

HACIA UNA APROXIMACIÓN GLOBAL DE LA CUESTIÓN DE LAS ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN

PIERRE V. TOURNIER¹

La manera más clásica de tratar el tema de las alternativas a la prisión consiste en razonar en términos de sanciones alternativas : en uno u otro país, o en un país determinado, en una época u otra, nos interrogaremos sobre la producción de las jurisdicciones de sentencia. Se trata entonces de medir la porción de las penas no privativas de libertad pronunciadas en el conjunto de sanciones penales en un año determinado. Este ejercicio, que puede parecer sencillo, exige de hecho cierto número de elecciones metodológicas muy delicadas. Ilustraremos la cuestión a partir del ejemplo de Francia.

1. ¿A qué condenamos?

Según las estadísticas de Antecedentes Penales², el conjunto de jurisdicciones de sentencia han pronunciado 548 746 condenas durante el año 2001³. Sobre este total, se tienen 1.348 condenas a reclusión criminal (pena que sanciona un crimen) y 268 761 condenas

¹ Director de investigación en el CNRS (Centro nacional de la investigación científica), Centro de Historia Social del Siglo xx (Universidad de Paris 1-Panthéon Sorbonne) tournier@ext.jussieu.fr. Traducción de Alberto Manuel Poletti Adorno.

² Estas estadísticas conciernen las condenas por crímenes, delitos y contravenciones de quinta categoría. Ministerio de Justicia, 2002.

³ Disponíamos igualmente de los datos del año 2002, pero no nos dedicamos a ellos ya que han sido modificados por los efectos de la ley de amnistía que, tradicionalmente, ha seguido a la elección presidencial.

a encarcelamiento (pena que sanciona un delito), o sea 270.109 penas privativas de libertad (PPL). Lo que representa una tasa de PPL de **49,2%**. Se debe aún tener en cuenta el hecho de que las penas de encarcelamiento son de tres tipos : 74 117 penas cerradas, 172 673 penas con suspensión a prueba de la ejecución de la condena total (generalmente suspensiones simples⁴, pero también algunas acompañadas de la imposición de obligaciones y reglas de conducta o de una medida de trabajo de interés general) y finalmente 21 971 suspensiones parciales (penas mixtas). Si se excluyen las penas con suspensión a prueba de la ejecución total, no quedan sino 97 436 PPL efectivas, o sea una tasa de **17,8%**. Pero es cierto que la pena con suspensión es una espada de Damocles que puede transformarse en una pena cerrada en caso de revocación de la suspensión.

La primera manera de presentar las cosas señala que las PPL tienen casi la misma frecuencia que las penas alternativas, mientras que estas últimas representan el 82% de las sanciones en la segunda presentación.

Pero ¿es razonable confundir en una misma tasa 1.º los crímenes donde la pena privativa de libertad es casi la regla y las contravenciones de quinta categoría donde el pronunciamiento de una PPL no es posible en derecho, y los delitos?

Nota metodológica

La tasa de penas privativas de libertad (T) es la media calculada de los porcentajes de crímenes, delitos y contravenciones de quinta categoría, los coeficientes de cálculo fueron el peso de cada una de las categorías de infracciones en relación al conjunto.

Sea T_1 la tasa de PPL para los crímenes, T_2 la tasa de PPL para los delitos y T_3 la tasa de PPL para las contravenciones de quinta categoría.

Sea p_1 la proporción de crímenes, p_2 la proporción de delitos y T_3 la proporción de contravenciones de quinta categoría.

$$\text{Tenemos } T = p_1 \cdot T_1 + p_2 \cdot T_2 + p_3 \cdot T_3$$

Si consideramos en primer lugar que $p_1 = 0\%$ (en realidad: 0,6%) que $T_1 = 100\%$ y $T_3 = 0\%$, la fórmula precedente se simplifica y obtenemos:

$$T = p_2 \cdot T_2 = 77,0\% \times 63,2 = 49\% \text{ incluyendo las penas con suspensión a prueba total}$$

$$T = p_2 \cdot T_2 = 77,0\% \times 22,4 = 17\% \text{ excluyendo las penas con suspensión a prueba total}$$

⁴ Sin «supervisión».

Para los crímenes — en número de 3 262 — la tasa de PPL es de 99,2% incluyendo las penas con suspensión a prueba de la ejecución de la condena total y de 91,3% excluyéndolas. Para los delitos — en número de 422 549 — estas tasas son respectivamente de **63,2%** y de **22,4%**. Evidentemente, el porcentaje es de 0% para las 122 935 contravenciones de quinta categoría.

