

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. PROBLEMAS METODOLÓGICOS DE LA EVALUACIÓN Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN COMPARADAS SOBRE SANCIONES

Frieder DÜNKEL *

SUMARIO: I. Comparación de los desarrollos político-criminales en Europa. II. Planteamiento y criterios de la investigación sobre la evaluación. III. Criterios de la medición de resultado: justificación de consideraciones de orden preventivo general y especial en el marco de la configuración del sistema de sanciones. IV. Problemas metodológicos en la medición de la eficiencia preventiva especial. V. Resultados de la investigación comparada sobre la sanción. VI. Conclusiones.

I. COMPARACIÓN DE LOS DESARROLLOS POLÍTICO-CRIMINALES EN EUROPA

La ampliación de alternativas a la pena privativa de libertad se ha convertido en un tema político-criminal central en la mayoría de los países de Europa occidental.¹ Desde finales de los años setenta y bajo la impresión de considerables problemas de capacidad de la justicia y especialmente de la ejecución de la justicia,² la desinstitucionalización

* Profesor-investigador de Criminología en el Instituto Max-Planck de Freiburg, Alemania. Por la comparación sobre los países latinoamericanos y por la traducción de estas notas doy las gracias a Carlos Tiffer Sotomayor, de San José (Costa Rica).

¹ Aunque los sistemas penales latinoamericanos tienen como columna vertebral las penas privativas de libertad, no se han ensayado sustitutos penales de la privación de libertad. Con la excepción del Código Penal de Brasil, que tiene previstos algunos sustitutos, el tema ha sido poco tratado por la doctrina y los trabajos empíricos son muy escasos. También el Código Penal mexicano tiene previsto la posibilidad de sustituir la pena de prisión cuando no exceda de un año por pena de multa o trabajo en favor de la comunidad (artículo 70). Véase, por ejemplo, Zoroastro de Paiva Ferreira, "Penas e sustitutos penais", en *Criminalidade*, São Paulo, 1986; "Métodos correccionales no institucionales", en García Basalo, C., *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria. Monografía jurídica*, Buenos Aires, 1970; Castillo Barrantes, J. E., "Los sustitutos de la prisión. Estado actual y tendencias en América Latina", *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 8, 1984, pp. 35-46.

² No sólo en Europa se han percibido los problemas de capacidad de los centros penitenciarios y eficiencia de la ejecución. En América Latina se padece de

y la desjudicialización han sido dos ideas dominantes que han ejercido una notable influencia sobre la política y la práctica criminal y han coadyuvado —al menos parcialmente— a que las sentencias, sobre todo las condenatorias a pena privativa de libertad incondicional, no aumentaran en las mismas proporciones que la criminalidad registrada.³

Como alternativa más importante para la sustitución de una pena privativa de libertad ejecutable se ha desarrollado ante todo la suspensión de condena con libertad vigilada según el modelo del *sursis* franco-belga, o bien en forma de condena condicional en el sentido de la *probation* inglesa. Cabe añadir aquí la sustitución parcial de la pena privativa de libertad por la vía de la libertad condicional del régimen penitenciario.⁴ Desde principios de los años ochenta se ampliaron ambas instituciones a efectos de una reducción del número de reclusos. A título de ejemplo pueden mencionarse aquí las reformas

superpoblación carcelaria, lentitud procesal, falta de recursos financieros y personal especializado para una adecuada y racional ejecución penal. Véase, por ejemplo, Agundez, A., M. Fernández, y E. Ruiz, *Régimen legal básico de los países iberoamericanos*, Madrid, 1986.

³ Esto es claro en especial en el ejemplo del desarrollo de la criminalidad juvenil, donde con la divulgación de las diferentes ideas de desjudicialización, la aplicación del procedimiento penal cada día es menor. La mayoría de los países de Europa occidental tienen respecto a esto la posibilidad de decidir, según el principio de oportunidad en la etapa del Ministerio Público y parcialmente en la fase policial, dar por terminado el procedimiento penal. Véase, en resumen, Tak, J. P., *The legal scope of nonprosecution in Europe*, Helsinki (HEUNI), 1986. Sobre el aumento de la criminalidad juvenil registrada, los números estables y respectivamente la disminución de sentenciados especialmente en la República Federal de Alemania (R. F. A.), en Austria y los Países Bajos, véase Dünkel, F., "Erscheinungsformen und Ursachen von Jugendkriminalität unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland Österreich, der Schweiz und den Niederlanden" ("Formas y causas de criminalidad juvenil, especialmente su desarrollo en la República Federal de Alemania, Austria, Suiza y en los Países Bajos"), en *Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe. Jugendhilfe und Jugenddelinquenz (Asistencia y delincuencia juvenil)*, Bonn, 1988, en prensa.

⁴ Según considera el tratadista Zaffaroni: "En Latinoamérica no se han ensayado formas de 'probation' ni de trabajo de fin de semana o prestación libre de trabajo. La multa tiene escasa relevancia penal, desarrollándose de preferencia con carácter administrativo e intimidatorio en el campo penal económico. Hay, en general, una falta de imaginación en cuanto a la búsqueda de sustitutos penales y una marcada desconfianza a la reducción sustitutiva de la pena privativa de libertad, como también a un aumento de las facultades cuantificadoras e individualizadoras judiciales y a someter a un régimen adecuado a los delitos de 'bagatela', las que suelen parangonarse con los injustos graves en sus consecuencias respecto de la reincidencia y multirreincidencia, las que no tienen otro efecto que el de agravar las penas...". Zaffaroni, E. R., *Política criminal latinoamericana, perspectivas-disyuntivas*, Buenos Aires, 1982, p. 76.

de Portugal (1983), Suecia (1983), República Federal de Alemania (1986) y Países Bajos (1986).⁵

En Portugal se permitió la suspensión de penas privativas de libertad de hasta tres años (hasta ahora: dos años) sin limitaciones; además, se introdujo una sanción parecida a la *probation* inglesa con sujeción simultánea y obligatoria a vigilancia de la libertad condicional. En Suecia se redujeron en 1983 los periodos de libertad vigilada a normalmente un año, con ampliación simultánea del círculo de personas afectadas por esta medida. También se generalizó la excarcelación condicional después del cumplimiento de la mitad de la condena. El objetivo del legislador apunta hacia la reducción de aproximadamente 450 plazas carcelarias y el consiguiente ahorro de considerables gastos penitenciarios.⁶ Parece incluso que este objetivo ha sido ampliamente rebasado: a principios de 1983 había apenas 5,500 detenidos registrados; ya en septiembre de 1983 había sólo 4,400. Hasta principios de 1986 la población penitenciaria se estabilizó en este nivel con aproximadamente 4,600 reclusos, de forma que la disminución global fue de aproximadamente el 15%.⁷

⁵ El Código Penal tipo para América Latina (1962), y que muchos países siguen, estableció en el artículo 42 dos tipos de penas: principales, prisión y multa, y accesorias, inhabilitación absoluta o inhabilitación especial. Aunque el artículo 47 prevé la posibilidad de autorizar al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin renumeración, a favor de la administración pública, expresamente este importante proyecto no estableció alternativas o formas que facilitarían la ejecución de la privación de libertad, salvo en los casos y formas que luego se dirán. Véase Grisolia, F. (ed.), *Código tipo para Latinoamérica*, parte general, Santiago de Chile, 1973.

⁶ Véase Cornils, K., y B. Wiskemana, "Strafvollzug in Freiheit und Bewährungshilfe in Schweden" ("Ejecución en libertad y libertad asistida en Suecia"), en Dünkel, F., y G. Spieß (eds.), *Alternativen zur Freiheitsstrafe (Alternativas de la pena privativa de libertad)*, Freiburg, 1983, pp. 123-147 (126).

⁷ El 1º de febrero de 1987 la población reclusa de Suecia era un total de 4,777 (57.0 por 100,000 habitantes) que en comparación con el 1º de febrero de 1983 (n = 5,461) descendió un 13%. Véase Council of Europe (ed.), *Prison Information Bulletin*, núm. 6, Estrasburgo, 1987, p. 23. La tendencia en América Latina desde la perspectiva del legislador es otra, según lo explica Zaffaroni (op. cit., supra nota 4, p. 77): "En tanto que en Europa se abre paso aceleradamente la tendencia a la 'descriminalización' de muchas conductas, que pasan a ser injustos administrativos o civiles, en Latinoamérica suele producirse una verdadera 'inflación penal', con tipificaciones que se superponen y que aparecen dispersas en el articulado de las más variadas leyes, neutralizando el objetivo racional de la codificación, cuya función no es sólo práctica, sino también formadora del ciudadano, a lo que contribuye, facilitándole en el texto de una ley, racionalmente elaborada, el catálogo completo de las conductas que la sociedad considera intolerables en ese momento histórico."

