, y no ampliar la red para incluir delincuentes que en cualquier caso no hubieran sido condenados a una pena de este nivel. Ese objetivo se logró. Durante los primeros años posteriores a la aprobación legislativa de la nueva sanción, se impusieron unas 3.500 órdenes judiciales de prestación de servicios a la comunidad cada año, en sustitución de un 35% aproximadamente de las penas de cárcel inferiores a ocho meses. Estas cifras coinciden con una reducción de 400 a 500 reclusos (del 10% al 15% de la población reclusa) en cómputo diario. En su momento culminante, el número de sentencias a la prestación de servicios a la comunidad ascendió a 4.000 anuales. Al mismo tiempo, el número de sentencias a penas de cárcel se redujo de 10.000 a 6.000 anuales aproximadamente.

Fuente: Para más información véase Tapio Lappi-Seppälä, "Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal", en *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Michael Tonry y Richard Frase (eds.), Nueva York: Oxford University Press, 2001.

Las multas como alternativa a las penas breves de cárcel

En 1969, Alemania Occidental modificó su código penal para reducir el recurso a medidas privativas de la libertad. Para lograrlo, limitó el uso de las penas a períodos breves de cárcel. Hasta el día de hoy, el actual código penal alemán desalienta firmemente la imposición de penas de cárcel inferiores a seis meses, obligando a los jueces a detallar los motivos por los que imponen penas de este tipo.

Como resultado de ello, los tribunales han recurrido a penas sustitutivas de las condenas a plazos breves de cárcel y, también importante, han aumentado la duración de las penas de cárcel. Tras la aprobación de un sistema de multas calculadas en función de los ingresos diarios, éstas se han convertido en la medida sustitutiva más destacada. El sistema de multas basadas en los ingresos diarios hizo aumentar tanto la cuantía como la credibilidad de las multas como medida alternativa, lo mismo que sucedió en los países escandinavos que desarrollaron originalmente este sistema.

El uso de las multas fue uno de los factores fundamentales que explican la disminución radical de las penas a períodos breves de cárcel que se imponen anualmente. En 1968, los tribunales impusieron un total de 119.000 penas de cárcel inferiores a nueve meses. En 1976, ese número se había reducido a 19.000. En ese mismo período, el uso de las multas aumentó de 360.000 a 490.000. El mayor uso de la suspensión de las sentencias permitió a los tribunales durante los años siguientes mantener estable el número de penas de cárcel a pesar de un rápido aumento de la delincuencia entre finales de los años 60 y principios de los 90.

Fuente: Para más información véase Thomas Weigend, "Sentencing and Punishment in Germany", en *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Michael Tonry y Richard Frase (eds.), Nueva York, Oxford University Press, 2001.

Las prácticas tradicionales pueden servir también de modelo para las penas sustitutivas del encarcelamiento:

Consideración de las alternativas tradicionales: los círculos de sentencia

Los círculos de sentencia se basan en las prácticas tradicionales aborígenes de pacificación y en un proceso de reconciliación, restitución y reparación en el que se atiende a las necesidades de la víctimas y los delincuentes, sus familias y la comunidad. El inicio de los círculos de sentencia se encuentra en varias comunidades del Yukón.

Los participantes (jueces, defensa, acusación, policía, víctima/delincuente y familia, y miembros de la comunidad) se sientan en un círculo dándose la cara. Se mantiene un debate para llegar a un consenso sobre la mejor forma de resolver el caso, centrándose tanto en la necesidad de proteger a la comunidad como en la rehabilitación y castigo del delincuente.

Los círculos de sentencia se centran principalmente en los delincuentes que se declaran culpables. Aunque estos delincuentes pueden cumplir también algún tiempo de condena en la cárcel, hay otras muchas sanciones que pueden adoptarse, como la obligación de realizar servicios comunitarios.

Los círculos de sentencia se diferencian notablemente de los tribunales. Los círculos de sentencia se centran, por ejemplo, en el proceso mismo de formulación de la sentencia, y no en la pena, y ayudan a las partes a dar forma a sus relaciones. Consideran el presente y el futuro, más que el delito ya cometido, y adoptan un punto de vista más amplio y global del comportamiento.

Fuente: C. T. Griffiths, *Canadian Criminal Justice: A Primer*, 3ª edición, publicado por Thomson Nelson (2006).

Dado que el motivo de la consideración de las penas no privativas de la libertad en este manual es generar alternativas reales al encarcelamiento, ha de prestarse también atención a las disposiciones que establecen qué sucede si el delincuente no cumple las condiciones de una pena de ese tipo. Si, por ejemplo, se impone una multa que está fuera del alcance del delincuente y la pena aplicable, si no se paga, es una condena automática de cárcel, la multa no es realmente una medida sustitutiva.

Las sentencias a penas no privativas de la libertad deben ser concebidas de forma tal que se impida este resultado. Por ejemplo, cabe establecer que las multas se puedan pagar a plazos, o bien que las órdenes judiciales de servicios comunitarios permitan alguna flexibilidad con respecto al número de horas que el detenido ha de trabajar cada semana.

Sobre todo, en caso de incumplimiento de los requisitos de la pena no privativa de la libertad, el encarcelamiento no debe ser una pena automática³⁶. Por ejemplo, si un delincuente no cumple totalmente las condiciones previstas en la orden de realización de servicios comunitarios o no restituye a la víctima todo lo que se le ha exigido, deberá celebrarse una audiencia para determinar las causas de tal incumplimiento. Cuando se decida qué nuevas medidas han de adoptarse contra el delincuente, el cumplimiento parcial se ha de considerar proporcionalmente un factor positivo. El resultado no debe ser siempre una pena de cárcel, sino que debe considerarse cuidadosamente la sustitución de la medida no privativa de la libertad original por otra que satisfaga los objetivos previstos cuando se preparó la sentencia original³⁷.

Por último, cuando se considere la aplicación de medidas no privativas de la libertad debe tenerse en cuenta el riesgo continuo de que las medidas previstas como penas sustitutivas del encarcelamiento no se

³⁶Regla 14.1 de las Reglas de Tokio.

³⁷Regla 14.3.

utilicen con tal fin. En efecto, en algunos casos en los que inicialmente no se hubiera considerado seriamente el encarcelamiento, pueden imponerse como penas adicionales, ampliando así la red de control social que se ejerce bajo la jurisdicción del sistema de justicia penal. Habida cuenta del principio de moderación en las sentencias, se trata en general de una evolución indeseada por lo que deben adoptarse medidas para impedirla.

4.6 ¿A quién corresponde actuar?

La intervención de las siguientes personas y grupos es fundamental:

Jueces y tribunales, términos que utilizamos indistintamente en esta sección, son los principales responsables del uso de sentencias a penas sustitutivas del encarcelamiento. Tienen que hacer uso de su capacidad discrecional para imponer esas medidas sustitutivas siempre que sea posible y, cuando el encarcelamiento sea inevitable, para imponer las condenas de cárcel lo más breves que sea posible.

Los **legisladores** han de establecer un marco legislativo para las sentencias que permita las medidas sustitutivas y promueva el uso moderado de las penas de cárcel.

Los **administradores** han de ayudar a crear medidas sustitutivas aceptables. Para que los jueces puedan utilizar algunas alternativas al encarcelamiento se requiere una infraestructura administrativa amplia.

Los **funcionarios del régimen de libertades condicionales** han de actuar con seriedad para transmitir así a los jueces, y al público en general, la seguridad de que las medidas sustitutivas que impongan se cumplirán de forma adecuada.

Los **dirigentes comunitarios** pueden ayudar a persuadir al público de que es conveniente aceptar en su seno a delincuentes que cumplen condena, y alentarlos a colaborar en el cumplimiento de esas sentencias.

Los **voluntarios** pueden también ayudar al cumplimiento de las sentencias de carácter comunitario. Las Reglas de Tokio subrayan este punto con disposiciones relativas a la capacitación de los voluntarios y a su remuneración. También piden su reconocimiento público. Sin embargo, como se indica en el comentario oficial a las Reglas de Tokio: “Debe estar claro que los voluntarios no han de utilizarse para realizar trabajos que deberían estar a cargo de personal profesional plenamente responsable ante la autoridad encargada del cumplimiento de las sentencias³⁸.”

³⁸Comentario a la regla 19 de las Reglas de Tokio.

5. Excarcelaciones anticipadas



5.1 Tipos de excarcelación anticipada

La mayoría de los países del mundo disponen de mecanismos que permiten liberar reclusos antes de que hayan terminado de cumplir totalmente sus penas de cárcel, pero estos mecanismos no siempre se conciben como alternativas al encarcelamiento. Algunos tipos de excarcelación anticipada, como la libertad bajo palabra, se utilizan con poca frecuencia en los países en desarrollo porque faltan los recursos necesarios para ello.

Las excarcelaciones anticipadas tienen una considerable importancia práctica potencial cuando se pretende reducir el número de reclusos y garantizar que se recurre al encarcelamiento lo menos posible.

Las estrategias para permitir la puesta en práctica de estas medidas sustitutivas han de procurar la incorporación de mecanismos de este tipo ya que las excarcelaciones anticipadas tienen una considerable importancia práctica potencial cuando se pretende reducir el número de reclusos y garantizar que se recurre al encarcelamiento lo menos posible. Sin embargo, hay que asegurarse de que no se producen abusos de la facultad de conceder una libertad anticipada.

Las libertades anticipadas pueden ser de diverso tipo. Abarcan desde la suavización del régimen carcelario para permitir que el recluso tenga un contacto limitado con la sociedad aplicándole un régimen de libertad condicional en la comunidad, hasta las libertades anticipadas sin condiciones. De ellos, solo la libertad condicional en la comunidad pretende auténticamente sustituir el encarcelamiento, pero todos apuntan al mismo objetivo general de reducir el recurso al encarcelamiento.

Las Reglas de Tokio abordan también esta cuestión desde un punto de vista muy amplio. En el comentario oficial a las Reglas de Tokio se observa que las disposiciones referentes a la etapa posterior a la sentencia tratan de las “medidas para reducir las penas de cárcel o que ofrecen alternativas a la aplicación de penas de cárcel”³⁹. En la regla 9.2 se enumeran las “medidas posteriores a la sentencia” que deben ponerse a disposición de las autoridades competentes para lograr estos últimos objetivos. Se trata de:

- Permisos y centros de transición;
- Liberación con fines laborales o educativos;
- Distintas formas de libertad condicional;
- La remisión; y
- El indulto.

En términos estrictos, las dos primeras medidas no son totalmente medidas sustitutivas del encarcelamiento. Los reclusos que reciben un permiso, es decir, la salida de la cárcel durante un breve período mientras cumplen condena, o los reclusos que viven en centros de transición antes de ser liberados siguen siendo reclusos a los ojos de la ley y están sometidos a las normas de la disciplina carcelaria. Igualmente, los reclusos a los que se permite salidas temporales de la cárcel para trabajar o con fines educativos no pierden su condición de “recluso”. Sin embargo, todas estas disposiciones siguen siendo valiosas ya que permiten a los reclusos mejorarse, y facilitan su transición hacia la incorporación en la comunidad. Para un ejemplo de reclusos que viven en cárceles abiertas véase el recuadro que figura a continuación.

Como en el caso de las sanciones no privativas de la libertad, las Reglas de Tokio no definen las distintas medidas que enumera en la fase posterior a la sentencia. A continuación se hace un intento de definir con más detalle estas categorías:

Distintas formas de libertad condicional: Los términos “libertad bajo palabra” no siempre se utilizan en los sistemas de justicia penal; por eso quizá sea preferible utilizar los términos “libertad condicional”. Sin embargo, los términos libertad condicional tienen distinto significado en las distintas jurisdicciones. En algunas, la libertad condicional solo supone que el recluso queda en libertad bajo la condición habitual de obedecer todas las leyes y quizá mantenerse en contacto periódico con las autoridades. En otras, la libertad condicional puede estar limitada y suponer solo la liberación de reclusos bajo unas condiciones individualizadas, excluyéndose así las situaciones en las que la única condición que se establece habitualmente es que el delincuente cumpla todas las leyes, y probablemente aquellas también en las que las condiciones se establecen de forma automática.