Pero la consideración —o no— de las penas con suspensión a prueba total y la distinción de la categoría jurídica de la infracción no son los únicos problemas que plantean estos cálculos.

De esta forma, ¿no damos un rodeo razonando como venimos de hacerlo sobre el conjunto de las jurisdicciones de sentencia, sin distinguir entre las de primera instancia y los tribunales de apelación (ver cuadro infra)?

Condena 2001	Tasa de penas privativas de libertad	
	Incluyendo las penas con suspensión a prueba total	Excluyendo las penas con suspensión a prueba total
Todas las jurisdicciones	49,2%	17,8%
Tribunal de sentencia mayores	99,9%	95,2%
Cámara de apelación mayores	70,1%	38,5%
Tribunal correccional	64,3%	22,1%
Tribunal de policía	0,0%	0,0%
Tribunal de sentencia menores	100,0%	87,1%
Cámara de apelación menores	84,1%	39,7%
Tribunal de menores	78,0%	21,5%
Juez de menores	0,0%	0,0%
Tribunal militar	58,6%	10,0%

Para evitar este problema, la solución será substituir la aproximación transversal aquí utilizada (tomando en cuenta las condenas pronunciadas en un año determinado) por un análisis de tipo longitudinal consistente a seguir los casos a través de los diferentes grados de jurisdicción hasta que se conozca la sanción definitiva.

Por último, ¿debemos considerar también la forma de juzgamiento, lo que significa, debemos razonar únicamente con relación a las condenas pronunciadas de forma contradictoria o bien incluir los juzgamientos que pueden ser atacados, en razón de la ausencia del condenado?

Vemos que, a pesar de una sencillez aparente, esta forma de actuar nos deja ciertos problemas sin resolver. Además, tiene el inconveniente mayor de ignorar que el proceso penal —momento del establecimiento de la culpabilidad y del tipo de la pena— se inscribe en un procedimiento, que hay un antes (pre-sentencia) y un después (post-sentencia) en los cuales la cuestión del recurso a las alternativas a la privación de libertad se presenta igualmente.

2. Otra aproximación a partir de la demografía carcelaria

Es a continuación de los trabajos realizados por el Consejo de cooperación penológica (Consejo de Europa) sobre la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios y la inflación carcelaria⁵ que hemos propuesto una tipología original de las alternativas a la privación de libertad. Denominamos «*alternativa de 1.º categoría*», toda medida o sanción penal (MSP) que tiene por consecuencia reducir el número de entradas en detención⁶. Es el caso del control judicial *ab initio* —pronunciado antes de toda detención provisoria— o del trabajo de interés general (TIG), la suspensión a prueba de la ejecución de la condena con o sin condiciones —cuando la sanción es pronunciada en contra de un imputado libre—. Se puede decir que estas alternativas son «radicales». Evitando la entrada en detención, ellas permiten al imputado o al condenado escapar totalmente al encarcelamiento, de no conocer la prisión.

Las «*alternativas de 2.º categoría*» permiten reducir la duración de la detención, o para ser más precisos, el tiempo de privación de libertad. Es entonces una medida menos perniciosa, ella es «parcial» o «relativa»: el recurso a la prisión no pudo ser evitado, pero es posible reducir el tiempo de privación de libertad de una u otra forma. En este esquema, las reducciones de pena por «buena conducta» o por «serios testimonios de readaptación social», los indultos individuales o colectivos que se refieren a las personas privadas de libertad son alternativas de 2.º categoría.

Es verdad que esta dicotomía no permite clasificar el conjunto de MSP en dos categorías distintas ya que muchas pertenecen a una y otra categoría según las condiciones de aplicación. Así el control judicial es una medida de primera categoría si es pronunciada *ab initio*.

⁵ Consejo de Europa, 2000.

⁶ Tournier, 2001.

Pero si se decide una vez que la persona se encuentra privada de libertad (por detención provisoria), la medida es de segunda categoría: se reduce la duración del encarcelamiento, mientras se espera el juzgamiento del caso. Sucede lo mismo con la suspensión a prueba de la ejecución de la condena : sanción de primera categoría si el imputado no es objeto de una detención provisoria, sanción de segunda categoría en caso contrario. La libertad condicional pertenece a la segunda categoría. Es verdad, ella no reduce el tiempo de ejecución de la pena, pero permite una libertad anticipada —levantando la detención— ya que el resto de la pena es efectuado en «medio abierto». Es así que la cuestión de la **individualización de las penas** aparece como parte integrante de la problemática de las alternativas a la privación de la libertad.