En los Países Bajos se aprobó a finales de 1986 una ley que amplía la suspensión de condena con libertad vigilada, así como la excarcelación anticipada del régimen penitenciario. A partir de ahora la suspensión de la pena también se contempla en las penas privativas de libertad de hasta tres años (hasta ahora el límite máximo de libertad era de un año de pena privativa de libertad), teniendo en cuenta, sin embargo, que en las condenas superiores a un año sólo se prevé una suspensión parcial de la pena. El tiempo máximo de libertad vigilada se redujo de tres a normalmente dos años. La puesta en libertad condicional, que según práctica anterior ya se aplicaba normalmente, en la actualidad es práctica legal habitual en las penas de un año y más al cumplirse los dos tercios de la pena. Solamente puede denegarse en determinados casos excepcionales.⁸ Sin embargo, y a tenor de una más estricta persecución penal especialmente en delitos graves de drogas, los Países Bajos se ven actualmente obligados a ampliar también sus capacidades penitenciarias.⁹

En la República Federal de Alemania se aprobó en 1986 una ley de reforma que facilita la suspensión de condena con libertad vigilada en casos de penas privativas de libertad de entre uno y dos años, así como la libertad condicional una vez cumplida la mitad de la pena (en detenidos por primera vez con penas privativas de libertad de hasta dos años).¹⁰ Independientemente de esta reforma, las cifras de reclusos muestran una clara tendencia regresiva, debido sobre todo a la aplica-

⁸ Véase Waling, C., y A. van Kalmthout, "Niederlande" ("Países Bajos"), en Eser, A., y B. Huber (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 1985/87 (Desarrollo del derecho penal en Europa 1985/87)*, Freiburg, 1988, en prensa.

⁹ Véase resumidamente Dünkel, F., *Die Herausforderung der geburtenschwachen Jahrgänge. Aspekte der Kosten-Nutzen-Analyse in der Kriminalpolitik (El problema del descenso de nacimientos. Análisis de los aspectos costes y beneficios de la política criminal)*, Freiburg, 1987, p. 3.

¹⁰ Una forma prevista por la mayoría de códigos penales latinoamericanos para reducir la población penal es la *condena de ejecución condicional*. Ha sido adoptada por varios países, tiene como finalidad evitar al delincuente primario la cárcel y su incuestionable poder criminógeno, siguiendo el sistema europeo por el que no se deja sin efecto la condena impuesta, sino que se suspende su ejecución en forma condicional. La mayoría de los códigos exigen que el delincuente sea primario, es decir, que no tenga condenas anteriores, que la sanción no exceda de determinado tiempo, generalmente 2 o 3 años. Así por ejemplo: Argentina (artículos 26-28), Bolivia (artículo 59), Brasil (artículos 77-82), Colombia (artículos 80-84), Costa Rica (artículos 59-63), Cuba (artículo 97), Ecuador (artículos 83-87), Guatemala (artículo 72), México (artículo 90), Nicaragua (artículos 103-107), Panamá (artículo 29), Perú (artículos 53-57), Uruguay (artículo 126). Véase Leven, R., y E. R. Zaffaroni, *Los códigos penales latinoamericanos*, Buenos Aires, 1978. Sobre el uso práctico de la condena de ejecución condicional, véase, por ejemplo, Ecuador:

ción considerablemente más restrictiva del ordenamiento de prisión preventiva desde 1983, y también a un descenso del número de condenas por actos graves de violencia.¹¹

También desde principios de los años ochenta, aunque en Gran Bretaña ya desde 1972, se ha establecido otra importante alternativa a la pena privativa de libertad: el trabajo de interés social. A pesar de las innegables dificultades iniciales de puesta en práctica especialmente en Portugal, Italia y Francia, predominan entretanto las experiencias positivas. Ello es válido también especialmente para la República Federal de Alemania, donde el servicio de utilidad pública para adultos hasta la fecha sólo es posible para evitar penas subsidiarias de privación de libertad en casos de multas impagadas. Los experimentos llevados a cabo en Dinamarca y en los Países Bajos con el servicio de interés social han sido tan positivos que se propuso su introducción en el sistema de sanciones del derecho penal. En este orden de cosas parece esencial que, sobre todo en los Países Bajos, se insistiera en que el trabajo de interés social fuera realmente intercambiable con una pena privativa de libertad a ejecutar y no reemplazara penas pecuniarías u otras sanciones ambulantes.¹²

Por lo demás, se han impuesto en los últimos años nuevas formas de sanciones ambulantes, preferentemente en el derecho penal juvenil más innovador.¹³ Véase, por ejemplo, en la República Federal de Ale-

Raub, K., *Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Ecuador (Desarrollo y situación de la pena privativa de libertad en Ecuador)*. Pfaffenweiler, 1986, pp. 163 y ss.

¹¹ La población reclusa en la República Federal de Alemania, al 30 de septiembre de 1987, era de 52,935; una parte (11,567) estaba en prisión preventiva (21.9%). Eso significa en comparación con la cantidad más alta de 65,024 reclusos al 28 de febrero de 1983, donde una parte de éstos (16,103) correspondían a reclusos en prisión preventiva (24.8%) un descenso de un 18.6% de la población total. Los reclusos en prisión preventiva tuvieron un descenso no menor de un 28.2%. Las cantidades de la población reclusa vienen de estadísticas no publicadas del Ministerio Federal de Justicia. Sobre el desarrollo de población penal en comparación de los países europeos, véanse las estadísticas de medio año del Consejo de Europa, en *Prison Information Bulletin*, Estrasburgo, núms. 2-9, 1983-1987. Véase sobre el desarrollo del servicio de interés social en comparación de Europa, Tak, P. J. P., y A. van Kalmthout, *Dienstverlening en sanctiestelsels. 's-Gravenhage* (Ministerie van Justitie), 1985; Albrecht, H. J., y W. Schädler (eds.), *Community Service. A new option in punishing offenders in Europe*. Freiburg, 1986.

¹² Véase Bol, M. W. y J. J. Overwater., *Dienstverlening. Eindrapport. 's-Gravenhage* (Ministerie van Justitie), 1984; Junger-Tas, J., *The Dutch experiments with community service. The Hague* (Ministry of Justice), 1984.

¹³ Sobre el sistema sancionatorio de menores en Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Venezuela, véase Bacigalupo, E., "Estudio comparado sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley", *ILANUD*, núms. 17 y 18, San

ción considerablemente más restrictiva del ordenamiento de prisión preventiva desde 1983, y también a un descenso del número de condenas por actos graves de violencia.¹¹

También desde principios de los años ochenta, aunque en Gran Bretaña ya desde 1972, se ha establecido otra importante alternativa a la pena privativa de libertad: el trabajo de interés social. A pesar de las innegables dificultades iniciales de puesta en práctica especialmente en Portugal, Italia y Francia, predominan entretanto las experiencias positivas. Ello es válido también especialmente para la República Federal de Alemania, donde el servicio de utilidad pública para adultos hasta la fecha sólo es posible para evitar penas subsidiarias de privación de libertad en casos de multas impagadas. Los experimentos llevados a cabo en Dinamarca y en los Países Bajos con el servicio de interés social han sido tan positivos que se propuso su introducción en el sistema de sanciones del derecho penal. En este orden de cosas parece esencial que, sobre todo en los Países Bajos, se insistiera en que el trabajo de interés social fuera realmente intercambiable con una pena privativa de libertad a ejecutar y no reemplazara penas pecuniarias u otras sanciones ambulantes.¹²

Por lo demás, se han impuesto en los últimos años nuevas formas de sanciones ambulantes, preferentemente en el derecho penal juvenil más innovador.¹³ Véase, por ejemplo, en la República Federal de Ale-

Raub, K., *Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Ecuador (Desarrollo y situación de la pena privativa de libertad en Ecuador)*. Pfaffenweiler, 1986, pp. 163 y ss.

¹¹ La población reclusa en la República Federal de Alemania, al 30 de septiembre de 1987, era de 52,935; una parte (11,567) estaba en prisión preventiva (21.9%). Eso significa en comparación con la cantidad más alta de 65,024 reclusos al 28 de febrero de 1983, donde una parte de éstos (16,103) correspondían a reclusos en prisión preventiva (24.8%) un descenso de un 18.6% de la población total. Los reclusos en prisión preventiva tuvieron un descenso no menor de un 28.2%. Las cantidades de la población reclusa vienen de estadísticas no publicadas del Ministerio Federal de Justicia. Sobre el desarrollo de población penal en comparación de los países europeos, véanse las estadísticas de medio año del Consejo de Europa, en *Prison Information Bulletin*, Estrasburgo, núms. 2-9, 1983-1987. Véase sobre el desarrollo del servicio de interés social en comparación de Europa, Tak, P. J. P., y A. van Kalmthout, *Dienstverlening en sanctiestelsels. 's-Gravenhage* (Ministerie van Justitie), 1985; Albrecht, H. J., y W. Schädler (eds.), *Community Service. A new option in punishing offenders in Europe*, Freiburg, 1986.

¹² Véase Bol, M. W. y J. J. Overwater., *Dienstverlening. Eindrapport. 's-Gravenhage* (Ministerie van Justitie), 1984; Junger-Tas, J., *The Dutch experiments with community service. The Hague* (Ministry of Justice), 1984.