³⁹Comentario a la regla 9 de las Reglas de Tokio.

Fuera de los muros: prisiones abiertas

En el Estado de Rajastán, en la India, los reclusos de 30 a 46 años que cumplen penas de cárcel pueden pedir su traslado a un campo penitenciario abierto en Sanganer, Jaipur, una vez cumplido un tercio de su condena (incluidas las remisiones de pena), plazo cuya duración se calcula, tratándose de una sentencia a cadena perpetua, en siete años. Además, las autoridades de prisiones han de asegurarse de que los reclusos cumplen los criterios establecidos, entre ellos no padecer enfermedad mental o física, haber demostrado buena conducta en la cárcel y ser residentes en Rajastán. Muchos han cometido asesinatos, aunque los asesinos profesionales están excluidos.

Una vez en el campo penitenciario abierto, los reclusos se construyen su propia vivienda, que habitarán con sus familias, a las que se alienta a reunirse con ellos. Sus hijos van a las escuelas locales. Los reclusos cultivan las parcelas del campo, realizan trabajos públicos, organizan empresas independientes o trabajan para empresarios exteriores. Los reclusos autogobiernan la comunidad del campo, eligiendo para ello un consejo de ancianos, mientras el puñado de funcionarios del campo se centra en facilitar el empleo y otros asuntos, y no tanto en la seguridad. Los reclusos obtienen una remisión de su pena y tras haberla cumplido quedan en libertad. Este modelo está siendo imitado por otros estados de la India y atrayendo el interés de la región.

Fuente: Khusal I. Vibhute, "Open Peno-correctional Institutions in India: A Review of Fifty-five Years", Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, marzo de 2006; "Jailhouse Rocks", en The Telegraph, 5 de septiembre de 2004, Calcuta; "A Village in a Village", en el Deccan Herald, 28 de marzo de 2004, Bangalore.

Sin embargo, en muchas partes del mundo las únicas condiciones que se imponen al delincuente es que no cometa ningún delito nuevo durante el resto de su condena y/o que se presente periódicamente ante las autoridades. Estas condiciones son, por otro lado, las únicas cuyo cumplimiento pueden exigir algunos países de forma realista. Las desventajas de estas condiciones es que no se relacionan expresamente con las necesidades del delincuente individual y es menos probable que le ayuden a hacer el tránsito desde la cárcel a una vida respetuosa con la ley en la comunidad.

Dadas estas diferencias, definiremos la libertad bajo palabra (o libertad condicional) como la liberación de un recluso bajo unas condiciones que se establecen de antemano y que seguirán vigentes, salvo si se modifican, hasta que se haya cumplido la totalidad de la pena.

La libertad condicional puede ser obligatoria, si se obtiene automáticamente después de haber transcurrido un determinado plazo o de haberse cumplido un porcentaje establecido de la pena, o puede ser discrecional, si se necesita una decisión individualizada para dejar en libertad condicional a un recluso. En las jurisdicciones en las que los reclusos tienen que solicitar la libertad condicional para que se considere, debe alentárseles a que lo hagan.

La **remisión**, que es una forma de liberación sin condiciones antes de que se cumpla toda la pena. La remisión normalmente se concede de forma automática una vez que el delincuente ha cumplido una parte establecida de la pena, aunque también puede consistir en la deducción de un tiempo determinado de esa pena. A veces la remisión se hace depender de la buena conducta en la cárcel. Si el recluso no se comporta adecuadamente, o comete una falta disciplinaria, la remisión puede limitarse o suprimirse en todo o en parte.

Nigeria liberará a la mitad de sus reclusos

Según el ministro de Justicia, Sr. Bayo Ojo, serán liberados hasta 25.000 reclusos, entre los que se incluyen los enfermos, los ancianos y los que tienen VIH.

También serán beneficiarios los que hayan permanecido a la espera de juicio más tiempo del que podrían ser condenados a cumplir en la cárcel y los reclusos cuyos expedientes hayan sido extraviados por las autoridades.

Los corresponsales indican que muchas personas tienen que esperar hasta 10 años, con frecuencia en condiciones terribles, para que su asunto llegue a juicio.

Los grupos defensores de los derechos humanos indican que las tasas de fallecimientos de los reclusos, que soportan una situación de hacinamiento y condiciones antihigiénicas, son tan altas que resultan inaceptables.

El Sr. Ojo declaró que: "La cuestión de los reclusos que están a la espera de juicio se ha convertido en un problema endémico en Nigeria ... Las condiciones que se viven en las cárceles son simplemente terribles. Estas condiciones niegan el principio básico del encarcelamiento, que es la rehabilitación".

Actualmente hay en Nigeria 40.444 reclusos en 227 cárceles.

Un 65% de ellos están a la espera de juicio.

El Gobierno construirá seis "centros de transición" que permitirán ofrecer educación y capacitación a los reclusos excarcelados, añadió el Sr. Ojo.

El Sr. Ojo dijo en una conferencia de prensa que "cuando el proceso haya finalizado, esperamos haber reducido el número de reclusos a 15.000 ó 20.000".

Fuente: BBC NEWS: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/4583282.stm>, 2006/01/05 09:59:40 GMT/.

El **indulto** es otra forma de libertad sin condiciones que normalmente significa la liberación del recluso después de haberse dejado sin efecto la sentencia o la pena. Normalmente es un acto de gracia del jefe del Estado. El indulto puede ser de dos tipos. El primero libera al delincuente y deja totalmente sin efecto su sentencia o pena. El segundo tipo, denominado también amnistía, adelanta la fecha de liberación de un delincuente o de un tipo de delincuentes. El jefe del Estado

también puede conceder una amnistía. Sin embargo, esta terminología no está consagrada y las denominaciones indulto y amnistía se utilizan indistintamente.

Algunos países han considerado programas de excarcelación anticipada en gran escala. En el recuadro de la página anterior se ofrece un ejemplo práctico.

5.2 Excarcelación anticipada: problemas y respuestas

Aunque las excarcelaciones anticipadas en cualquiera de sus formas reducen la población de reclusos, suscitan algunas preocupaciones. No todos los tipos de excarcelación anticipada suscitan estas preocupaciones con la misma intensidad.

Preocupación: las excarcelaciones anticipadas socavan la autoridad del tribunal que dictó sentencia, y por tanto la confianza pública, ya que su resultado es que el delincuente cumple una pena distinta de la que se le impuso públicamente.

Las autoridades tienen que dejar claro a todos los interesados que la sentencia incluye la posibilidad de obtener una excarcelación anticipada. Tienen que explicar abiertamente los motivos de esa excarcelación y las condiciones a las que está sometida. Deben explicar estas cuestiones en el momento de la sentencia, cuando la atención pública se centra más en la justicia de la pena. Los delincuentes deben también saber en una etapa anterior qué han de hacer para obtener la excarcelación anticipada y cómo tendrán que comportarse para estar seguros de que no pierden la posibilidad de solicitar esa excarcelación.

Preocupación: las excarcelaciones anticipadas reducen la protección que las sentencias de cárcel ofrecen al público, al menos temporalmente, frente a los delincuentes que están encarcelados.

La gran mayoría de los delincuentes quedan en libertad en algún momento. Una libertad condicional planificada que facilite su integración en la comunidad ofrece al público una protección mayor porque hace menos probable que los antiguos delincuentes sigan manteniendo su comportamiento criminal.

Las restricciones a las que se somete a los delincuentes potencialmente peligrosos después de su liberación en la comunidad pueden ayudar también a tranquilizar al público. Pero para ello se necesita un delicado equilibrio de intereses. Las restricciones que el público puede considerar necesarias quizá no sean las que mejor permitan la reinserción

del delincuente en la sociedad. En concreto, eso es lo que sucede si la duración de las restricciones es mayor que la de la pena impuesta originalmente. Estas restricciones dejan de ser alternativas al encarcelamiento pues son más bien cargas adicionales que se imponen a un delincuente que ya ha cumplido la totalidad de la pena que se le impuso. Si la legislación permite estas nuevas restricciones, los tribunales solo deben imponerlas a delincuentes muy peligrosos y, aun en este caso, solo por el menor tiempo posible.

Preocupación: las excarcelaciones anticipadas no son equitativas con los delincuentes. A veces se conceden o niegan de forma arbitraria.

Las autoridades han de establecer procedimientos que garanticen la equidad de esas decisiones. El enfoque más sencillo es conceder automáticamente la excarcelación anticipada cuando se ha cumplido una determinada parte de la pena. No obstante, de este modo se suprime la capacidad discrecional de las autoridades para evaluar si un delincuente está preparado para su liberación teniendo en cuenta su comportamiento en la cárcel y el peligro que todavía pueda representar para la sociedad en general. En la práctica, y en particular si el recluso está cumpliendo una pena de cárcel breve, puede no ser realista intentar una evaluación, en cuyo caso el recluso debe ser liberado cuando se ha cumplido un período mínimo de cárcel.

Cuando la excarcelación anticipada se condiciona al buen comportamiento en la cárcel es importante que la presencia o ausencia de este comportamiento se determine de forma justa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que una sanción por una falta de disciplina que consistía en la pérdida de una remisión de condena se podía considerar equivalente a una nueva condena de cárcel⁴⁰. Por tanto, el procedimiento disciplinario que produjo este resultado tenía que respetar las normas procesales aplicables en los juicios penales aunque formalmente no se considerase que lo fuera.

Los indultos y las amnistías son particularmente vulnerables a las críticas que inciden en que pueden ser arbitrarias y dar pie a abusos de poder y corrupción. La opinión tradicional es que la facultad de concederlos que ejerce el jefe del Estado no está sujeta a revisión judicial. Así se indica también en las Reglas de Tokio, cuando establecen que “La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, *excepto en el caso del indulto*, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente”⁴¹. Sin embargo, en la legislación administrativa más moderna de algunas jurisdicciones se reconoce que, aunque los jefes de

⁴⁰*Ezeh y Connors c. Reino Unido*, núms. 39665/98 y 40086/98, TEDH, 2003/X (9 de octubre de 2003).

⁴¹Regla 9.3. Sin cursivas en el original.

Estado tengan un margen de discreción muy amplio cuando ejercen estas facultades (prerrogativas), siguen estando obligados por los principios constitucionales que proscriben la arbitrariedad y la discriminación injustificada. Si se infringen estos principios, también pueden ser denunciados ante los tribunales.

¿Qué poderes deben tener los dirigentes para conceder amnistías?

¿Puede decidir un presidente conceder una amnistía general a todas las mujeres reclusas que tienen hijos pequeños, pero no a los hombres que están en la misma situación?

En Sudáfrica, el presidente Nelson Mandela concedió una amnistía de este tipo inmediatamente después de haber llegado al poder en 1994. Su decisión fue impugnada por discriminar injustamente a los hombres. Esta impugnación fue corroborada por el Tribunal Supremo. En apelación, el Tribunal Constitucional confirmó que la Constitución no permitía al presidente discriminar injustamente, ni siquiera cuando ejercía su facultad de indulto. Sin embargo, sostuvo que no era injusto liberar a las mujeres ya que, en la práctica, eran ellas las que asumían las principales cargas del cuidado de sus hijos pequeños.*

Cuando las amnistías generales se utilizan como solución para eliminar el hacinamiento en las cárceles, algunos de los efectos negativos potenciales para la administración de justicia se pueden evitar con una planificación cuidadosa. Por ejemplo, las amnistías no tienen que implicar necesariamente la libertad sin condiciones de los beneficiarios ya que éstos pueden ser sometidos legítimamente a ciertos controles dentro de la comunidad, lo mismo que los reclusos que obtienen una libertad condicional. Sin embargo, las amnistías pueden suponer un gran aumento del número de reclusos sometidos a estos controles.