De esta forma, la dicotomía precedente dentro del conjunto de alternativas muestra sus límites. ¿Que sucede, en efecto, con la semi-libertad, la colocación al exterior bajo vigilancia, medidas que son ellas también, de hecho, alternativas, parciales o relativas, a la prisión pero que no evitan la privación de libertad —ellas no son de primera categoría— y no reducen la duración del encarcelamiento —ellas no son de segunda categoría?

De esta manera llamamos «*alternativas de 3.º categoría*» las MSP que reducen el tiempo realmente pasado detrás de los barrotes de los establecimientos penitenciarios, sin levantamiento de la privación de libertad y por ende sin reducción del tiempo de encarcelamiento. Es el caso de la semi-libertad como también de la colocación al exterior bajo vigilancia. Es también el caso de la decisión de colocar a una persona bajo vigilancia electrónica (PSE en francés, placement sous surveillance électronique).

3. Alternativas virtuales contra alternativas reales

Cuando una persona, sobre la cual no se decidió aún una detención provisoria, se beneficia de un control judicial y se encuentra posteriormente condenada a una pena con suspensión a prueba de la ejecución de la condena total, podemos pensar que esta medida individual de control le ha realmente permitido escapar a la prisión. Pero podemos afirmar también que el juez de instrucción no habría utilizado la detención provisoria si el control judicial no hubiera existido en el derecho. El juez ha utilizado una garantía suplementaria que le era ofrecida. De esta manera, este control judicial no desempeña su papel de alternativa a la privación de libertad (es una alternativa virtual) sino permite ampliar la red del control social. Es la

teoría de la «red amplia» (*net-widening*). Esta misma cuestión puede más o menos presentarse para todas las alternativas de 1.º categoría. Tal condenado a trabajo de interés general (TIG) ¿habría sido condenado a una pena de privación de libertad cerrada si el TIG no hubiera figurado en los textos? ¿No sería «beneficiado» preferentemente de una suspensión a prueba simple, o de una multa?

La cuestión se presenta en términos bastante diferentes para las alternativas de segunda categoría. Un condenado a quien le restan tres años de detención criminal a cumplir y a quien se le otorga una libertad condicional se beneficia de una alternativa real. Él cumplirá el resto de la pena fuera de prisión. Y sin embargo...

Es sabido que las libertades condicionales son cada vez más raras⁷. El Parlamento y el Gobierno han tomado conciencia de esta situación y han emprendido una reforma importante en el procedimiento de otorgamiento de estas medidas en el marco de la ley del 15 de junio de 2000. Imaginemos que la deseada reactivación de la libertad condicional sea efectiva. ¿No conllevará ella, luego de un lapso, una aumentación compensatoria del quantum de penas pronunciadas por las jurisdicciones, frustradas de ver «sus» sanciones muy «erosionadas»? De esta manera, una alternativa de 2.º categoría, muy real, «al nivel micro» —el beneficiario no tendrá ninguna duda al respecto— puede volverse muy virtual al nivel «macro».

Para las medidas de 3.º categoría, es necesario distinguir las medidas *ab initio* —tomadas al inicio de la detención— de las demás. Tomemos el caso de la colocación bajo vigilancia electrónica (PSE) correspondiente a la ejecución de una pena de menos de un año: en ausencia del PSE, en derecho, el interesado ¿habría sido condenado a una pena de privación de libertad efectiva, o habría sido, simplemente, objeto de una suspensión a prueba de la ejecución de la condena, o de una suspensión simple? ¿Desde ese momento, las jurisdicciones no estarán animadas a pronunciar penas de privación de libertad cerradas de menos de un año en los casos que ellas hayan acordado la suspensión, sabiendo que el condenado podría escapar a la detención debido al brazalete electrónico? Razonamiento de los más aleatorios ya que podemos imaginar el escenario «catastrófico» siguiente: un tribunal correccional pronuncia una pena de privación de libertad cerrada de seis meses por ejemplo, antes que una suspensión a prueba de la ejecución de la condena, pensando que ella será ejecutada mediante colocación de la persona bajo vigilancia electrónica, pero el juez de ejecución penal sobre quien recae la de-

⁷ Tournier, 2000.

cisión de colocación rechaza esta medida. Lejos de ser entonces una alternativa a la privación de libertad, el PSE favorece el recurso a esta privación.