¹³ Sobre el sistema sancionatorio de menores en Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Venezuela, véase Bacigalupo, E., "Estudio comparado sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley", *ILANUD*, núms. 17 y 18, San

mania el trabajo de interés social, determinados proyectos-piloto de una compensación material y/o inmaterial entre el delincuente y la víctima (reparación de agravios y similares), otras medidas de formación pedagógico-social, cursos de reforma o formas de asistencia o vigilancia en el marco de instituciones equiparables a la asistencia en libertad vigilada (mandamientos de asistencia y similares mediante los llamados modelos *Brücke*).¹⁴

En el marco de la ampliación de alternativas a la pena privativa de libertad, indudablemente habrá que tomar en consideración los efectos secundarios no pretendidos, como por ejemplo la posible hipótesis —desarrollada sobre la base de observaciones hechas en torno a la práctica de la desjudicialización en EE.UU.— de una expansión de la red de control social (*net-widening*).¹⁵ Sin embargo, tampoco en este campo parece indicada una asunción acrítica de los resultados de la investigación criminológica norteamericana. En una amplia investigación sobre jóvenes que habían delinquido por primera vez y autores de delitos de poca importancia en un estado federal (*land*) de la República Federal de Alemania, no quedó ratificada la hipótesis de la ampliación de la red de control social en contra de lo esperado a tenor de las investigaciones norteamericanas. Por el contrario, la ampliación de las medidas de desjudicialización en el derecho penal juvenil condujo, realmente, a una reducción de las condenas formales, de forma que mediante las correspondientes medidas de desjudicialización se “rectificó” efectivamente la mayor incidencia de criminalidad a lo largo de las décadas de los setenta y ochenta y las cifras de los condenados no evolucionaron en consonancia con las cifras de carga de

José, Costa Rica, 1983, pp. 57 y 68. Puede compararse con Elbert, C. “Edad y responsabilidad penal de menores en el derecho alemán. Aplicabilidad del sistema al ámbito latinoamericano”, *ILANUD*, San José, Costa Rica, núms. 17 y 18, 1983, p. 50; Viñas, R. H., *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Buenos Aires, 1983.

¹⁴ Véase resumidamente Bundesministerium der Justiz (ed.), *Neue ambulante Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz (Nuevas medidas ambulantes según la ley de menores)*, Bonn, 1987.

¹⁵ Véase Austin, J., y B. Krisberg, “The unmet promise of alternatives to incarceration”, *Crime and Delinquency*, núm. 28, 1982, pp. 374-409; Hylton, J. H., “Rhetoric and reality: A critical appraisal of community correctional programs”, *Crime and Delinquency*, núm. 28, 1982, pp. 341-373; crítica en relación a esto en los EE.UU.: Binder, A., y G. Geis, “Ad populum argumentation in criminology: juvenile diversion as rhetoric”, *Crime and Delinquency*, núm. 30, 1984, pp. 309-333; Esbensen, F. A., “Net widening? Yes and no: diversion impact assessed through a system processing rates analysis”, en S. N. Decker (ed.), *Juvenile justice policy. Analyzing trends and outcomes*, Beverly Hills (et al.), 1984, pp. 115-128.

criminalidad. La sustanciación informal del proceso servía consiguientemente a la fiscalía como instrumento económico de control de la propia carga procesal.¹⁶ Un fenómeno parecido puede observarse en los Países Bajos, donde pese a un aumento dramático de las cifras de carga de criminalidad, permanecieron generalmente constantes las cifras de los condenados hasta mediados de la década de los ochenta.¹⁷ Naturalmente, tales fenómenos sólo pueden darse de forma limitada en países con un estricto principio de la legalidad.¹⁸

La aplicación de estrategias para reducir la población reclusa es en principio posible en una doble vertiente. Por una parte, mediante la ampliación del círculo de personas sometidas a sanciones alternativas y, por otra parte, a través de una reducción sistemática de los periodos de encarcelamiento. Esta última vía la ha seguido, junto a Suecia, sobre todo Dinamarca. En 1982 en Dinamarca se redujeron en un tercio las penas máximas por delitos contra la propiedad y delitos patrimoniales; además se abolieron las agravaciones de pena para los reincidentes (en la República Federal de Alemania se abolió, a su vez, en 1986, la pena mínima de seis meses prevista para los reincidentes). En Dinamarca se retomó con ello una reforma del año 1973 que ya había contemplado una reducción en aproximadamente un tercio de los marcos penales.¹⁹ Al mismo tiempo se ampliaron las posibilidades de una libertad condicional.²⁰ El trasfondo de esta reforma lo constituyeron los

¹⁶ Véase Heinz, W., y G. Spieß, *Reaktionsalternativen im Jugendstrafrecht: Determinanten und Auswirkungen unterschiedlicher Strategien der Strafverfolgung bei jugendlichen Erst- und Bagatelldelicten (Alternativas en el derecho penal de menores: determinantes y efectos de diferencias estratégicas del procedimiento en menores primarios con delitos no graves)*. Primer informe para la sociedad alemana de investigación (Erster Zwischenbericht für die Deutsche Forschungsgemeinschaft). Konstanz, 1984; resumidamente Heinz, W., "Neue ambulante Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz: Forschung und Forschungslücken" ("Nuevas medidas ambulantes según la ley de menores: investigaciones y lagunas de investigaciones"), en *Bundesministerium der Justiz* (ed.), *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 178 y s.; Dünkel, F., *op. cit. supra* nota 9, pp. 26 y s.

¹⁷ Véase las citas anteriores según nota 3.

¹⁸ Véase las posibilidades de sobroseimiento del proceso según las razones de oportunidad en Europa: Tak, P. J. P., *op. cit.*, *supra*, nota 3. Sobre este tema puede consultarse: Kaufmann, H., "¿Peligra el orden y la seguridad pública como consecuencia de las tendencias humanizadoras en la ejecución de las penas? Al igual sobre el concepto de la pena y la ejecución orientada por el tratamiento", en Kaufmann, H., *Principios para la reforma de la ejecución*. Buenos Aires, 1977, pp. 17-33.

¹⁹ Véase Klages, J., "Dänemark" en Eser, A., y B. Huber, *Strafrechtsentwicklung in Europa 1982/84 (Desarrollo del derecho penal en Europa 1982/84)*, Freiburg, 1985, pp. 4 y s.

²⁰ La institución de la libertad condicional también se encuentra en la mayoría

serios problemas de capacidad del régimen penitenciario danés que a principios de los años ochenta había desembocado en unas llamadas listas de espera de más de 10,000 condenados. En evitación de una ulterior ampliación de las capacidades penitenciarias se acortaron sistemáticamente las penas privativas de libertad aplicadas, con el resultado de que pudo mantenerse constante la población penitenciaria pese a un número creciente de condenados a pena privativa de libertad.²¹

En general, resulta obvio que una ampliación de las alternativas a la pena privativa de libertad —prescindiendo ahora de la pena pecuniaria— depende principalmente de la institución de formas ambulantes de vigilancia en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la justicia y, con ello, de una correspondiente infraestructura. Por este motivo se ha más que quintuplicado, por ejemplo, el número de los condenados en la República Federal de Alemania sometidos a vigilancia ambulante y al control de asistentes sociales de la justicia, pasando de aproximadamente 25,000 en el año 1965 a casi 140,000 en 1985.²² Asimismo, los programas de compensa-

de los códigos penales de Latinoamérica. Tiene como objeto el rebajo de las penas. Se imponen al condenado ciertas condiciones, por ejemplo: que sea primario, que se trate de penas privativas de libertad, que haya cumplido parte de la pena, por lo general dos tercios, o tres cuartas partes. Además se le imponen ciertas obligaciones como de residencia, trabajo, abstención de bebidas alcohólicas, no cometer nuevos delitos, etcétera. El incumplimiento de tales obligaciones implica la pérdida del beneficio. Así por ejemplo: Argentina (artículos 13-17), Bolivia (artículos 66-69), Brasil (artículos 83-90), Colombia (artículos 85-90), Costa Rica (artículos 64-67), Cuba (artículos 98 y 99), Ecuador (artículos 84-94), Guatemala (artículos 78 y ss.), México (artículos 84 y 87), Nicaragua (artículos 108-113), Panamá (artículos 20 y 21), Paraguay (artículos 68-70), Perú (artículos 58-64), El Salvador (artículos 94 y ss., Uruguay (artículo 131), Venezuela (artículos 52-56) la admiten, pero no para lograr la libertad, sino la conversión de la pena de prisión o presidio, en pena de confinamiento o relegación en Colonia Penitenciaria. Levene, R. y E. Zaffaroni (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 42.

²¹ Al 1º de septiembre de 1983 la población penal era de 3,236, al 1º de septiembre de 1985 de 3,253 (63.0 por 100,000 de la población total), hasta el 1º de septiembre de 1987 la población penal aumentó solamente un poco a 3,522 (69.0 por 100,000 habitantes). Véase Council of Europe (ed.), *Prison Information Bulletin*, núm. 9, Estrasburgo, 1987, p. 23; véase también Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 3.