*Presidente de la República de Sudáfrica y otro c. Hugo, 1997 (1) SACR 567 (CC).

Preocupación: las condiciones fijadas para la excarcelación pueden imponer una carga adicional al recluso condenado que no estaba prevista en el momento de la sentencia, exponiéndole así al peligro de ser castigado dos veces.

Las autoridades han de fijar las condiciones con cuidado. No todas las alternativas al encarcelamiento que son aconsejables en la etapa de la sentencia lo son como condiciones para la excarcelación de reclusos. Por ejemplo, un tribunal no puede dejar en libertad a un recluso a condición de que pague una multa si en la sentencia original no se había impuesto tal multa. Las condiciones que se impongan deben basarse o bien en la conveniencia de ayudar a la reinserción de los reclusos en la sociedad o bien en la de ejercer un control sobre ellos mientras están sometidos a tales condiciones.

No obstante, el delincuente puede considerar que las condiciones para su excarcelación, aunque se impongan para cumplir los objetivos antes indicados, constituyen un castigo adicional. Para aliviar estas preocupaciones, las autoridades deben dar a los reclusos la posibilidad de aceptar, o no, la excarcelación anticipada con las condiciones que se les propongan. Además, las autoridades deben revisar periódicamente estas condiciones para determinar si las restricciones impuestas a la libertad del delincuente siguen siendo necesarias.

5.3 La excarcelación anticipada por motivos humanitarios

Los sistemas establecidos de excarcelación anticipada ofrecen al sistema carcelario alternativas para tratar a los delincuentes que sean particularmente vulnerables a los rigores del encarcelamiento, vulnerabilidad que puede presentarse después de la sentencia inicial.

La concesión de una libertad anticipada a los enfermos terminales encarcelados

En Sudáfrica, para ayudar a la Junta de libertades condicionales, los médicos presentan todos los meses un informe sobre todos los reclusos cuya excarcelación anticipada se esté considerando:

- Para ayudar a las juntas de libertades condicionales a adoptar una decisión, se realiza un examen médico profundo.
- Dos médicos independientes han de examinar al recluso cuya excarcelación anticipada se esté considerando.
- Los asistentes sociales también deben presentar un informe que indique la disponibilidad de servicios para reclusos liberados y servicios de salud.
- En caso de que el recluso sea confiado a otros proveedores de servicios de salud, este habrá de dar su consentimiento informado.
- La rápida identificación de los parientes y de otros proveedores de servicios a reclusos infectados con el VIH/SIDA es importante para facilitar su tratamiento después de la excarcelación. Para ello, se pueden establecer asociaciones con otros proveedores de servicios, incluidas las familias.
- Cada cárcel ha de identificar las estructuras comunitarias que ayudarán al encuadramiento del recluso tras su excarcelación. Deben incluirse los hospicios, los trabajadores sociales y el personal de otro tipo que puedan ayudar a capacitar a los parientes.

Los enfermos terminales son una categoría de reclusos para los que debe considerarse adecuada, si no automática, la excarcelación anticipada. Algunos sistemas de justicia penal disponen de procedimientos especiales

para considerar la libertad condicional acelerada de los enfermos terminales; otros pueden recurrir a indultos especiales. Una vez que se haya establecido que estos reclusos no tienen esperanza de recuperación, el sistema de justicia penal debe excarcelarlos sin demora y adoptar medidas para que sigan recibiendo tratamiento médico en la comunidad. Como es muy improbable que reincidan, los tribunales por lo general no necesitan establecer condiciones estrictas para su excarcelación. En el recuadro titulado “La concesión de una libertad anticipada a los enfermos terminales encarcelados” se expone un ejemplo práctico de directrices para la excarcelación anticipada de enfermos terminales.

Los sistemas de justicia penal deben también considerar la excarcelación de los reclusos muy ancianos por motivos humanitarios, aunque no sean enfermos terminales. Las cárceles no son instituciones adecuadas para las personas de edad. Una dificultad práctica es que los ancianos quizá no dispongan de una red de apoyo a la que puedan recurrir fácilmente cuando vuelvan a la sociedad. El sistema de justicia penal, por consiguiente, debe prestar particular atención a la búsqueda de una acomodación adecuada para ellos cuando sean excarcelados.

5.4 La libertad condicional y la infraestructura administrativa necesaria

Las Reglas de Tokio no detallan las condiciones que pueden establecerse para la excarcelación de reclusos ya sentenciados y, por consiguiente, no ofrecen ninguna orientación sobre las medidas institucionales necesarias para facilitar esta alternativa al encarcelamiento. La recomendación 2003 del Consejo de Europa sobre la libertad condicional ofrece algún punto de apoyo. Sugiere que, además del requisito estándar de que el delincuente no reincida durante el tiempo que le quede para cumplir la pena, se incluyan algunas condiciones individualizadas, como:

- el pago de una indemnización o la restitución a las víctimas;
- aceptar un tratamiento contra el uso indebido de drogas o de alcohol, o contra cualquier otro comportamiento asociado con la comisión del delito y que pueda ser tratado;
- trabajar o realizar cualquier otra actividad ocupacional aprobada, por ejemplo, recibir educación o formación profesional;
- participar en programas de desarrollo personal;
- la prohibición de residir en determinados lugares o de visitarlos⁴².

⁴²Recomendación Rec(2003)22, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la libertad condicional, aprobada el 24 de septiembre de 2003, párr. 8.

La infraestructura necesaria para implementar esas condiciones es semejante a la necesaria para implementar las penas no privativas de la libertad examinadas en las secciones 4.3 y 4.4 del capítulo 4. Un servicio de libertades condicionales puede ayudar a los delincuentes que reciban una libertad condicional a cumplir las condiciones que se les fijen, asegurándose al mismo tiempo de que lo hacen. Los tribunales pueden también utilizar tecnologías electrónicas, con inclusión del uso de dispositivos de localización, para vigilar algunos aspectos de las libertades condicionales, como el requisito de que una persona resida en una dirección determinada o no visite un determinado lugar. Las ventajas y desventajas de la utilización de funcionarios de libertades condicionales y de la vigilancia electrónica como apoyo a las libertades condicionales son iguales que en el caso de las penas no privativas de la libertad.

La comunidad tiene que cooperar para que algunas condiciones para la excarcelación anticipada sean viables. Una preocupación fundamental es encontrar trabajo para los delincuentes que hayan obtenido una libertad condicional. Lo ideal sería que empresarios privados ofrecieran a los delincuentes trabajo similar al que probablemente obtendrán una vez cumplida su pena. También es posible que la comunidad disponga de programas educativos o de formación profesional, y de desarrollo personal, para los delincuentes en libertad condicional. Aunque el Estado no ofrezca directamente trabajo a los delincuentes en libertad condicional, ni tampoco los programas de enseñanza y capacitación que pudieran ser necesarios, le corresponde un papel coordinador fundamental que garantice que las autoridades responsables de las libertades condicionales dispongan de información sobre las disponibilidades.

Para que las decisiones que se adopten sobre las libertades anticipadas sean correctas ha de existir una infraestructura de apoyo. En muchos países estas decisiones son adoptadas por una junta de libertades condicionales, que es un órgano de algún modo vinculado con la autoridad responsable de la ejecución de las sentencias. Esta junta de libertades condicionales debe estar capacitada para formular sus decisiones con independencia. En otros países, la autoridad judicial es quien se encarga de estas decisiones, lo que ayuda a garantizar que son independientes.

Las autoridades reconocen cada vez más que es necesario asegurarse de que las decisiones sobre las libertades anticipadas, sea quien sea quien las formule, se adoptan de forma tal que el procedimiento sea equitativo con el delincuente. Ello quiere decir que la estructura ha de aportar al responsable de las decisiones la información necesaria sobre el recluso, sus proyectos para cuando tenga la libertad anticipada, y las condiciones que pudieran ser conveniente establecer para aprobar la libertad anticipada. Ha de ofrecerse al delincuente la posibilidad de ser oído durante el proceso de adopción de decisiones.

Esa misma infraestructura ha de estar capacitada para modificar las condiciones de la excarcelación. Debe haber un procedimiento establecido, equitativo e imparcial para juzgar los supuestos incumplimientos de las condiciones de la excarcelación, en particular si esos incumplimientos pueden dar lugar a la anulación de la excarcelación anticipada y el retorno a la cárcel. Las autoridades no deben ordenar la anulación de esas excarcelaciones por incumplimientos insignificantes de las condiciones. Al contrario, cuando sea posible, deben modificar esas condiciones. Si consideran que la anulación de la excarcelación es inevitable, deben computar el período cumplido en libertad condicional cuando decidan por cuánto tiempo ha de volver a la cárcel un delincuente.

Por último, es preciso que, como antes se ha indicado, haya un mecanismo de apelación que permita revisar las decisiones relativas a la excarcelación anticipada. De esta revisión pueden encargarse tribunales especiales o el sistema judicial nacional. Con independencia de la forma que adopte esta revisión, el mecanismo ha de permitir una actuación rápida cuando se examine una decisión sobre una excarcelación anticipada que influya sustancialmente en los derechos y deberes del delincuente. En la práctica, esto significa que no se necesitará una revisión judicial cuando se trate de modificaciones menores de las condiciones para la excarcelación; sin embargo, es fundamental la prontitud y eficacia de las revisiones de esas decisiones cuando se aborden los siguientes asuntos: excarcelación, condiciones de la excarcelación, alteración importante de las condiciones de la excarcelación y anulación de la excarcelación.

5.5 ¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la participación de las siguientes personas y grupos.

Los **legisladores** han de establecer un marco procesal que permita las excarcelaciones anticipadas y unos procedimientos de decisión y revisión que permitan su uso.

Las **autoridades de prisiones** son actores fundamentales en el proceso de excarcelación anticipada, salvo si esa excarcelación se produce automáticamente. Presentan candidatos a la excarcelación anticipada a los órganos de decisión competentes y preparan a los reclusos para el caso de que se les conceda.

Los **administradores** han de aportar una infraestructura institucional que permita la imposición de unas condiciones adecuadas para la excarcelación.

Los **funcionarios de libertades condicionales**, o quienes desempeñen una función similar, han de ayudar a los delincuentes. Ellos garantizan que éstos cumplen las condiciones fijadas para su excarcelación. Para hacerlo con eficacia, necesitan colaborar con las autoridades de prisiones en el proceso de excarcelación y asegurarse de que los reclusos están convenientemente preparados para su vida en la comunidad.

También se debe alentar a la **policía** a que desempeñe una función de apoyo en su contacto con los delincuentes que han obtenido una libertad condicional.

Las **organizaciones no gubernamentales** y **el público en general** pueden colaborar ofreciendo trabajo a los reclusos que están en libertad condicional y facilitando su integración en la comunidad.

Los **jefes de estado** adoptan decisiones estratégicas importantes cuando deciden hacer uso de su facultad de indulto y amnistía. Se trata de decisiones de particular importancia cuando el único camino para reducir, o impedir que se produzca, el hacinamiento desmesurado que propicia que en las cárceles haya una situación que ponga en peligro el respeto de los derechos humanos fundamentales es conceder una amnistía masiva.

6. Grupos especiales



6.1 Observaciones generales

Las cárceles están en una situación especialmente mala para ofrecer a estos reclusos los cuidados que necesitan.