Sin embargo, el PSE al final de la pena no presenta el mismo tipo de interrogantes. El caso de medidas probatorias a la libertad condicional es particular. Su existencia puede favorecer el otorgamiento de la libertad condicional aumentando las garantías sobre las cuales puede apoyarse el juez de ejecución penal. Pero ella puede retardar la libertad condicional. Sin estas medidas, la libertad condicional habría sido efectiva a contar del día d ; con estas medidas, el detenido podrá salir solamente a partir del día $d + d'$; alternativa virtual ya que, en realidad, tiene por efecto aumentar el tiempo de detención.

¿Las medidas y sanciones penales tendrían un parentesco con Janus? En poco tiempo, encontraremos un «experto» que se propondrá establecer precisamente esta dualidad anunciando que, en 50% de los casos, el PSE —probatorio favorece el otorgamiento de la libertad condicional y que, en 50% de los casos, retarda la libertad bajo condiciones—. Esta observación —irónica— no cierra el debate, pero una de las formas de aclararlo es sin duda disponer de datos cuantitativos precisos sobre las consecuencias de la introducción de esta nueva medida en el campo penal⁸.

Pero antes de preguntarse sobre saber en que proporción estas medidas y sanciones son alternativas reales o virtuales, es importante hacer un nuevo censo según la tipología en tres categorías propuesta. Comparaciones entre países europeos, sobre tal base metodológica, nos parecen de gran interés heurístico.

Bibliografía citada

- Conseil de l'Europe, 2000: *Le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale*, recommandation N.º R (99) 22, adoptée par le Comité des Ministres le 30 septembre 1999 et rapport élaboré avec l'assistance de A. Kuhn, P.V. Tournier et R. Walmsley, coll. Références juridiques, 212 pages.
- Council of Europe: *Prison overcrowding and prison population inflation*, recommendation N.º R (99) 22, adopted by the Comity of Ministers on 30 september 1999 and report prepared with the assistance of A. Kuhn, P. Tournier and R. Walmsley, coll. Legal Issues, 2000, 206 pages.
- Consejo de Europa, 2000: La sobrepoblación de las prisiones y la inflación carceral, Recomendación N.º R (99) 22, adoptada por el Comité de Mi-

⁸ Kensey, Pitoun, Lévy, Tournier, 2003.

- nistros el 30 de setiembre de 1999 e informe elaborado con ayuda de A. Kuhn, P. V. Tournier y R. Walmsley, coll. Referencias jurídicas, 212 páginas.
- KENSEY (A.), PITOUN (A.), LÉVY (R.) & TOURNIER (P.V.) (resp. scientifiques), 2003: *Sous surveillance électronique. La mise en place du «bracelet électronique» en France (octobre 2000 - mai 2001)*, convention de recherche entre le CNRS et le Ministère de la Justice (DAP) du 25 juin 2001, 175 pages.
- KENSEY (A.), PITOUN (A.), LÉVY (R.) & TOURNIER (P.V.) (responsables científicos), 2003: *Bajo vigilancia electrónica. La puesta en funcionamiento del «brazalete electrónico» en Francia (octubre de 2000 - mayo de 2001)*, convención de investigación entre el CNRS y el Ministerio de Justicia (DAP) del 25 junio 2001, 175 páginas.
- Ministère de la Justice, 2002, *Les condamnations en 2001*, Etudes et statistiques Justice, n.º 20, 280 pages.
- Ministerio de Justicia, 2002, *Las condenas en 2001*, Estudios y Estadísticas Justicia, n.º 20, 280 páginas.
- TOURNIER (P.V.), 2000: Actualité de la libération conditionnelle : pour une libération sans retour, *Informations Sociales, Les enfermements*, n.º 82, 2000, 46-55.
- TOURNIER (P.V.), 2000: Actualidad de la libertad condicional: por una libertad sin retorno a la prisión, *Informes sociales, El encierro*, n.º 82, 2000, 46-55.
- TOURNIER (P.V.), 2001: Détenus hors les murs. Des substituts du troisième type, *Revue nationale des barreaux*, n.º 63-64, 153-159.
- TOURNIER (P.V.), 2001: Detenido fuera de los muros. Los substitutos de tercer tipo, *Revista nacional de barreaux*, n.º 63-64, 153-159.

NOTA:

Control judicial: Institución creada por la ley del 17 de julio de 1970 consistente en diversas medidas, obligaciones o prohibiciones que restringen la libertad de una persona a quien se imputa la comisión de un hecho punible, pero evitan su encarcelamiento mientras dura el proceso penal, hasta el dictado de la sentencia.