²² Véase el desarrollo de los servicios sociales de la justicia en la República Federal de Alemania y en comparación con Europa, en Dünkel, F., "Neuere Entwicklungen im Bereich der Bewährungshilfe und —aufsicht im internationalen Vergleich" ("Nuevas tendencias en la asistencia de la libertad vigilada en comparación internacional"), *Bewährungshilfe*, núm. 31, 1984, pp. 162-184; especialmente en la República Federal de Alemania, véase también Kerner, H. J., y E. Marks, "Bewährungshilfe neuer Qualität in einer modernen Kriminalpolitik" ("Nuevas cualidades

ción delincuente-víctima, el servicio de interés social, los cursos sociales de formación o de reformas, las medidas pedagógico-sociales ambulantes de ocupación del tiempo libre, etcétera, sólo pueden organizarse en tanto que sanciones jurídicopenales si se ponen a disposición para ello los correspondientes recursos financieros y humanos en el marco de asociaciones privadas o de la creación y/o ampliación de una organización estatal de asistencia en libertad vigilada.²³

II. PLANTEAMIENTO Y CRITERIOS DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA EVALUACIÓN

La introducción de nuevas formas de sanción en el derecho penal solamente puede legitimarse como medio de una política criminal racional si se somete a un permanente control de resultados en el marco de la investigación empírica. Lo mismo cabe decir también de las formas penales tradicionales, especialmente del régimen penitenciario, cuya legitimación está siendo, cabalmente, cada vez más cuestionada.²⁴ El "pensamiento finalístico en derecho penal" predominante desde Franz von Liszt, y con ello el principio de eficiencia,²⁵ ha contribuido también a que se implantara una evaluación científica de resultados. Se trata, en aras de una resocialización, de cuestiones tales como, por ejemplo, la igualdad —también en la justicia—, la necesidad y la proporcionalidad, las cuales parecen también empíricamente revisables.

En la investigación sobre la evaluación y en lo concerniente a las alternativas a la pena privativa de libertad, cabe considerar como esenciales los siguientes planteamientos.²⁶

de la libertad asistida en una moderna política criminal"), *Theorie und Praxis der sozialen Arbeit*, núm. 37, 1986, pp. 322-332.

²³ Véase Dünkel, F., "Möglichkeiten der Fortentwicklung der sozialen Dienste in der Justiz-eine international vergleichende Betrachtung zu Aufgabenstellungen und Organisationsstruktur" ("Posibilidades del desarrollo de los servicios sociales de la justicia. Una comparación internacional de la función y la estructura organizativa"), *Bewährungshilfe*, núm. 33, 1986, pp. 129-158.

²⁴ Véase en este sentido, Tozzini, C., y M. Arqueros, *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, 1978.

²⁵ Véase resumidamente Kaiser, G., "Erfolg, Bewährung, Effizienz" ("Efectos, efectividad y eficacia"), en Kaiser, G. (et. al.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch (Diccionario criminológico resumido)*, 2a. ed., Heidelberg, 1985, pp. 85 y ss.

²⁶ Para la formulación de técnicas de investigación en el campo criminológico puede consultarse: Miralles, T., *Métodos y técnicas de la criminología*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales; también véase Ortmann, R., "Methoden der Kriminologie" ("Métodos de la criminología"), en Kaiser, G. (et al), *op. cit.*, supra nota 25, pp. 299-314.

1. ¿Bajo qué condiciones-marco pueden organizarse y ponerse en práctica determinadas alternativas? En este contexto hay que considerar también la aceptación por parte de los jueces o la justicia así como por parte de la población. Pero además desempeñan un papel importante los recursos personales y financieros en tanto que requisito estructural de la practicabilidad de determinadas sanciones.

2. ¿A qué círculo de delincuentes alcanzan los programas de tratamiento ambulantes? ¿Se trata de aquel grupo hacia el que pretenden dirigirse específicamente las medidas político-criminales, o bien se apunta también a otros grupos de delincuentes? ¿Con qué sanciones se intercambian las alternativas? Es decir, una alternativa a la pena preventiva de libertad, ¿reemplaza realmente a esta última o acaso no sustituye otras alternativas?

3. ¿Qué alternativa es la más adecuada y para qué grupos de delincuentes? ¿Qué delincuentes fracasan ante determinadas medidas de tratamiento, por ejemplo, medidas ambulantes de terapia de grupo, servicio de interés social, etcétera? ¿Cuáles son las razones de tal fracaso?

4. ¿Qué configuración concreta de sanciones ambulantes es la más adecuada desde la óptica de la prevención especial, pero también en relación a su practicabilidad y organización? De ahí podrían corroborarse empíricamente, por ejemplo, los límites máximos para la aplicación de penas pecuniarias o el trabajo de interés social, tal como están legalmente establecidos en la mayoría de los países.

5. ¿Qué eficacia preventiva especial tiene una determinada sanción alternativa? Esta pregunta sólo puede responderse adecuadamente mediante un diseño de grupos de control, es decir, mediante la comparación de grupos similares de delincuentes sometidos a distintas sanciones. Con el fin de controlar el problema de la selección, sería preferible un diseño experimental con una distribución aleatoria de los probandos entre el grupo experimental y el de control.²⁷

6. ¿En el marco de qué práctica sancionadora es factible bajo criterios económicos una relación óptima coste-beneficio? Así por ejemplo, no se justificaría económicamente el que se sometiera a costosos tratamientos (ambulantes) a delincuentes, en los que parece suficiente una

²⁷ Este problema fue discutido en la R.F.A. intensivamente en relación con la evaluación de las medidas de tratamiento en las instituciones socialterapéuticas, véase resumidamente Kury, H. (ed.), *Methodische Probleme der Behandlungsforschung insbesondere in der Sozialtherapie (Problemas metodológicos en la investigación sobre el tratamiento, especialmente en las instituciones socialterapéuticas)*, Colonia, 1983.

represión o conminación. Lo propio cabe decir naturalmente también desde criterios de proporcionalidad.

7. ¿Existen —aparte de los mencionados en el apartado II— otros efectos secundarios no intencionados, eventualmente negativos, como por ejemplo una pérdida de eficiencia preventiva general del derecho penal? Esto afecta aspectos tales como la fidelidad jurídica de la población y la función de validación de la norma que tiene el derecho penal, aspectos éstos que se tratarán seguidamente con detenimiento.

III. CRITERIOS DE LA MEDICIÓN DE RESULTADOS: JUSTIFICACIÓN DE CONSIDERACIONES DE ORDEN PREVENTIVO GENERAL Y ESPECIAL EN EL MARCO DE LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES

En lo concerniente a la evaluación de resultados, la investigación empírica de sanciones y tratamientos establece una diferencia entre la llamada evaluación del proceso, que se centra en la puesta en práctica y en la evolución de un programa terapéutico o una sanción (es la llamada evaluación formativa, realizada a menudo por los agentes directamente involucrados en el programa de tratamiento), y el control de eficiencia en el sentido de una evaluación de resultados (la llamada evaluación sumativa), que evalúa las diferencias entre las pruebas anteriores y posteriores así como entre un grupo experimental y un grupo de control. Esta última forma de evaluación es de gran trascendencia político-criminal, ya que aquí se dirime la eficacia de distintas sanciones. La investigación empírica de la sanción se ha limitado hasta ahora principalmente a criterios de eficiencia de orden preventivo general y especial.²⁸ En este contexto, la investigación empírica ha dedicado una creciente y prioritaria atención, recientemente también en la República Federal de Alemania, a la cuestión de la eficiencia preventiva general del derecho penal y de su distinta estructuración.²⁹ Dado que aquí se

²⁸ Véase resumidamente las investigaciones empíricas comparadas sobre sanciones, Albrecht, H. J., F. Dünkel, G. Spieß, "Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik" ("Investigación empírica sobre las sanciones y el fundamento de la política criminal"), *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, núm. 64, 1981, pp. 310-326; Eisenberg, U., *Kriminologie*, 2a. ed., Colonia, 1985, pp. 475 y ss., pp. 487 y ss., pp. 493 y ss.; Kaiser, G., *Kriminologie*, 7a. ed., Heidelberg, 1985, pp. 149 y ss.

²⁹ Véase especialmente Albrecht, H.-J., "Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlichen Sanktionen" ("La eficacia de las sanciones penales en relación con la prevención general"), en Forschungsgruppe Kriminologie (ed.), *Empirische Kriminologie* Freiburg, 1980, pp. 305-327; Schöch, H., "Empirische Grundlagen der

trata solamente de los efectos preventivos generales con miras a la proporción de la pena privativa de libertad respecto a sus alternativas, huelga toda referencia a la comprobación de las funciones preventivas generales del derecho penal en general. Seguidamente sólo se abordan cuestiones relativas a una configuración distintamente represiva o liberal del sistema juridicopenal de sanciones.

Aunque se definan la evaluación de la criminalidad, la sensación de seguridad de la población y aspectos similares como partes integrantes de la seguridad interior,³⁰ o se les atribuyan cualidades propias de bien protector, hay que rechazar —por metodológicamente invariable— el intento de operacionalizar estos conceptos en orden a la configuración del sistema de reacciones. Lo propio cabe decir respecto de la llamada prevención general positiva, cuando se esperan efectos reforzadores de la norma a partir de distintas formas de reacción.³¹ Resumiendo los hallazgos empíricos en torno a la investigación sobre prevención general, retendremos lo siguiente sobre “el efecto disuasorio general de las normas y prácticas sancionadoras”.