En principio, la población reclusa está formada por adultos que esperan juicio por cargos penales o que cumplen sentencias de cárcel, pero también puede incluir adultos con una enfermedad mental, personas adictas a las drogas o niños implicados en delitos o en la delincuencia. Estas personas pueden estar en la cárcel a resultas de un procedimiento formal. Sin embargo, si no es este el caso, su encarcelamiento plantea graves problemas de respeto hacia los derechos humanos. Sea cual sea la situación jurídica de estas personas, las cárceles están en una situación especialmente mala para ofrecer a estos reclusos los cuidados que necesitan. Por consiguiente, este manual se centra en la necesidad urgente de desarrollar alternativas al encarcelamiento de estos grupos especiales de reclusos.

6.2 Niños

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño subraya la urgencia de encontrar alternativas al encarcelamiento de niños al establecer lo siguiente: “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”⁴³. Esta Convención, junto con otros instrumentos

⁴³Artículo 37 b). Sin cursivas en el original.

como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), indica también cómo se puede lograr tal cosa en todas las áreas básicas tratadas en este manual.

La Convención define al niño como una persona menor de 18 años. En otros instrumentos de las Naciones Unidas se utiliza el término “menor”. En este manual se utilizan indistintamente los términos “menor” y “niño”. Muchos de los principios que se examinan en esta sección son aplicables también a los adultos jóvenes mayores de 18 años. Se les deben aplicar siempre que sea posible.

Mantener a los niños fuera del sistema de justicia penal

Los niños que tienen más riesgo de ser encarcelados son los considerados responsables penalmente y sospechosos de haber cometido un delito, o los que han sido condenados por actos que serían delito si hubieran sido cometidos por adultos. La despenalización de estos actos debe reducir de inmediato el número de niños encarcelados. Sin embargo, las autoridades pueden abordar la *despenalización* de los niños de otras dos formas. Pueden considerar la cuestión de si los niños son penalmente responsables. Un enfoque radical reajustaría la edad mínima de responsabilidad penal. Los sistemas jurídicos establecen una edad mínima por debajo de la cual los niños no se consideran responsables de lo que hagan. Esta edad mínima varía enormemente, desde los siete años en países como Irlanda o Sudáfrica, a los 14 en Alemania, el Japón y Viet Nam, y los 18 en el Brasil y el Perú⁴⁴. No existen normas internacionales que establezcan la edad mínima de responsabilidad penal, pero las Reglas de Beijing estipulan que la mayoría de edad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”⁴⁵. Si las autoridades elevan la edad mínima de siete a 13 años, automáticamente excluyen a un cierto número de niños del sistema de justicia penal, los cuales, por consiguiente, no pueden ser mantenidos legalmente en la cárcel. Las autoridades han de asegurarse de que no se mantiene a niños que no estén sometidos a la legislación penal en otras instituciones que, aunque técnicamente no sean cárceles, son igualmente duras.

Adoptando un enfoque más gradual, la legislación sobre la responsabilidad penal puede exigir que si un niño concreto pertenece a un determinado grupo de edad habrá de evaluarse su capacidad de entender la diferencia entre el bien y el mal. Dentro de este grupo de edad,

⁴⁴Naciones Unidas, *Implementation of United Nations Mandates on Juvenile Justice*, Nueva York, 1994.

⁴⁵Regla 4.1.

el Estado debe asumir la responsabilidad de demostrar que el niño tenía capacidad de diferenciar entre el bien y el mal en el momento en que cometió el delito y podía regular su comportamiento de acuerdo con este conocimiento. Esta solución es atractiva porque permite considerar la capacidad del niño y no se basa en una cifra arbitraria. Sin embargo, en la práctica existe el peligro de que las autoridades presuman también con facilidad la responsabilidad penal del niño y este siga incluido en el ámbito del sistema de justicia penal. Si las autoridades adoptan este enfoque, ha de exigirse que asuman la carga de la prueba.

En el recuadro que figura a continuación se ofrece un ejemplo de reforma del código penal de menores.

Las alternativas al encarcelamiento son el eje de algunas reformas de los códigos de justicia penal juvenil

Con la reforma de la legislación de 6 de julio de 2002, los legisladores libaneses intentaron garantizar a los delincuentes juveniles la preeminencia de las medidas de protección, educación y rehabilitación sobre el encarcelamiento. Aunque la legislación anterior preveía medidas de rehabilitación y reinserción, éstas apenas se aplicaban. Algunas de ellas tenían un contenido tan vago que su aplicación era imposible.

Las autoridades analizaron los datos de los tribunales y descubrieron que el fenómeno del aumento de las tasas de delincuencia juvenil durante los años 1975 a 1990, de guerra civil, era atribuible fundamentalmente a la delincuencia de menor gravedad y no a delitos graves. Tres cuartos de los casos examinados se debían a delitos menos graves o de escasa entidad.

La reforma, apoyada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, amplió entre otras cosas la gama de medidas que pueden adoptar los tribunales de menores como sentencia y las definió con precisión. Las nuevas disposiciones se centran en la rehabilitación del menor en su entorno familiar.

La experiencia libanesa representa un pequeño paso en la evolución de la justicia para delincuentes juveniles y ha contribuido a mejorar las condiciones de niños y adolescentes en el país.

Las autoridades pueden despenalizar algunos actos que se considerarían delitos si fueran cometidos por adultos, si sus autores son niños. Por otro lado, las autoridades penalizan en muchas sociedades algunas conductas de niños que no se considerarían delito si sus autores fueran adultos. Faltar a la escuela, escaparse del hogar y, en términos más vagos, tener un comportamiento antisocial son delitos de los llamados de condición, que permiten aplicar a niños la legislación penal. También existe el peligro de que estos niños sean detenidos pero no sean nunca procesados. En el caso de los delitos ligados a la

condición de quien los comete, la detención se utiliza indebidamente como sucedáneo de lo que con excesiva frecuencia es un sistema de asistencia social inadecuado o inexistente.

La definición de los delitos juveniles conduce al encarcelamiento

En la República Democrática del Congo, un decreto de 1950 dedicado a la delincuencia juvenil enumeraba las siguientes situaciones en las que se consideraba que un niño infringía la ley:

1. Pedir limosna o vagabundear.
2. Ser una causa grave de insatisfacción para sus padres, tutores u otras personas que deben atenderle, por su mala conducta o falta de disciplina.
3. Cometer actos inmorales o buscar ganancias por medio del juego, el tráfico de mercancías, actividades que lo expongan a la prostitución, la mendicidad, el vagabundeo o la delincuencia.
4. Haber cometido un acto considerado delito por el sistema de justicia penal para adultos.

A consecuencia de este antiguo decreto, solo uno de todos los niños sentenciados por los tribunales en 2003 y enviados a los Establecimientos de guarda y educación del Estado (EGEE) había cometido un acto que se hubiera considerado delito si hubiera sido cometido por un adulto. La conducta del resto era encuadrable en las disposiciones antes señaladas sobre la desobediencia a los padres, mal comportamiento e inasistencia al colegio.

A veces la penalización es indirecta. Los niños que cometen delitos ligados a su condición de tales pueden ser objeto de una orden judicial que les prohíba reincidir en la conducta que motivó su calificación como delito ligado a la condición del autor. Si de hecho reincidieran, serían procesados por infringir la orden judicial (desacato). Por tanto, quedarían atrapados en la red de la justicia penal y eventualmente podrían terminar en la cárcel. Las autoridades deben adoptar medidas para impedir esta penalización indirecta y mantener a los niños fuera de las cárceles.

La desviación de delincuentes hacia el exterior del sistema de justicia penal es una estrategia particularmente aplicable a los niños. Las Reglas de Beijing establecen en concreto que “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente”⁴⁶. Además, se da instrucciones a la policía, el ministerio fiscal y otros organismos para que se ocupen de ello⁴⁷.

⁴⁶Regla 11.1.

⁴⁷Regla 11.2.

Las Reglas de Beijing establecen también que quienes traten con niños que puedan estar en conflicto con la ley deben disponer de todo el margen discrecional posible para decidir cómo relacionarse con ellos⁴⁸. Las autoridades pueden también alejar a los niños del sistema de justicia penal si ello redundaría en beneficio de sus intereses. Sin embargo, las autoridades deben hacer uso de ese margen discrecional de forma equitativa y responsable⁴⁹.

Además, en las Reglas se subraya la importancia de obtener el consentimiento del niño y de sus padres o tutores para tal remisión del niño a otras instituciones a fin de protegerlo frente a presiones para que admita delitos que puede no haber cometido⁵⁰. Por último, deben desarrollarse programas basados en la comunidad que dispongan de capacidad suficiente para dar al niño el tratamiento adecuado y los servicios que pueda requerir⁵¹.

Alternativas para los niños dentro del sistema de justicia penal

Las Reglas de Beijing establecen expresamente el enfoque que ha de adoptarse al dictar la prisión preventiva de un niño: “Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”⁵². Esta Regla es idéntica a la aplicada a los adultos y se basa en el mismo pensamiento: la presunción de inocencia y otras salvaguardias procesales, haciéndose además hincapié en que la detención de niños es inherentemente perjudicial para ellos.

Como en el caso de los adultos, las autoridades han de buscar alternativas a la detención preventiva, pero en el caso de los niños disponen de alternativas adicionales. Las Reglas de Beijing establecen que “[s]iempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”⁵³.

Estas nuevas alternativas tienen una característica común: la existencia de una autoridad adulta, que puede ser, aunque no siempre lo sea, un padre o un tutor que se responsabilice del niño. Las autoridades han de asegurarse de que, si internan a un niño en algún tipo de albergue subsidiado⁵⁴, no se trata de un encarcelamiento con otro nombre. Por

⁴⁸Regla 6.1.

⁴⁹Regla 6.2.

⁵⁰Regla 11.3.

⁵¹Regla 11.4.

⁵²Regla 13.1.

⁵³Regla 13.2.

⁵⁴Véase el artículo 17 de la Recomendación (2003)20 del Consejo de Europa relativa a nuevas formas de hacer frente a la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores, en el que se reconoce esta alternativa a la detención provisional.

ejemplo, una institución educativa puede parecer una alternativa bastante inofensiva al encarcelamiento pero, si la institución restringe de un modo fundamental la libertad del niño puede compartir muchas de las deficiencias del encarcelamiento. Por otro lado, una prisión para adultos, incluso si los niños se mantienen en una sección separada, nunca es un lugar aconsejable para que estos niños esperen juicio. Otro tipo de internado puede ser un mal menor si es fundamental mantener a un niño en un régimen de detención.

La moderación en el recurso al encarcelamiento, o su uso poco frecuente, es un principio de particular importancia para los niños. Las autoridades deben recurrir a medidas sustitutivas siempre que sea posible. Las Reglas de Beijing limitan claramente los delitos por los que puede encarcelarse a niños después de haberse constatado que los han cometido:

Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada⁵⁵.

Cuando las autoridades encarcelen a niños, deben hacerlo durante el plazo más breve posible, incluso tratándose de delitos graves. De nuevo hay que repetir que los niños no deben estar encarcelados nunca con adultos⁵⁶. La Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la condena de un niño a la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación⁵⁷. Los tribunales no deben someter a los niños a penas indeterminadas, pero si lo hacen deben fijar también en la sentencia una fecha próxima para que se considere la excarcelación del niño. Los tribunales deben revisar las sentencias periódicamente a medida que se desarrolla su conciencia moral.

Las Reglas de Beijing dejan bastante claro que debe evitarse el confinamiento de niños⁵⁸. Aparte de las preocupaciones que suscita su relación con el respeto de los derechos humanos, con frecuencia es una medida contraproducente si se quiere reeducar a los niños. En las Reglas se enumeran varias decisiones que pueden adoptarse cuando se trate de niños⁵⁹. En esencia son similares a las penas no privativas de la libertad específicas que pueden aplicarse a adultos y que se examinaron en la sección 4.3. Sin embargo, destacan también las “órdenes en materia de atención, orientación y supervisión”⁶⁰ así como las “órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros

⁵⁵Regla 17.1.c).

⁵⁶Regla 26.3.

⁵⁷Artículo 37 a).

⁵⁸Regla 19.1.

⁵⁹Regla 18.1.

⁶⁰Regla 18.1.a).

establecimientos educativos”⁶¹. Estas disposiciones ponen de manifiesto la particular importancia de las alternativas de asistencia social a las condenas de cárcel cuando se trata de niños.

Las autoridades pueden justificar con relativa facilidad la excarcelación anticipada de niños, y de delincuentes juveniles en general, basándose en que merecen otra oportunidad para vivir en la comunidad sin cometer otro delito. Por ejemplo, pueden aprobar amnistías generales para niños sin suscitar demasiadas protestas del público. Las Reglas de Beijing establecen expresamente que “[l]a autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”⁶². Los niños que sean excarcelados han de ser preparados de forma adecuada para vivir fuera de la cárcel. Tanto las autoridades estatales como la comunidad en general deben ofrecerles apoyo⁶³.

¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la participación de las siguientes personas y grupos:

Los **principales actores** mencionados cuando se ha hecho referencia a los adultos pueden también contribuir a reducir el encarcelamiento de niños ya que hay alternativas que abarcan toda la gama de estrategias utilizadas con los adultos. El encarcelamiento de niños es una cuestión emotiva y las campañas en favor de alternativas tienen muchas veces mayor impacto si se centran en los niños.

Las **organizaciones de la sociedad civil** pueden prestar apoyo a las iniciativas nacionales encabezadas por grupos de beneficencia y divulgación para movilizar a la opinión nacional en favor de la excarcelación de los niños.

6.3 Delincuentes relacionados con drogas

Los delincuentes encarcelados por delitos relacionados con drogas son una parte importante de la población carcelaria en muchos países. La causa de ello deriva en parte de las medidas nacionales e internacionales para combatir el tráfico de drogas ilícitas. Muchos de estos delincuentes, si no la mayoría, no son personajes importantes en el mercado de las drogas y con frecuencia son ellos mismos adictos a drogas ilícitas. Las alternativas al encarcelamiento pensadas para estos pequeños delincuentes relacionados con drogas permiten resolver con mayor

⁶¹Regla 18.1.c).

⁶²Regla 28.1.

⁶³Regla 28.2.

eficacia los problemas que plantean. Los principales instrumentos internacionales, con inclusión de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988⁶⁴ y la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas⁶⁵ así lo reconocen. Su centro de interés es combatir el tráfico de drogas, pero también piden a los gobiernos que presenten iniciativas multidisciplinarias⁶⁶. Las alternativas al encarcelamiento son un componente fundamental de estas iniciativas.

Mantener a los consumidores de drogas fuera del sistema de justicia penal

En el caso de los consumidores de drogas, las alternativas al encarcelamiento han de adaptarse a las mismas estrategias generales de reducción del uso de la cárcel que en el caso de otros delitos, aunque con distintos matices.

La *despenalización* es una estrategia controvertida en la esfera de las drogas. Por recurrir a una analogía, algunos Estados prohibieron el consumo de alcohol en el pasado y posteriormente, al modificarse las actitudes sociales, sustituyeron la prohibición total por controles más matizados. En ocasiones, los Estados pueden despenalizar parcialmente el consumo de drogas, degradando una de ellas a un nivel de menor peligrosidad que otras o despenalizando su posesión, aunque considerando todavía que el tráfico es un delito.

La *desviación hacia otras instituciones* es una alternativa al encarcelamiento que tiene gran importancia. Las autoridades reconocen que muchos de los delincuentes que han infringido la legislación sobre drogas, y en realidad muchos de los delincuentes que han infringido la legislación penal en general, cometieron los delitos que se les imputaron porque eran adictos a las drogas ellos mismos. Las autoridades consideran que ofrecer tratamiento a los delincuentes para su adicción a las drogas es más eficaz que procesarlos y finalmente castigarlos a través del sistema de justicia penal.

La desviación de los consumidores de drogas hacia otras instituciones puede hacerse de distintas formas. Por un lado, pueden seguirse las mismas pautas que se aplican a otros delitos, cuando la policía y los fiscales utilizan su capacidad discrecional para no detener ni procesar a sospechosos. En estos casos, es posible que los delincuentes necesiten participar en un programa de educación contra las drogas o

⁶⁴Naciones Unidas, doc. E/CONF.82/16.

⁶⁵A/RES/S-20/3, de 8 de septiembre de 1998.

⁶⁶Véase, en general, Neil Boister, *Penal Aspects of the United Nations Drug Conventions*, Kluwer, La Haya, 2001.

recibir un tratamiento más formalizado. En el recuadro titulado “La policía deriva los casos de drogas hacia otras instituciones” se ofrece un ejemplo de programa de desviación de consumidores de drogas hacia otras instituciones distintas de la cárcel.

La policía deriva los casos de drogas hacia otras instituciones

Si la policía australiana se encuentra con un delincuente que tiene en su poder pequeñas cantidades de una droga ilícita y no hay antecedentes de él en el sistema de justicia penal, o éstos son de escasa importancia, puede preguntar a éste si aceptaría participar en un programa de desviación hacia otras instituciones. Este programa se basa en la educación del delincuente sobre el consumo de drogas y, en caso necesario, en su tratamiento. Los delincuentes que deciden sumarse al programa han de participar activamente en la educación o el tratamiento que se les ofrece. Se les puede pedir que contribuyan financieramente a su tratamiento en caso de que, por ejemplo, este incluya una rehabilitación en régimen de internamiento. Si no participan activamente, corren el riesgo de ser devueltos al sistema de justicia penal.*

*Gobierno de Australia, *Illicit Drug Diversion Initiative: How Does Diversion Work*. El informe completo se puede descargar en <http://www.health.gov.au/internet/wcms/publishing.nsf>

En algunos países se han creado tribunales que deciden sobre el tratamiento de delincuentes contra las drogas y formalizan el proceso de desviación hacia otras instituciones⁶⁷. Estos “tribunales especiales de drogas”, como se les conoce en general, forman parte del sistema de justicia penal pero aplican una estrategia de desviación. Es posible que se exija a los delincuentes que se declaren culpables para que su caso pueda ser considerado por uno de estos tribunales de drogas, aunque no siempre suceda así en todos los sistemas jurídicos. El tipo de delincuentes contra los que actúan puede variar. En los Estados Unidos de América, en los que se originó el movimiento en favor de los tribunales especiales de drogas hace más de 15 años, los participantes inicialmente eran sobre todo personas que delinquiran por primera vez, aunque hoy la mayoría de los programas se centran en consumidores abusivos de drogas mucho más implicados⁶⁸. En Australia, igualmente, los tribunales encargados de los tratamientos contra las drogas están

⁶⁷Véase, por ejemplo, J. Scott Sanford y Bruce A. Arrigo, “Lifting the Cover on Drug Courts: Evaluation Findings and policy Concerns” (2005), *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 49, págs. 239 a 259, donde se examinan los tribunales de drogas en los Estados Unidos; Instituto Australiano de Criminología, “Drug Courts: reducing drug-related crime”, *AI Crime Reduction Matters*, núm. 24, 3 de junio de 2004; S. Ely et al. “The Glasgow drug Court in Action: The First Six Months”, *Crime and Criminal Justice Research Programme*, Research Findings núm. 70/2003, del Ejecutivo Escocés; y el folleto en línea *Drug Treatment Court: Program Information*, de la Public Safety and Emergency Preparedness Canada, en <http://www.prevention.gc.ca/en/library/features/dtc/brochure.htm>, consultado el 30 de septiembre de 2005.

⁶⁸“What is a Drug Court?”, sitio web de la National Association of Drug Court Professionals, <http://www.nadcp.org/>, consultado el 19 de enero de 2007.

destinados a delincuentes drogodependientes que tienen un largo historial de delitos contra la propiedad. En este caso, los tribunales especiales de drogas se utilizan como última alternativa antes del encarcelamiento.

Los tribunales especiales de drogas, en lugar de imponer una sentencia convencional de cárcel, establecen un programa de tratamiento general contra la adicción del participante y para resolver otros problemas de éste, y respaldan esta decisión con medidas de vigilancia y apoyo al delincuente. Los tribunales reciben informes de los progresos de los delincuentes para facilitar el proceso de seguimiento.

Desde la perspectiva del delincuente, este tratamiento, que no siempre se produce en una institución cerrada, es una alternativa aconsejable al encarcelamiento. Los delincuentes, en particular los que se declaran culpables para que su caso sea sometido a un tribunal de este tipo, tienen que estar bien asesorados jurídicamente sobre el carácter del proceso, antes de que puedan dar su consentimiento a una orden judicial de tratamiento obligatorio.

Los resultados iniciales sugieren que los tribunales especiales de drogas son más eficaces que el encarcelamiento para evitar la reincidencia y que, aunque exijan muchos recursos, cuestan menos que el encarcelamiento en muchas jurisdicciones⁶⁹. En el recuadro que figura a continuación se detallan 12 características necesarias para que los tribunales especiales de drogas tengan éxito.

La UNODC ayuda a establecer tribunales especiales de drogas

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito creó un grupo de trabajo de expertos para ayudar a establecer tribunales especiales de drogas. Este grupo identificó 12 factores que contribuyen al éxito de estos tribunales.

1. Una dirección judicial efectiva del equipo multidisciplinar encargado del programa de los tribunales especiales de drogas.
2. Una estrecha colaboración interdisciplinar del juez y los miembros del equipo, manteniendo al mismo tiempo cada uno de ellos su respectiva independencia profesional.
3. Buenos conocimientos y entendimiento de la adicción y la recuperación por los miembros del equipo del tribunal que no sean profesionales de la salud.
4. Un manual de operaciones que garantice la coherencia del enfoque y la eficiencia del programa en curso.

⁶⁹J. Scott Sanford, "Lifting the Cover on Drug Courts: Evaluation, Findings and Policy Concerns" (2005), *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 49, págs. 239 a 259.

5. Unos criterios claros de selección y un control objetivo del cumplimiento de esos criterios por los delincuentes que sean potenciales participantes.
6. Una evaluación detallada de cada delincuente que sea un participante potencial.
7. El consentimiento plenamente informado y documentado de cada delincuente participante (tras recibir asesoramiento jurídico) antes de participar en el programa.
8. Rápida remisión de los delincuentes participantes a tratamiento y rehabilitación.
9. Sanciones rápidas, ciertas y coherentes por el incumplimiento del programa y recompensas por su cumplimiento.
10. Evaluación continua del programa y voluntad de adaptar su estructura para hacer frente a los problemas identificados.
11. Fondos suficientes, continuos y específicos para el programa.
12. Cambios de las leyes sustantivas y de procedimiento correspondientes cuando sea necesario o conveniente.

Alternativas para los consumidores de drogas dentro del sistema de justicia penal

Aunque los tribunales especiales de drogas sean un poderoso instrumento para recurrir a medidas alternativas al encarcelamiento, hay otros métodos que también garantizan que los drogodependientes que entran en el sistema de justicia penal no son encarcelados innecesariamente. Ello es importante porque, a pesar de los grandes esfuerzos de las autoridades, es frecuente que puedan obtenerse fácilmente drogas dentro de las cárceles.