1. La frecuencia de aparición de la conducta criminal depende en última instancia del riesgo de descubrimiento y persecución y no de la gravedad de la sanción, objetiva o subjetivamente percibida.

2. La gravedad de la sanción no se vuelve significativa hasta que el riesgo de descubrimiento alcanza un nivel muy alto.

Así pues, parece evidente que sólo puede atribuirse un carácter marginal a la prevención disuasoria en jóvenes y adultos, dado que el riesgo de descubrimiento y persecución sólo es limitadamente manipulable; también es muy estrecho el margen de variación de la gravedad de la sanción”.³² Por lo tanto, hay que dejar de lado los aspectos

Generalprävention” (“Fundamentos empíricos de la prevención general”), en Vogler, T. (ed.), *Festschrift für H.-H. Jescheck (Celebración en honor de H.-H. Jescheck)*, tomo segundo, Berlin, 1985, pp. 1081-1105; Schumann, K. F. (et al.), *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention (Delincuencia juvenil y los límites de la prevención general)*, Bremen, 1985.

³⁰ Véase Kerner, H.-J., *Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit (Estimación de la situación de criminalidad y la seguridad interna)*, Wiesbaden, 1980, pp. 46 y ss.

³¹ Véase Albrecht, H.-J., “Alternativen zur Jugendstrafe: Kriminologische Befunde zum Vergleich freiheitsentziehender und ambulanter Sanktionen” (“Alternativas en la sanción de menores. Resultados criminológicos en comparación de sanciones ambulantes y privativas de libertad”), *Kriminologisches Bulletin*, núm. 11, 1986, p. 64.

³² Vgl. Albrecht, H.-J., *op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 63 y s. Los limitados efectos de sanciones penales en la R.F.A. fueron comprobados según las investigaciones citadas en la nota 29. Igualmente fue clara la importancia del significado de las sancio-

preventivos generales al comparar distintas sanciones, por cuanto "no debe recurrirse a hipótesis empíricas no verificables como fundamentación de la estructura del derecho penal".³³

Consignientemente, queda como único criterio relevante para evaluar la función, la eficiencia preventiva especial, que en general se calcula a través de la reincidencia —basada ésta en condenas reiteradas—, diferenciándola, si hubiere lugar, según la gravedad y el intervalo temporal de la reiteración.³⁴ Si bien se alude además a la necesidad de contemplar otros criterios del campo de la integración social (integración en el puesto de trabajo, en el área de los vínculos sociales personales, de la familia, etcétera), sin embargo, hasta la fecha faltan en gran parte investigaciones empíricas.³⁵

La evaluación realizada en el marco del experimento sueco de Sundsväll puede considerarse como ejemplo de una de las pocas investigaciones en las que se operacionalizaron y verificaron otros criterios de eficiencia preventiva especial además de la cuota de reincidencia.³⁶ En el experimento se triplicaba el equipo humano y se mejoraban no-

nes informales en los ámbitos sociales (familia, comunidad, etcétera) en comparación con las sanciones formales (penales).

³³ Véase Albrecht, H.-J., *op. cit.*, *supra* nota 31, p. 67; se observa en relación a esto, que no se trata del fundamento empírico del concepto de prevención general del derecho penal, sino más bien de una comparación de las diferentes reacciones; por eso, en el caso de la desjudicialización están unidas con una amonestación del autor.

³⁴ Véase resumidamente para las investigaciones de la prevención especial, Albrecht, H.-J., F. Dünkel, y G. Spieß, *op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 314 y ss.; Berckhauer, F., y B. Hasenpusch, "Legalbewährung und Strafvollzug-zur Rückfälligkeit der 1974 aus dem niedersächsischen Strafvollzug Entlassenen" ("Efectos legales y ejecución penal. La reincidencia de los liberados en las prisiones de Baja Sajonia en 1974"), en Schwind, H.-D., y G. Steinhilper (eds.), *Modele zur Kriminalitätsvorbeugung und Resozialisierung (Modelos de prevención criminal y la resocialización)*, Heidelberg, 1982, pp. 284 y ss., con un resumen bibliográfico de las investigaciones sobre reincidencia, pp. 335 y ss.; además, véase Eisenberg, U., *op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 501 y ss.; especialmente sobre la problemática de los criterios de eficacia, véase resumidamente pp. 495 y ss.; Kaiser, G., *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 89 y ss.

³⁵ Véase la reciente investigación sobre los detenidos en instituciones de ejecución para menores de Blath, R., P. Dillig, y H. P. Frey, *Arbeit und Resozialisierung. Alltagskonflikte junger Strafgefangener am Arbeitsplatz. Eine empirische Untersuchung (Trabajo y resocialización. Conflictos cotidianos de jóvenes detenidos en centros de trabajo. Una investigación empírica)*, Weinheim, Basel, 1980.

³⁶ Véase Köhlhorn, E., "Das Sundsväll-Experiment in Schweden" ("El experimento de Sundsväll en Suecia"), en Dünkel, F., y G. Spieß (ed.), *Alternativen zur Freiheitsstrafe (Alternativas de la pena privativa de libertad)*, Freiburg, 1983, pp. 165-178.

tablemente los recursos financieros habituales en un distrito de asistencia en libertad vigilada (Sundsväll) y se comparaba este distrito con otros, cuyos equipos humanos y recursos financieros habían permanecido invariables. Como criterios de eficiencia se comprobaron, además de la reincidencia, el abuso del alcohol y la integración en el puesto de trabajo. El resultado, en términos generales más bien decepcionante, según el cual sólo pudieron constatarse cambios poco significativos en los probandos sometidos a asistencia en libertad vigilada en el distrito experimental, fue atribuido por parte de los autores entre otras razones al hecho de que la ampliación del personal no se había traducido en una mayor frecuencia de contactos entre el delegado de asistencia y el probando. A pesar de los dudosos resultados del experimento respecto al descenso de la reincidencia, integración en el puesto de trabajo o abuso del alcohol, una vez concluido el experimento, durante la década de los setenta, el gobierno sueco equiparó la dotación de los restantes distritos al nivel de la de Sundsväll y dio continuidad a una política criminal encaminada a promover las alternativas a la pena privativa de libertad.

Son evidentes las dificultades a la hora de operacionalizar y contemplar criterios diferenciados de la integración social. Desde esta perspectiva no es sorprendente, por tanto, que la investigación en materia de sanciones hasta ahora se haya limitado prácticamente a criterios fácilmente cuantificables como la reincidencia oficialmente registrada, ya sea sobre la base de datos recogidos en los registros policiales o en las estadísticas sobre condenados. Consiguientemente, la presentación que se hará en el apartado V de los resultados de la investigación empírica sobre sanciones quedará limitada a los correspondientes estudios sobre reincidencias.

IV. PROBLEMAS METODOLÓGICOS EN LA MEDICIÓN DE LA EFICIENCIA PREVENTIVA ESPECIAL

Permítasenos, sin embargo, resumir previamente algunos problemas metodológicos en la medición de la eficiencia preventiva especial (en parte se han mencionado ya en el apartado II). Los criterios que se consignan a continuación forman parte de los niveles metodológicos mínimos desarrollados en la República Federal de Alemania principalmente en aras de la comprobación de las medidas terapéuticas en régimen penitenciario y en especial de la terapia social:

1. Una definición conceptual adecuada de la forma de tratamiento o sanción.

2. La utilización de un diseño basado en grupos de control, a ser posible con una adscripción aleatoria de los probandos al grupo de control y al grupo experimental.

3. La comprobación empírica de que el grupo experimental recibió realmente el tratamiento definido y de que el grupo de control no lo recibió.

4. El control del cambio de conducta mediante medición previa y ulterior de la conducta que se pretende modificar.

5. La exacta fijación y medición de un criterio de eficiencia fiable y válido.

6. La investigación posterior del grupo de control y del grupo experimental después de un periodo de riesgo de varios años.³⁷

La realización de un diseño experimental de investigación conlleva unas dificultades especiales dado que razones éticas y prácticas imposibilitan casi siempre una distribución aleatoria de los delincuentes por distintas sanciones.³⁸ Ello se da especialmente en la proporción entre la pena privativa de libertad y sus alternativas. Sin embargo, las diferentes prácticas sancionadoras regionales —que hacen que delincuentes equiparables sean condenados en un distrito a pena privativa de libertad y en otro a penas de libertad vigilada o similares— pueden considerarse como aproximación a un diseño experimental en el sentido de un experimento natural y hacerlas útiles para la investigación. Así por ejemplo, una comparación de las prácticas sancionadoras entre los estados federales de la República Federal de Alemania arroja considerables diferencias. Lo mismo cabe decir en relación con el régimen penitenciario y su estructura. Así por ejemplo, en algunos estados federales el 30-40% de los reclusos se encuentran en régimen abierto, mientras que en otros, solamente el 5%. Si se compara la tasa de criminalidad en general o bien los delitos cometidos por los reclusos y no se constatan diferencias sustanciales bajo unas condiciones estructurales sociales constantes, podría colegirse de ello que una ulterior liberalización del derecho penal o del régimen penitenciario no desemboca en un mayor riesgo para la seguridad de la colectividad.