Los tribunales han de tener presente esta realidad cuando decidan si envían a la cárcel, o no, a un sospechoso vulnerable. Al dictar una sentencia contra delincuentes adictos a las drogas, los tribunales ordinarios han de considerar también que el tratamiento contra las drogas en la comunidad es más eficaz que el que se ofrece en las cárceles. Tratándose de casos marginales, este hecho puede ser un factor fundamental para decidir si se dicta una sentencia de cárcel en libertad condicional o una pena no privativa de la libertad bajo la condición de someterse a un tratamiento contra las drogas. Cuando se conceda una libertad condicional de reclusos sentenciados debe establecerse el tratamiento y vigilancia de los drogodependientes tras su excarcelación.

¿A quién corresponde actuar?

Todas las estrategias alternativas para tratar a los delincuentes adictos a las drogas fuera de las cárceles dependen de la posibilidad de

que los adictos puedan recibir tratamiento en la comunidad. Para ello se necesita una red de *consejeros en toxicomanías* y centros de tratamiento dotados de un personal especializado de *médicos y psicólogos*, hacia los que se pueda desviar a estos delincuentes. Estos expertos tienen que trabajar en estrecha relación con los demás sujetos fundamentales del sistema de justicia penal, es decir, la policía, los fiscales, los jueces y los funcionarios de libertades condicionales, para ofrecer un tratamiento adecuado a los delincuentes drogodependientes. Está claro, por otro lado, que los gobiernos han de desempeñar un papel fundamental en la prestación de servicios y en su coordinación. El sector voluntario también puede cooperar, entre otras cosas garantizando que los servicios para drogodependientes disponibles en la comunidad están a disposición también del sistema de justicia penal.

6.4 Enfermos mentales

En general, las personas que tienen una enfermedad mental reciben un mejor tratamiento fuera de la cárcel que dentro de ella. Lo ideal sería que permanecieran dentro de su comunidad, según se reconoce en los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental⁷⁰. En caso de que necesiten tratamiento en una institución psiquiátrica se les debe mantener tan cerca de su hogar como sea posible. El establecimiento no debe ser nunca una cárcel⁷¹.

Los enfermos mentales a veces cometen crímenes que, en ocasiones, pueden constituir una amenaza para la sociedad. Si no se han previsto otros procedimientos, terminarán en la cárcel, que no está preparada para prestarles atención. ¿Qué cabe hacer para evitarlo?

Mantener a los enfermos mentales fuera del sistema de justicia penal

La despenalización de los actos de los enfermos mentales plantea muchas cuestiones complicadas sobre su responsabilidad penal. A los efectos de este manual, es importante que la definición legal de la locura sea tan amplia que impida que quienes no sean responsables penalmente de sus actos sean sometidos a las leyes penales.

La legislación penal de la mayoría de los países establece esta distinción. La dificultad estriba en aplicarla. Es frecuente que una persona acusada de un delito y cuyo estado mental sea sospechoso permanezca detenida durante un tiempo para determinar dos cuestiones fundamentales:

⁷⁰Principio 7.1 de los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Res. 46/119 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1991.

⁷¹Ibid., principio 7.2.

primero, si está capacitada mentalmente (es competente) para ser sometida a juicio (y capaz de colaborar en su defensa), y, segundo, si era responsable penalmente de los actos que cometió. Estas personas deben ser mantenidas en servicios de salud mental, y no en la cárcel, mientras se realizan las evaluaciones de su salud mental.

La desviación fuera del sistema de justicia penal de los enfermos mentales plantea cuestiones más amplias que la determinación de la responsabilidad penal. Muchas personas sospechosas de delitos penales, o condenadas por ello, padecen una enfermedad mental. Las autoridades pueden considerar que esa enfermedad no es tan grave que las libere de la responsabilidad de sus actos criminales, pero hay que tenerla en cuenta al decidir cómo tratarlas. La policía y las autoridades fiscales deben esforzarse especialmente por desviar por completo fuera del sistema de justicia penal a las personas incluidas en esta categoría intermedia.

La salud mental y las cárceles

La Organización Mundial de la Salud estima que en el mundo hay unos 450 millones de personas que sufren desórdenes mentales o de comportamiento. En las poblaciones carcelarias, la tasa de quienes sufren desórdenes de este tipo es desproporcionadamente elevada.

Muchos de estos desórdenes pueden haberse presentado antes de la admisión en la cárcel, y ésta puede exacerbarlos. Otros desórdenes pueden desarrollarse durante el encarcelamiento. Las cárceles pueden socavar la salud mental debido a factores tales como el hacinamiento, la violencia, la soledad forzada, la falta de intimidad y/o la inseguridad sobre las perspectivas futuras.

Una buena gestión de las cárceles debe centrarse en detectar, prevenir y tratar los desórdenes mentales. Por ejemplo, el sistema de justicia penal puede desviar a las personas con desórdenes mentales hacia el sistema de salud mental. Las cárceles pueden ofrecer un tratamiento adecuado y el acceso a los servicios de psiquiatría de los hospitales generales. Entre otras cosas, pueden ofrecer apoyo psicosocial, capacitar personal, educar a los reclusos y asegurarse de que son incluidos en los planes nacionales de salud mental.

Responder a los problemas de salud mental en las cárceles permite obtener algunos beneficios. Esa respuesta no solo mejorará la salud y la calidad de vida del recluso y de toda la población carcelaria, sino que puede además aliviar las presiones a las que está sometido un personal forzado a tratar con reclusos que tienen problemas de salud mental no reconocidos o no tratados. La comunidad también se beneficia del intercambio entre la cárcel y la comunidad en general a través de los funcionarios de prisiones, la administración, los profesionales de la salud y los reclusos, antes de que éstos sean liberados en la comunidad.

Fuente: Hoja informativa "Mental Health in Prisons", Organización Mundial de la Salud (OMS) y Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):
http://www.euro.who.int/Document/MNH/WHO_ICRC_InfoSht_MNH_Prisons.pdf

Los tribunales tienen un importante papel que desempeñar en esta área. Los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental promueven la creación de un marco legislativo que permita a los tribunales intervenir cuando se sospeche que los reclusos sentenciados o las personas detenidas padecen una enfermedad mental. La legislación nacional “podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica”⁷², en lugar de ser encarceladas. En el recuadro titulado “La salud mental y las cárceles” se destacan algunas de las cuestiones conexas.

Alternativas para los enfermos mentales en el sistema de justicia penal

Los delincuentes que padecen una enfermedad mental y siguen sometidos al sistema de justicia penal deben ser tratados, de forma habitual, con especial consideración a fin de determinar si no sería mejor que estuvieran reclusos fuera de la cárcel. Cuando se consideran alternativas a la detención previa al juicio, este es un factor especial e importante a tener en cuenta. Igualmente, en los casos adecuados debe considerarse la conveniencia de una sentencia a cumplir en la comunidad con un componente de tratamiento de la enfermedad mental del delincuente. También debe reconocerse que la salud mental de los delincuentes puede cambiar con el paso del tiempo. La salud mental de los reclusos debe ser un factor que ha de tenerse en cuenta cuando se decida su excarcelación antes de que cumplan toda la sentencia.

¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la participación de las siguientes personas y grupos:

Los **Estados** necesitan sistemas de salud mental que ofrezcan tratamiento tanto en instituciones cerradas como en la comunidad.

Los **psiquiatras** y **psicólogos** especializados en el tratamiento de enfermedades mentales tienen que colaborar estrechamente con la policía, los fiscales, los jueces y los funcionarios de libertades condicionales para ofrecer un tratamiento adecuado a los delincuentes que padezcan una enfermedad mental.

El **gobierno** ha de desempeñar un papel fundamental en la oferta y coordinación de los servicios de salud mental.

El **sector voluntario** puede colaborar también, entre otras cosas garantizando que el sistema de justicia penal puede acceder a servicios para enfermos mentales en la comunidad.

⁷²Ibid., principio 20.3.

6.5 Las mujeres

En todos los sistemas carcelarios, las mujeres son una minoría de los reclusos. Este hecho puede dar origen a la falsa sensación de que relativamente hay poca necesidad de presionar para que se les ofrezcan alternativas al encarcelamiento. En muchos países, el número de mujeres encarceladas crece rápidamente. En la Séptima Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se reconoció esta realidad ya en 1985. También se observó que los programas, servicios y personal de prisiones seguían siendo insuficientes para atender a las necesidades especiales del creciente número de mujeres encarceladas. Por tanto, invitaba a las autoridades responsables del sistema de justicia penal a examinar las alternativas al encarcelamiento de las mujeres delincuentes en todas las etapas de los procesos judiciales penales⁷³.

Mantener a las mujeres fuera del sistema de justicia penal

Lo mismo que en el caso de los demás grupos especiales de delincuentes, la *despenalización* desempeña una función particular en la reducción del número de mujeres encarceladas. Algunos delitos no violentos cometidos principalmente por mujeres o cuyo autor ha de ser expresamente una mujer pueden ser despenalizados. La focalización de una estrategia de despenalización en tales delitos reducirá considerablemente el número de mujeres encarceladas.

Las estrategias de desviación de mujeres hacia otras instituciones funcionan mejor cuando se proponen ofrecer asistencia social tanto a ellas como a sus familias. Muchas mujeres que entran en conflicto con el sistema de justicia penal son responsables del cuidado de sus hijos pequeños, de modo que su encarcelamiento tendría también graves consecuencias para estas vidas vulnerables.

En general, el comportamiento delictivo de las mujeres difiere del de los hombres. Las mujeres son utilizadas con frecuencia para pasar drogas de contrabando a través de las fronteras internacionales. Aunque técnicamente sean culpables de un delito de tráfico de drogas, las autoridades tienen que entender las presiones a las que fueron sometidas para cometer el delito, y deben ajustar sus sentencias en consecuencia. En el recuadro anterior se ofrece un ejemplo práctico de programa centrado en las mujeres delincuentes.

⁷³Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; véase G. Alfredsson y K. Tomaševski, *A Thematic Guide to Documents on the Human Rights of Women*, pág. 348, Mirtinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1995.

Los planes de asesoramiento y desviación hacia otras instituciones de mujeres delincuentes en Escocia permiten resolver algunos problemas

Escocia ha logrado un éxito considerable con sus planes de asesoramiento y desviación de mujeres hacia otras instituciones no penales.

Los planes de asesoramiento permiten ofrecer tratamiento y otros servicios conexos, en el lugar de detención, a las mujeres acusadas de consumir drogas. El plan se centra en personas cuyos delitos se relacionan con el consumo de drogas y es totalmente voluntario para las delincuentes. En la práctica, los trabajadores sociales encargados de este asesoramiento visitan a la acusada en la celda de detención, o con menor frecuencia en el juzgado, le ofrecen asesoramiento e información sobre su adicción y pueden desviarla hacia los servicios que correspondan.

El asesoramiento a detenidos se encuadra en la estrategia de Escocia contra las drogas, que se proponía que el número de consumidores de drogas en contacto con servicios de tratamiento y atención a la salud aumentara el 10% anualmente hasta 2005. El tratamiento contra las drogas reduce considerablemente la delincuencia, calculándose que por cada dólar gastado en este tipo de tratamiento se ahorran tres dólares en medidas de represión.

En Escocia se ensayaron en 18 departamentos locales medidas de desviación de delincuentes hacia instituciones distintas de las penales durante dos años, a partir de abril de 1997. En este caso, los acusados son remitidos a los trabajadores sociales o a los organismos que proceda, en lugar de someterlos a un procedimiento de justicia penal. Tras examinar los resultados de esta experiencia piloto, Escocia decidió centrar el programa en algunos grupos específicos, entre ellos las mujeres acusadas de delitos. A partir de 2003-2004, el 48% de los casos de desviación hacia otras instituciones afectaban a mujeres.

Fuente: <http://www.scotland.gov.uk/Topics/Justice/criminal/16928/7127>
<http://www.scotland.gov.uk/Topics/Justice/criminal/16906/6827>

Alternativas para las mujeres dentro del sistema de justicia penal

Las consecuencias desproporcionadamente graves del encarcelamiento de mujeres exige que se hagan esfuerzos adicionales por encontrar alternativas en todas las etapas de los procedimientos de justicia penal. Las técnicas al alcance de las autoridades son semejantes a las recomendadas para otros grupos. Sin embargo, los tribunales pueden considerar que algunas alternativas son más fáciles de aplicar a las mujeres que a otros grupos. Por ejemplo, un elevado porcentaje de las mujeres detenidas lo son por delitos no violentos, lo que facilita su libertad condicional a la espera de juicio.

Los tribunales han de tener en cuenta la posición de las mujeres en la sociedad cuando consideren alternativas al encarcelamiento. Quizá

resulte necesario modificar los requisitos establecidos para dictar una sentencia a cumplir en la comunidad cuando se trate de mujeres, con el fin de satisfacer sus necesidades y permitirles seguir atendiendo a sus responsabilidades en el cuidado de sus hijos. Como en general las mujeres tienden a ser más pobres que los hombres, puede resultar necesario prestar especial atención a asegurarse de que, si no pagan las multas, no terminen automáticamente en la cárcel.

Las mujeres con frecuencia son buenas candidatas para la excarcelación anticipada, sea en libertad condicional o sin condiciones. En los sistemas que permiten que el jefe del Estado conceda amnistías o indultos, se les puede prestar una especial atención.

¿A quién corresponde actuar?

Es fundamental la participación de las siguientes personas y grupos:

El **sistema de justicia penal** en general tiene que esforzarse por encontrar y utilizar alternativas al encarcelamiento de mujeres.

Debe alentarse a las **organizaciones gubernamentales y no gubernamentales** que prestan una atención especial a los problemas de la mujer a que consideren el problema del encarcelamiento de mujeres y participen en el debate sobre la mejor forma de encontrar alternativas a ese encarcelamiento.

6.6 Grupos excesivamente representados en las cárceles

Además de los grupos antes considerados, la representación excesiva de otros grupos sociales en las cárceles plantea la cuestión de si las autoridades deberían prestar especial atención a ofrecerles alternativas. En algunas sociedades, dos de estos grupos son las minorías indígenas y los extranjeros.

Pueblos indígenas

En algunos países, las minorías indígenas están representadas de forma muy excesiva en las estadísticas penales y en las cárceles. El Canadá y Australia, por ejemplo, han adoptado formalmente estrategias para resolver esta cuestión. Estas estrategias incluyen la desviación hacia otras instituciones y la creación de alternativas a la cárcel que utilizan más los castigos tradicionales de esas comunidades. En el recuadro que figura a continuación se ofrece un ejemplo concreto.

Evitar las penas de cárcel para los delincuentes indígenas

El Código Penal del Canadá establece que “deben considerarse todas las sanciones, aparte del encarcelamiento, que puedan imponerse y que sean razonables dadas las circunstancias, en particular las de los delincuentes indígenas”.

Se establece de este modo el principio de que el encarcelamiento es una medida de último recurso, en particular si se trata de indígenas que han cometido un delito, porque los miembros de este grupo social están desproporcionadamente representados en las cárceles. Los indígenas representan un 3% de la población canadiense pero suman un 15% y un 17%, respectivamente, de la población internada en cárceles provinciales y federales. En algunas cárceles provinciales de las regiones occidentales del país, los indígenas representan del 60% al 70% de los reclusos.

Este principio fue reafirmado por la Corte Suprema del Canadá en el caso *R. v. Gladue* [1999] 1 S.C.R. 688. Posteriormente se creó en Toronto, Ontario, un Tribunal especial para indígenas.

El Tribunal de Ontario se ocupa exclusivamente de las audiencias para conceder libertades condicionales, las remisiones a otras instituciones, los juicios y las condenas de los indígenas delincuentes. El Tribunal, que se reúne dos veces por semana, se ocupa de los casos en los que están imputados indígenas en el centro urbano de Toronto. El juez, la Corona (los fiscales), los abogados defensores, el personal y los auxiliares del juzgado son indígenas en su totalidad. Al procesar los casos, el Tribunal intenta por todos los medios analizar las posibles sentencias y las alternativas al encarcelamiento.

Fuente: C. T. Griffiths, 2006, *Canadian Criminal Justice: A Primer*, 3ª edición. Toronto: Thomson Nelson, de próxima edición; Asociación de Abogados Penales, “*Gladue (Aboriginal Persons) Court, Ontario Court of Justice — Old City Hall, Fact Sheet*”. Puede consultarse en www.criminallawyers.ca/gladue.htm.

Extranjeros

En muchos países, los extranjeros representan un porcentaje importante de la población reclusa. Por varios motivos, a veces se presupone con demasiada facilidad que las alternativas al encarcelamiento no son para ellos. Por ejemplo, puede presuponerse que todos los extranjeros encarcelados presentan un riesgo de fuga y que, por consiguiente, no puede concedérseles nunca una libertad condicional. Deben evitarse estas presunciones generales; cada caso debe ser tratado atendiendo a sus características particulares.

7. Hacia una estrategia coherente



En este manual se ha mostrado cómo desarrollar alternativas al encarcelamiento tanto para mantener totalmente fuera del sistema de justicia penal a un cierto número de personas como para introducir cambios en todos los niveles del sistema a fin de garantizar que se utiliza el encarcelamiento con la máxima moderación. Para lograr los mejores resultados posibles, las autoridades han de preparar una estrategia coherente que centre la atención y los recursos en la utilización de alternativas al encarcelamiento para reducir la población reclusa, y que mantenga constantemente esa atención. En los últimos años, algunos países han aplicado estrategias de este tipo y han logrado reducir su población reclusa total. A continuación se ofrecen dos ejemplos.

Las órdenes judiciales que imponen servicios a la comunidad obtienen resultados

Malawi, país de África meridional, comparte con sus vecinos problemas tales como la pobreza, el subdesarrollo, la escasez de alimentos y el VIH/SIDA, así como la falta de equidad social y económica. Estas circunstancias propician que las tasas de delincuencia sean de las más elevadas del mundo.

Para ayudar a reducir el hacinamiento en las cárceles, Malawi estableció en 2000 un plan de ordenación de los servicios comunitarios. A finales de septiembre de 2004 había en Malawi 5.225 transgresores de las leyes que habían sido condenados a realizar servicios comunitarios por orden judicial. Las horas de trabajo contabilizadas eran 838.000, y los infractores habían completado el 87% de los trabajos que se les habían asignado.

La tasa de reincidencia de los infractores que habían completado sus servicios a la comunidad según lo previsto disminuyó al 0,25%, es decir, uno de cada 400. Además, el Gobierno de Malawi ahorró 227.717 dólares recurriendo a los servicios comunitarios más que al encarcelamiento.

Las reformas reducen las poblaciones carcelarias

Finlandia redujo su población de reclusos adoptando una política coherente de reformas a largo plazo. En los años 60, las autoridades finlandesas se dieron cuenta de que el número de reclusos, 150 por cada 100.000 habitantes, era desproporcionadamente alto en comparación con el de los países escandinavos vecinos, que se situaba entre 50 y 70 reclusos por cada 100.000 habitantes. Los políticos llegaron al consenso de que podían y debían hacer frente al hacinamiento en las cárceles. A mediados de los años 60 se iniciaron unas reformas legislativas sistemáticas para liberar reclusos, que prosiguieron hasta mediados de los años 90.

En los años 60, Finlandia redujo el número de reclusos por medio de una amnistía, despenalizando la embriaguez pública y limitando la utilización de la cárcel como pena subsidiaria si no se pagaba una multa. A continuación, Finlandia redujo las penas para los delitos tradicionales contra la propiedad y la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol, reforzando al mismo tiempo el papel de las sanciones no privativas de la libertad y ampliando el uso de las excarcelaciones anticipadas. Para dar credibilidad a las alternativas a las penas breves de cárcel, aumentó las multas. Amplió la utilización de las libertades condicionales y el sistema de excarcelación anticipada, por ejemplo, reduciendo el tiempo mínimo que ha de cumplir en la cárcel un recluso para obtener la libertad condicional, de seis meses a 14 días. Finlandia abandonó el endurecimiento automático de las penas aplicadas a los delincuentes con antecedentes penales. Limitó el uso de las penas incondicionales para delincuentes jóvenes y, en los años 90, amplió de nuevo el ámbito de las penas a cumplir en el seno de la comunidad introduciendo los servicios comunitarios. Estas reformas contribuyeron a que se produjera una disminución sistemática a largo plazo de las cifras de reclusos. En los años 90, las tasas de reclusos por 100.000 habitantes de Finlandia eran de las menores de Europa occidental, en contraste con las tasas muy elevadas de los años 70.

La experiencia de Finlandia demuestra que es posible reducir el número de reclusos. Basándose en su experiencia, los finlandeses subrayan la importancia de la voluntad política de actuar, y la del desarrollo de una estrategia sistemática que utilice todos los medios disponibles en cada etapa del procedimiento de justicia penal. También subrayan el valor de las decisiones adoptadas por consenso y la amplia participación de los distintos grupos de interés en la preparación de las leyes. Este enfoque hace más improbable que un solo caso concreto que reciba mucha publicidad galvanice la opinión pública y dé paso a una legislación penal con una perspectiva a corto plazo.

También es favorable a este planteamiento la existencia de unos medios de comunicación razonables, bien informados y de alta calidad. Finlandia comprobó que la colaboración entre los jueces, los profesionales, la policía y la comunidad de investigadores, así como el intercambio organizado de información y los distintos cursos de formación y seminarios, resultaron valiosos para poner en práctica las reformas legales. Los finlandeses comprobaron que una comprensión profunda de la naturaleza del problema del delito, el funcionamiento eficaz del sistema de justicia penal y unas estrategias generales de prevención del delito promovían políticas penales humanas y racionales.*

*Para más información: Tapio Lappi-Seppälä, "Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal", en Michael Tonry y Richard Frase (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Nueva York: Oxford University Press, 2001.

Resulta imposible ofrecer una fórmula que permita reducir la población de reclusos en todas las sociedades ya que estos procesos de cambio son muy complejos. Una estrategia coherente de reducción de la población carcelaria ha de incluir los siguientes factores esenciales:

7.1 Base de conocimientos

Las autoridades necesitan información suficiente sobre toda la gama de actuaciones de la justicia penal que implica el encarcelamiento, y sus alternativas, así como un análisis cuidadoso de la población de reclusos. Tienen que disponer de respuestas inmediatas a preguntas como estas:

- ¿Qué características sociales tienen las personas encarceladas?
- ¿Por qué delitos están encarceladas, en su caso?
- ¿Por cuánto tiempo están en la cárcel a la espera de juicio?
- ¿Qué duración tienen las condenas de los distintos delitos?
- ¿Cuáles son los costes del encarcelamiento?

Esta información se debe completar con un análisis similar de las alternativas al encarcelamiento. Si todavía no existen alternativas y las autoridades, por tanto, no pueden responder a las preguntas sobre su aplicabilidad o coste, deben utilizar con precaución las proyecciones y los cálculos hipotéticos de los gastos que supondría la utilización de determinadas alternativas.

7.2 Iniciativa política

Los políticos deben utilizar esta base de datos para introducir y desarrollar una política clara de alternativas al encarcelamiento que reduzca

la población de reclusos. Lo ideal sería que los dirigentes políticos y los principales responsables de las políticas compartieran el compromiso ideológico de reducir la población carcelaria y explorar alternativas al encarcelamiento. Para obtener el respaldo del público a estas políticas, las autoridades tienen que difundir los problemas y gastos que genera el encarcelamiento, y las ventajas morales, prácticas y financieras de las alternativas a éste.