³⁷ Véase resumidamente Kaiser, G., *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 92 y s.

³⁸ Véase Kaiser, G., *op. cit.*, *supra* nota 25, p. 93; además resumidamente Kury, H., *op. cit.*, *supra* nota 27.

Numerosos análisis evidenciaron precisamente este resultado en la República Federal de Alemania.³⁹

A efectos de comprobación de la eficacia de diferentes sanciones se considera en general practicable y metodológicamente aceptable un llamado *diseño ex-postfacto*. Un tal diseño de investigación prevé la formación del grupo experimental y de control, estableciendo un paralelismo lo más amplio posible de los grupos en razón de las biografías sociales y legales y, si hubiere lugar, también sobre la base de las características psicológicas de la personalidad. Es decir, se buscan unos delinquentes comparables por sus antecedentes penales, su edad, la estructura del delito, extracción social, etcétera, los cuales en un caso fueron condenados a pena privativa de libertad y en otro, a libertad vigilada o pena similar. En este sentido se produjeron en los últimos años, principalmente en la República Federal de Alemania, numerosas mejoras estadísticas, por ejemplo de la homogeneización posterior de los grupos comparados en el marco de análisis de covariancias, es decir, de la parcialización adicional posterior de las diferencias entre grupos mediante procedimientos estadísticos multivariantes.⁴⁰

Todos los métodos de ensayo utilizados hasta el presente contienen problemas metodológicos que limitan la fuerza aseverativa de los resultados. Ello ocurre también en los diseños experimentales de investigación. Por otro lado, la crítica metodológica no debe llegar hasta el punto de abortar cualquier investigación concomitante sistemática. Si bien la prueba de eficiencia de determinadas formas de sanción en el sentido de una confirmación de las hipótesis causales —en el supuesto de que una tal prueba considere siquiera posible desde un punto de vista teórico-científico— se conseguirá a lo sumo a nivel experimental, cabrá esperar, sin embargo, progresos en la investigación empírica, sobre todo mediante la refutación de hipótesis realmente verificadas y derivadas de la teoría.

Con miras a la política criminal, la hipótesis examinada en la República Federal de Alemania y hasta ahora no refutada —según la cual el tratamiento de terapia social en régimen penitenciario es superior al cumplimiento general— justifica el mantenimiento de esta misma hipótesis, con la consecuencia de que los correspondientes programas terapéuticos son considerados como susceptibles de fomentarse y am-

³⁹ Véase sobre este problema Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 30 y 45.

⁴⁰ Véase por ejemplo Dünkel, F., *Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung* (*Efectos legales según el tratamiento socialterapéutico*), Berlín, 1980.

pliarse.⁴¹ Lo mismo cabe decir sobre la relación entre la pena privativa de libertad ejecutada y las alternativas, en la cual no se puede demostrar una superioridad de las reacciones jurídicopenales de mayor intensidad operativa (véase en detalle más adelante).

V. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN COMPARADA SOBRE LA SANCIÓN

Aquí se abordan ya en detalle resultados de la investigación empírica sobre sanciones. A continuación quisiera tratar determinados problemas haciendo especial hincapié en los resultados de la investigación en la República Federal de Alemania y siempre tomando como referencia el nivel empírico internacional: primeramente el campo de las tramitaciones procesales informales en el marco del sobreseimiento de la causa (medidas de desjudicialización) frente a las condenas formales (véase V.1); seguidamente veremos la comparación de sanciones ambulantes (véase V.2). A continuación se comparan programas terapéuticos ambulantes, especialmente la asistencia en la libertad vigilada frente al régimen penitenciario (véase V.3) y, por último, las diferentes formas del régimen penitenciario (véase V.4). También se plantean aspectos económicos de costes y beneficios, que a tenor de la limitación de los recursos financieros constituyen unos elementos auxiliares imprescindibles a la hora de tomar decisiones y hacen posible también en este sentido una política criminal racional.⁴²

1. *Medidas desjudicializadoras*

En dos exhaustivos estudios del Instituto de Investigación de Hechos Jurídicos de Constanza se investigaron los efectos de tramitaciones procesales informales en el área del derecho penal juvenil (artículos 45 y 47, Ley Penal Juvenil). Según estas disposiciones, el ministerio fiscal puede sobreseer el procedimiento contra un menor (14-17 años de edad) o un semiadulto (18-20 años de edad) siempre que ya se haya aplicado otra medida educativa o que el delito sea de menor importancia. También puede sobreseerse el procedimiento, previo consenti-

⁴¹ Véase especialmente Dünkel, F., "Methodische Probleme der Effizienzforschung bei Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug, insbesondere der Sozialtherapie" ("Problemas metodológicos de la investigación sobre la eficacia de las medidas de tratamiento en ejecución penal, especialmente en las instituciones socialterapéuticas"), en Kury, H., *op. cit.*, *supra* nota 27, pp. 121 y ss. y pp. 137 y s.

⁴² Véase resumidamente Dünkel, F., *op. cit.*, nota 9, pp. 32 y ss.

miento del juez de menores, si se han impuesto al menor determinadas condiciones, como por ejemplo el servicio de interés social, la asistencia a unas clases de circulación viaria, etcétera. Bajo las mismas condiciones, el juez de menores puede decretar un sobreseimiento en el marco del procedimiento de plenario. Esta substanciación procesal informal ha adquirido entretanto en la República Federal de Alemania una gran trascendencia práctica⁴³ que se refleja en el hecho de que en 1985 se sobreseyeron no menos del 48% de los procedimientos jurisdiccionales juveniles.⁴⁴

De un muestreo representativo hecho al azar de las causas concluidas en el año 1980 en Baden Württemberg, Heinz investigó 1,134 delincuentes (primarios por delitos menores contra la propiedad) y comprobó el efecto de la tramitación informal respecto de la formal después de un periodo de riesgo de 4 años. Condición previa para ello fue el hecho de que ambos grupos tampoco se diferenciaban en otras características. Para ello se escogió un diseño casi experimental, es decir, un diseño en el cual se utiliza la variancia dada entre distintas estrategias de reacción —una variancia independiente de las características del delincuente y del delito— con el fin de formar grupos de características homogéneas. Ello fue posible debido a que la variancia entre ambas formas de tramitación a investigar era extremadamente grande; en las 17 demarcaciones jurisdiccionales de Baden-Württemberg se presentaba una dispersión entre el 14% y el 100%.

Heinz resume los resultados de la investigación bajo el título "Sobre el efecto preventivo de la no-actuación", en el sentido de que no se pudo ratificar la hipótesis de una superioridad de la reacción formal

⁴³ Véase resumidamente Heinz W., "Jugendgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Empirische Bestandsaufnahme der Sanktionspraxis, gegenwärtige legislative Reformtendenzen und Perspektiven für die innere Reform" ("La jurisdicción penal de menores en la R.F.A. Resultados empíricos de las prácticas sancionatorias, tendencias de reforma legislativa y perspectivas para la reforma de *lege lata*"), en Kerner, H.-J., B. Galaway, H. Janseen (eds.), *European and North-American juvenile justice systems —aspects and tendencies—*, München, 1986, pp. 527-641; Heinz, W., y C. Hügel, *Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht (Medidas de educación según la ley de menores alemana)*, Bonn, 1986, pp. 14 y ss.

⁴⁴ Otra importante institución contemplada por la mayoría de los códigos penales latinoamericanos, tendientes a evitar la privación de la libertad, es el perdón judicial. Funciona como una causa de extinción de la punibilidad y se aplica a ciertos delitos, como por ejemplo, injurias, sustracción de incapaces. En Colombia se aplica con el cumplimiento de los mismos requisitos de la condena de ejecución condicional, por ejemplo, para los delitos de falso testimonio, homicidio por piedad, etcétera. En igual sentido se aplica en Uruguay y Guatemala. Véase Levene, R. y E. R. Zaffaroni, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 42 y s.

frente a la informal ni la intercambiabilidad de ambas formas de reacción. Por el contrario, el modo informal de proceder según los artículos 45 y 47 de la Ley Penal Juvenil demostró ser superior desde el punto de vista de la prevención especial. Si se consideran todas las nuevas incidencias, es decir, también ulteriores sobreseimientos, se produce un índice de reincidencias de los sancionados por vía informal del 37.4% frente al 49.8% de los condenados formalmente. Si se consideran solamente las nuevas condenas, son mayores, si cabe, las diferencias con 19.0% frente a 33.4% en los condenados formalmente (diferencia: 14.4%).⁴⁵ Por lo menos en el campo de la criminalidad media y menor no podrá justificarse, por tanto, una sanción formal —por razones educativas, por ejemplo.