7.3 Reforma legislativa

Para desarrollar una estrategia de alternativas al encarcelamiento, las autoridades necesitan revisar la legislación para asegurarse de que esta no penaliza determinadas conductas salvo que sea esencial hacerlo, y contribuye así innecesariamente al aumento de la población reclusa.

Las autoridades deben asegurarse de que se dispone de un marco jurídico que establezca alternativas al encarcelamiento en todas las etapas, y de que existe la obligación legal de aplicarlo.

La ley debe establecer una preferencia obligatoria en favor de las alternativas al encarcelamiento, considerándose que éste es el último recurso.

La nueva legislación no es aplicable por sí sola y debe venir acompañada de seminarios y programas de capacitación destinados a facilitar la aplicación. En primer lugar deben centrarse en los jueces, pero a continuación deben incluir a todos los que intervengan en la aplicación de las nuevas alternativas incluidas en la legislación.

7.4 Infraestructura y recursos

La creación de algunas alternativas al encarcelamiento, aunque no la de todas, exige nuevos recursos. Las autoridades deben analizar cuidadosamente los costes del proyecto y la necesidad de nuevos recursos cuando aprueben una nueva legislación.

Para implementar las condenas en la comunidad y utilizar las alternativas al encarcelamiento basadas en el tratamiento de los delincuentes tiene particular importancia que las autoridades se aseguren de que existe la infraestructura necesaria y reserven los recursos requeridos no solo para su lanzamiento sino también para su funcionamiento continuo.

Para implementar las condenas en la comunidad, el Estado puede, y debe, establecer asociaciones con organizaciones de la propia comunidad. Estas asociaciones no solo son aconsejables por sí mismas sino que también pueden aportar una ayuda fundamental cuando las finanzas sean un problema para la introducción de alternativas.

El Estado puede también procurar indirectamente la reducción de la población carcelaria aportando recursos a iniciativas exteriores al sistema de justicia penal. Estas iniciativas deben procurar la modificación de las condiciones que provocan el delito en la sociedad. También pueden promover que se utilice menos el encarcelamiento y preparar para ello programas de tratamiento no penal, en el marco de los sistemas de asistencia social o salud, que alentarían la desviación hacia otras instituciones.

7.5 Ampliación de las redes

El entusiasmo por las condenas de carácter comunitario y las alternativas basadas en el tratamiento de los delincuentes pueden conducir a que se utilicen como un añadido al encarcelamiento, y no en su lugar. Los Estados han de asegurarse de que su atención se mantiene firmemente centrada en el objetivo general de establecer alternativas al encarcelamiento que reduzcan la población carcelaria.

7.6 Vigilancia y seguimiento

Las autoridades han de examinar continuamente las distintas estrategias adoptadas para utilizar las alternativas al encarcelamiento. Un enfoque sería establecer plazos para cumplir determinadas metas, de forma que puedan celebrarse los éxitos y tomar nota de los fracasos. Si no se cumplen las metas, deben adoptarse rápidamente medidas correctoras. Para mantener la credibilidad de las alternativas, las autoridades han de asegurarse de que se utilizan correctamente.

Deben prestar atención a motivar a los delincuentes para que acepten las condenas en la comunidad no solo con el fin de evitar el encarcelamiento sino también como oportunidad para mejorar sus vidas. El apoyo de las comunidades a las alternativas ayudará a crear un clima de cooperación y confianza mutua para utilizarlas de forma óptima.

7.7 Promoción de alternativas

Las autoridades tienen la responsabilidad de promover lo máximo posible la comprensión pública de las ventajas de una estrategia general de utilización de alternativas para reducir el encarcelamiento⁷⁴. Para lograrlo pueden utilizarse varias estrategias. El Estado puede empezar ampliando el acceso a su propia base de conocimientos para que el público conozca los costes del encarcelamiento y las ventajas que pueden suponer las alternativas. La educación del público es fundamental.

Para promover el uso de alternativas y darles publicidad, el Estado debe establecer asociaciones con las organizaciones de profesionales que trabajan en el sector de la justicia penal y con organizaciones no gubernamentales que tengan actividades en la esfera del delito y su castigo. El Estado debe centrarse en conseguir el apoyo de los grupos de víctimas mostrándoles cómo las alternativas al encarcelamiento suponen ventajas también para ellas.

El Estado ha de valorar con cuidado la opinión pública sobre la conveniencia de las alternativas al encarcelamiento.

Investigaciones realizadas han mostrado que el público, si bien se muestra con frecuencia muy punitivo cuando se le pregunta sobre las penas que deben aplicarse a los delincuentes en general, se muestra considerablemente menos punitivo cuando se le ofrece una información más detallada⁷⁵.

El Estado debe desarrollar una estrategia para poner a disposición del público información suficiente, a fin de que éste pueda hacer una contribución informada al debate sobre las alternativas. Ha de incluirse información sobre las actuales prácticas de sentencia, ya que es frecuente que la población en general no esté bien informada sobre las sentencias en general y solo conozca unos pocos casos atípicos.

El Estado debe realizar sondeos profundos de la opinión pública que permitan contrarrestar las alegaciones de que la población en general es punitiva de forma inherente. Los políticos de nivel más alto y los líderes de la sociedad civil deben modelar la opinión pública, y no seguirla, pues su influencia potencial es muy grande.

Investigaciones realizadas han mostrado que el público, si bien se muestra con frecuencia muy punitivo cuando se le pregunta sobre las penas que deben aplicarse a los delincuentes en general, se muestra considerablemente menos punitivo cuando se le ofrece una información más detallada.

⁷⁴Véase, en general, Lappi-Seppala, T. (2003), “Enhancing the Community Alternatives — Getting the Measures Accepted and Implemented”, en *UNAFEI Annual Report for 2002 y Resource Material Series No. 61*, Fuchu, Japón, págs. 88 a 97, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no61/pdf

⁷⁵Mike Hough y Julian V. Roberts, “Sentencing trends in Britain: Public knowledge and public opinion” (1999) 1 *Punishment and Society*, 11 a 26; Julian V. Roberts et al., *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from five countries*, Oxford University Press: Oxford y Nueva York, 2003.

7.8 Los medios de comunicación y las alternativas al encarcelamiento

Los distintos medios de comunicación tienen un papel fundamental que desempeñar informando al público sobre las actitudes frente al encarcelamiento. Es necesario que sean informados cuidadosamente de la eficacia general de las alternativas, de modo que puedan situar los ocasionales fracasos en una perspectiva más amplia. Las autoridades competentes deben cultivar las relaciones con los medios de comunicación a largo plazo, actualizando su información sobre los acontecimientos en esta esfera de una forma accesible y no técnica. Si algunos periodistas proponen castigos más duros, por ejemplo, un uso más amplio del encarcelamiento, las autoridades deben responder preguntándoles sobre el coste de sus propuestas y el detalle de los recursos adicionales que serían necesarios.

7.9 Justicia e igualdad

Las autoridades deben evitar la presentación de los beneficios de las alternativas al encarcelamiento solo en términos de ahorro potencial para el Estado. Deben también subrayar la justicia de las alternativas basadas en la comunidad. Es importante también que se centren en el principio de igualdad para evitar la sensación equivocada de que solo un pequeño grupo selecto puede acceder a estas alternativas.

Conclusión



El consenso plasmado en las reglas y normas de las Naciones Unidas es que, como el encarcelamiento tiene un cierto número de desventajas graves, hay que instar a los Estados Miembros a que utilicen las alternativas al encarcelamiento para reducir la población reclusa. Las reglas y normas de las Naciones Unidas abogan por el uso del encarcelamiento solo como último recurso y que se utilice con la menor frecuencia posible.

Las alternativas al encarcelamiento con frecuencia son más eficaces que éste para lograr importantes objetivos de seguridad pública, por ejemplo, una mayor tranquilidad para la población. Si están diseñadas y aplicadas adecuadamente pueden violar menos los derechos humanos, costando al mismo tiempo menos a corto y largo plazo. Este manual se ha centrado en las alternativas al encarcelamiento en todas las etapas del proceso de justicia penal que son conformes con las reglas y normas de las Naciones Unidas.

La primera estrategia es mantener a los delincuentes totalmente fuera del sistema de justicia penal. Las conductas socialmente indeseables no se han de tipificar siempre como delito ni se han de afrontar con los procedimientos propios de la justicia penal; la despenalización redefine legalmente conductas antes consideradas delictivas para que dejen de ser un delito. La siguiente estrategia es la desviación hacia otras instituciones, es decir, las distintas posibilidades de remitir a los delincuentes a programas de tratamiento, o de otro tipo, en lugar de someterlos formalmente al sistema de justicia penal.

En el manual se han examinado las cuestiones que plantea el encarcelamiento en cada etapa de los procedimientos penales (fase anterior al juicio, fase anterior a la acusación, fase anterior a la sentencia, sentencia y excarcelación anticipada), se han descrito con detalle los tipos de alternativas disponibles y se ha indicado qué infraestructura se necesita para que estas alternativas sean una opción realista, incluyendo la identificación de los principales agentes cuya intervención se necesita para que se produzcan estos cambios. En todas las secciones se exponen ejemplos de alternativas y de su funcionamiento en la práctica.

En la etapa anterior al juicio, la detención de personas cuya inocencia se presume constituye una infracción especialmente grave del derecho a la libertad. Solo en circunstancias extremadamente limitadas está justificada esta detención. En el manual se ofrecen ejemplos de alternativas a la detención preventiva que dan respuesta a las preocupaciones tanto por la seguridad pública como por los derechos humanos. Algunas de las opciones consideradas incluyen la excarcelación del acusado y la orden de que realice determinadas actividades, o de que se abstenga de ellas. Estas órdenes pueden incluir requisitos tales como comparecer ante un juez un día determinado o permanecer en una dirección concreta, aparte de otras muchas posibilidades.

En el manual se propone que, en la fase de la sentencia, se proceda a un examen cuidadoso de cada caso para determinar si realmente se necesita una pena de prisión. Si la respuesta es afirmativa, en el manual se sugiere también que las condenas a penas de cárcel no superen el tiempo mínimo necesario para que se cumpla el objetivo por el que se impusieron. En el manual se examinan también en profundidad algunas alternativas al encarcelamiento, entre ellas, aunque sin ánimo exhaustivo, las sanciones verbales, las libertades condicionales, las penas privativas de derechos o inhabilitaciones y las órdenes de servicios a la comunidad, siguiendo el planteamiento de las Reglas de Tokio.

Las excarcelaciones anticipadas tienen también una considerable importancia práctica para reducir la población de reclusos y conseguir que el encarcelamiento se utilice con la menor frecuencia posible. En el manual se examinan varias alternativas al encarcelamiento, entre ellas diversas formas de libertad condicional, de remisión de penas y de indulto, así como permisos y centros de transición.

En el manual se presta también especial atención a determinados grupos de delincuentes que pueden ser especialmente vulnerables a los efectos negativos de las cárceles, por ejemplo, los niños, las mujeres, los enfermos mentales y los que cometen delitos relacionados con drogas, y se examina qué alternativas concretas al encarcelamiento podrían utilizarse con estos grupos especiales y cuáles serían más adecuadas.

Por último, el manual constituye un marco que puede ayudar a los lectores a desarrollar una estrategia coherente de reducción de la población carcelaria. Se espera que el contenido de este manual ayude a los gobiernos y las comunidades a considerar y utilizar alternativas al encarcelamiento.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org



Publicación de las Naciones Unidas
Impreso en Austria

Núm. de venta: S.07.XI.2



V.10-54803—Noviembre de 2010—530

USD 25

ISBN 978-92-1-348151-6



9 789213 481516