De interés para las cuotas de sobreseimientos con diferencias específicas de cada estado federal (que en 1984 variaron por ejemplo entre el 32% en Renania-Palatinado y el 78% en Hamburgo) fueron las cuotas de reincidencia relacionadas con las mismas. Se puso de manifiesto “que incluso en unas cuotas de sobreseimiento inusualmente elevadas, el porcentaje de los reincidentes no es significativamente mayor”.⁴⁶ En este sentido, el estudio muestra que los sobreseimientos, en comparación con las condenas formales, no son considerados por parte de los afectados en absoluto como una sentencia absolutoria. Especialmente en Berlín, Bremen y Hamburgo, también en el caso de nueva incidencia se recurrió asimismo con extraordinaria frecuencia a los artículos 45 y 47 de la Ley Penal Juvenil (en el 41.5%, 25.0% 65.7% de los casos, respectivamente; promedio federal: 21.1%).⁴⁷ Por lo tanto, los nuevos delitos no se interpretaron en estos casos en el sentido de que fuera procedente una escalación de la reacción. A tenor del resultado mencionado previamente —según el cual tampoco cabe esperar mayores cuotas de reincidencia en los delincuentes con antecedentes penales a partir de los sobreseimientos— esto parece una estrategia razonable y adecuada. Consiguientemente, Heinz y Hügel, basándose en las diferencias regionales de la práctica desjudicializadora en relación con los hallazgos sobre la prevención especial, llegan a la

⁴⁵ Véase Heinz, W., *Über die Präventivwirkung des Nichtstuns. Das Subsidiaritätsprinzip des Jugendstrafverfahrens in rechtstatsächlicher Sicht (Sobre la eficacia preventiva del no hacer. El principio de subsidiaridad del procedimiento penal de menores en la práctica)*, Konstanz, 1986; Heinz, W. y C. Hügel, *op. cit.*, *supra* nota 43, pp. 62 y ss.

⁴⁶ Véase Heinz, W., y C. Hügel, *op. cit.*, *supra* nota 43, pp. 18 y ss.

⁴⁷ *Idem*, pp. 86 y ss.

conclusión de que la aplicación reforzada de substanciaciones procesales informales es “practicable y justificable desde el punto de vista del riesgo de que se perpetren otros delitos”. El principio de subsidiariedad de la Ley Penal Juvenil no es ninguna “solución socorrida”, sino “una perspectiva político-criminal correcta e importante”.⁴⁸

2. Comparación de sanciones ambulantes

Al comparar las sanciones ambulantes en la República Federal de Alemania cabe considerar tan sólo la pena pecuniaria, que constituye aproximadamente el 82% de todas las sentencias condenatorias, y la pena de libertad vigilada. Los estudios de reincidencias en este campo han sido de difícil realización ante todo porque hay diferencias sustanciales entre los grupos de delincuentes que en un caso son condenados a pena pecuniaria y en otro a pena privativa de libertad o, en su caso, a libertad vigilada. Incluso si se contemplan tan sólo los delitos contra la seguridad de la circulación, siguen persistiendo problemas metodológicos en tal sentido. Un estudio del Instituto Max-Planck, bajo un paralelismo analítico de covariancias de las variables “carga de antecedentes penales”, “antecedentes penales correspondientes”, “edad”, “categoría profesional” y “concentración de alcohol en sangre”, arrojó una tasa de reincidencia algo inferior en el caso de una multa (23%) frente a la libertad vigilada (27%) o a reclusión incondicional (29%). De ello no puede inferirse, sin embargo, que la pena pecuniaria comporte en este campo una eficiencia preventiva especial sensiblemente mayor. Por otro lado —y éste parece ser el resultado más importante—, y por lo menos en lo tocante al tráfico viario, se puede partir de una intercambiabilidad y alternatividad de las sanciones juridicocriminales. Hay que señalar además que una amplia generalización de la pena pecuniaria en detrimento de la pena corta privativa de libertad, contemplada en la ley de reforma del año 1969, no ha producido ningún incremento del riesgo de reincidencia.⁴⁹

⁴⁸ *Idem*, p. 96.

⁴⁹ Véase resumidamente Albrecht, H.-J., “Alternativen zur Freiheitsstrafe: Das Beispiel der Geldstrafe” (“Alternativas de la pena privativa de libertad: el ejemplo de la pena de multa”). *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* núm. 64, 1981, pp. 265 y ss., 276. Para el desarrollo de la pena de multa en comparación internacional véase resumidamente Jescheck, H.-H., y G. Grebing (eds.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht (La pena de multa en el derecho alemán y extranjero)*, Baden-Baden, 1978. Sobre los sustitutos penales y la necesidad de introducir nuevas medidas alternativas de la prisión en México, véase:

La tesis de una amplia intercambiabilidad y alternatividad⁵⁰ debe adquirir precisamente en el campo de las alternativas ambulantes un alto grado de viabilidad y lo propio cabe decir acerca de las alternativas más numerosas que ofrece el derecho penal juvenil, sobre todo en la República Federal de Alemania. Desde la perspectiva de los costes hay que señalar que los mandamientos de asistencia, es decir, la sumisión por un plazo más breve a la tutela de un asistente social (el periodo suele ser de seis meses a un año, con una carga de casos del asistente social de aproximadamente 12 probandos) se correspondería con la de la asistencia tradicional de tres años en libertad vigilada (con una carga de casos de 40 probandos, pero en la actualidad ampliamente superada en la República Federal de Alemania). En otras palabras, una asistencia pedagógico-social más intensiva y a corto plazo de los menores y semiadultos no comporta unos costes sensiblemente mayores que la asistencia tradicional en la libertad vigilada. Los estudios realizados, especialmente los angloamericanos, apuntan hacia la existencia de una correlación entre estas intervenciones pedagógico-sociales intensificadas y unas cuotas inferiores de reincidencia.⁵¹

Poco estudiadas han sido hasta ahora las formas de la reparación de agravios y del servicio de interés social, practicadas en recientes proyectos piloto realizados a propósito de la compensación delincuente-

Ojeda Velázquez, J., *Derecho de ejecución de penas*, México, 1985, p. 281; compárese con Carrancá y Rivas, R., *Derecho penitenciario, cárcel y penas en México*, México, 1974, p. 460. Además con García Ramírez, S., *La Prisión*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975; Rodríguez Manzanera, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984. La multa, llamada sanción pecuniaria juntamente con la reparación de daños por el Código Penal mexicano (artículos 24 y 29), está incluida en todos los códigos penales latinoamericanos. Generalmente, al no cumplirse con el pago, se transforma en pena privativa de libertad, no pudiendo exceder esta prisión más de un año en Costa Rica y un año y medio en la Argentina. En algunos casos se autoriza pagar la multa en abonos o cuotas (Argentina, artículo 21; Bolivia, artículo 30; Brasil, artículo 49; Costa Rica, artículo 55; Cuba, artículo 92; Ecuador, artículo 64; México, artículo 39; Uruguay, artículo 83; Perú, artículo 23; Nicaragua, artículo 68). También la mayoría de los códigos latinoamericanos, han previsto la posibilidad de que la autoridad judicial pueda sustituir total o parcialmente la pena de multa, por trabajos en favor de la administración pública, de la empresa privada o de la comunidad, así por ejemplo, Argentina, Costa Rica y México.

⁵⁰ Véase resumidamente Albrecht, H.-J., F. Dünkel, y G. Spieß, *op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 314 y ss.

⁵¹ Véase resumidamente Lipton, D., R. Martinson, y J. Wilks, *The effectiveness of correctional treatment. A survey of treatment evaluation studies*, New York, 1975, pp. 27 y ss., 516.

víctima.⁵² También en este campo hay, por lo demás, algunos hallazgos interesantes de los EE.UU. que por una parte confirman la practicabilidad de las imposiciones de reparación de daños tal como también queda ilustrada en los proyectos-piloto europeos; pero además ponen de manifiesto que, por ejemplo, los menores que habían tomado contacto con la víctima y habían reparado los daños, presentaban un grado de reincidencia significativamente menor que los menores no dispuestos a establecer estos contactos en el marco de las penas de libertad vigilada. Reviste interés el hecho de que la reincidencia dependía también del monto de la prestación reparadora: los probandos que tuvieron que pagar más de 100 dólares U.S.A. presentaban unos resultados menos halagüeños, dado que tenían la impresión de tener que trabajar demasiado tiempo para la víctima.⁵³

Otro estudio de los EE.UU. estableció una comparación entre la asistencia tradicional en la libertad vigilada, la libertad vigilada con imposición reparadora, así como la pena privativa de libertad; a la vista de unas cuotas de reincidencia este estudio llegó a la conclusión de que bajo aspectos de coste-beneficio, el programa indemnizatorio (era el estado federal de Maryland) constituía la variante más favorable.⁵⁴ Conviene considerar al respecto que la vigilancia en libertad condicional con imposición de prestaciones reparadoras concluía con el cumplimiento de la imposición, con lo cual los periodos de vigilancia solían ser sensiblemente más cortos que los de la *probation* corriente.

El estudio más amplio al respecto que se ha hecho hasta ahora lo presentaron Schneider y colaboradores, basándolo en más de 10,000 jóvenes de los EE.UU. que fueron sentenciados a una imposición de prestaciones indemnizatorias, ya fuera como única sanción (independen-

⁵² Véase para el fundamento teórico y proyectos modelos en Europa, Dünkel, F., "Reparation and victim-offender conciliation and aspect of the legal position of the victim in criminal procedures in a Western-European perspective", en Kerner, H.-J., B. Galaway, y H. Janssen (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 43, pp. 303-327; Dünkel, F. y D. Rössner, "Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz" ("Compensación delincuente-víctima en la R.F.A., Austria y Suiza"), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 99, 1987, pp. 845-872. Una recopilación de trabajos teóricos e investigaciones empíricas sobre víctimas, en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Panamá se encuentra en: Antony, C., "La victimología en América Latina", *ILANUD*, 1982, pp. 63 y ss.

⁵³ Véase Guedalia, L. J., *Predicting recidivism of juvenile delinquents on restitutionary probation from selected background, subject and program variables*, Ann Arbor, London, 1980, p. 83.

⁵⁴ Véase Duffy, B. P., *A cost effectiveness analysis of the Maryland state restitution program*, Ann, Arbor, 1985.

diente) o en relación con una pena de libertad vigilada. Se estudiaron en total 85 proyectos de reparación con sus correspondientes probandos. En lo concerniente al cumplimiento de la imposición, se pusieron de manifiesto unos resultados notoriamente mejores en la reparación como sanción única —ya sea en forma de prestaciones materiales hechas a la víctima o en forma de servicio de interés social—, registrándose en ésta un 95% de resultados positivos, frente a un 86% cuando la reparación se combinaba con otras sanciones (libertad vigilada y similares). Las diferencias se mantuvieron incluso con el control estadístico de variantes de posible intervención, “como factores socioeconómicos, gravedad del delito y número de anteriores contactos policiales”. Otros dos factores se perfilaron como esenciales para el resultado: por una parte la creación sustitutoria de posibilidades de trabajo para jóvenes sin ingresos propios (con lo cual se pudo incrementar principalmente el índice de eficiencia en delinquentes de alto riesgo); por otra parte, el grado de la imposición indemnizatoria. Al igual que en el estudio mencionado, la cuota de eficiencia descendió cuando la reparación excedía los 100 dólares U.S.A. y luego volvió a descender cuando la indemnización sobrepasaba los 600 dólares U.S.A. Desde una óptica de coste-beneficio es relevante el hecho de que la reincidencia de los jóvenes durante la puesta en práctica de las medidas reparatorias (la duración media era de seis meses) alcanzó cuotas mínimas (5.7%) en los casos de imposición de reparaciones como única sanción, mientras que en las distintas formas de libertad vigilada la reincidencia aumentó significativamente (8.2% y/o 13.2%).⁵⁵

En conjunto, cabe valorar los resultados de EE.UU. en el sentido de que la reparación en tanto que sanción independiente es superior, desde el punto de vista de los costes, a la correspondiente imposición con periodo más prolongado de libertad vigilada, existiendo criterios de peso que corroboran tal valoración también desde la perspectiva de la prevención especial (al menos durante la participación en el programa).

⁵⁵ Véase Schneider, P. R. (et al.), “Juvenile restitution as a sole sanction or condition of probation: an empirical analysis”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 19, 1982, pp. 47-65; Schneider, P. R., “Schadenswiedergutmachungsprogramme für jugendliche Straftäter in den USA-Praxis, Probleme und Erfolgsaussichten” (“Proyectos de reparación de agravios para jóvenes delinquentes en los EE.UU. Problemas, prácticas y perspectivas para el futuro”), en Janssen, H. y H.-J. Kerner (eds.), *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz (La víctima, el trabajo social y la justicia)*, Bonn, 1985, pp. 305-328.

Ya antes se apuntó la problemática de los efectos que cabe esperar de una variación de la carga de casos, especialmente cuando se reduce esta carga en beneficio de una intensificación de la vigilancia por parte del agente de prueba. Desde el punto de vista de los costes se produce sin duda alguna, cuando hay reducción de la carga de casos, un aumento de los gastos, siempre que esa reducción de casos permanezca vinculada al periodo de libertad vigilada legalmente preceptivo de dos a tres años. El gasto de un proyecto de, por ejemplo, unos 20 a 25 probandos por cada agente de prueba supondría en comparación con la actual situación una triplicación de los costes. Hay que considerar, sin embargo, que estos proyectos se concentran mayormente en probandos especialmente difíciles y con antecedentes que por lo demás hubieran ido a parar al régimen penitenciario. En este caso —y sólo entonces— no habría que confrontar, bajo un planteamiento de costes, los de una libertad vigilada tradicional, sino los del régimen penitenciario, con la consecuencia de que una vigilancia intensificada de libertad a prueba cabe considerarla en este sentido como una “alternativa más económica”. Aún así, la investigación empírica sobre sanciones, al estudiar los efectos de experimentos con cifras reducidas de carga de casos, se ha limitado hasta ahora sobretudo a la comparación con la libertad vigilada tradicional.⁵⁶ Incluso así —y según prueban diversos estudios norteamericanos— al comparar la libertad vigilada tradicional con la intensificada apenas se producen unos costes mayores o, de producirse, son insignificantes, si se tienen en cuenta las menores cuotas de internamientos y condenas reiteradas.⁵⁷

Si resumimos primeramente el nivel empírico internacional sobre la incidencia de las cifras reducidas de casos y la asistencia intensificada, nos encontramos con una serie de investigaciones individuales sobre probandos jóvenes (menores de 18 años) que corroboran unos resultados más favorables cuando la carga de casos es de 10 a 20 probandos por cada agente de prueba, mientras que no se pudo constatar en general un efecto equiparable en los probandos de mayor edad. Los resultados muestran que disminuyendo la carga de casos aumenta

⁵⁶ Véase por ejemplo las investigaciones citadas en Lipton, D., R. Martinson y J. Wilks, *op. cit.*, *supra* nota 51, pp. 27 y ss.

⁵⁷ *Idem*, pp. 28 y s. Se ha comprobado en tres investigaciones de tipo experimental sobre menores en libertad vigilada, en relación de los costes de una mayor intensidad de asistencia para estos jóvenes, que los costes de aumento en personal de asistencia no fue mayor a un 10%, y que claramente los efectos de la asistencia intensiva fueron mejores.

eventualmente también la intensidad del control y con ello la probabilidad de descubrir las contravenciones a la libertad vigilada.⁵⁸ Ello viene ratificado en un reciente estudio de Kerner y Hermann, los cuales encontraron una relación curvilínea entre la intensidad de asistencia y la intensidad de control ante distinta carga de casos, en 587 probandos de la demarcación jurisdiccional de la Audiencia Superior del Land de Munich, cuya sumisión a vigilancia concluía en 1977.⁵⁹ Es decir, a mayor carga de casos, menor intensidad de asistencia, pero también menor intensidad de control. Si se relacionan ambos factores de incidencia, ocurre que primeramente aumenta el número de contravenciones a la libertad vigilada en la medida en que crece la carga de casos, para luego volver a reducirse. Aun así persiste en general una "marcada tendencia hacia un mayor resultado negativo de la libertad vigilada ante una creciente carga de casos", siendo así que con una carga de hasta 60 probandos la cuota de revocación era del 41%; con 60 y más probandos, se situaba en el 49%. En los grupos extremos de hasta 40 y más de 80 probandos, la diferencia aumenta incluso hasta el 17%. La investigación puso además de manifiesto que la eficacia de la libertad vigilada es el resultado de un complejo sistema de condiciones, en cuyo marco las cargas juridicopenales anteriores de empezar un mayor protagonismo. En este contexto y también en relación con las diferentes cargas de casos, quedó corroborada la hipótesis desarrollada por Spiess basada en un grupo de jóvenes probandos sometidos a asistencia en libertad vigilada; según esta hipótesis, los antecedentes penales y otras cargas de la biografía social no tienen ningún efecto negativo sobre el resultado de la libertad vigilada siempre que el delegado de asistencia logre estructurar adecuadamente el periodo de libertad vigilada.⁶⁰ A tenor de ello parece ser que los delegados de asistencia con menor carga de casos pueden "compensar en mayor medida que sus compañeros con gran carga de casos los efectos nega-

⁵⁸ Véase resumidamente Albrecht, H.-J., F. Dünkel y G. Spieß, *op. cit.*, *supra* nota 27, p. 319.

⁵⁹ Véase Kerner, H.-J. y D. Hermann, "Belastungen des Probanden, Situation des Bewährungshelfers und Bewährungserfolg" ("Problemas del delincuente en libertad vigilada, situación de la asistencia y resultados de la resocialización"), *Bewährungshilfe*, núm. 31, 1984, pp. 136 y ss., 154, 160.

⁶⁰ Véase Spieß, G., "Probleme praxisbezogener Forschung und ihre Umsetzung am Beispiel der Bewährungsprognose" ("Problemas de la investigación orientada en la praxis y su realización, el ejemplo del pronóstico en libertad asistida"), en Kury, H. (ed.), *Prävention abweichenden Verhaltens-Maßnahmen der Vorbeugung und Nachbetreuung (Prevención de conducta irregular. Medidas de prevención y de asistencia)*, Colonia, 1982, pp. 571 y ss., 590 y ss.

tivos de los factores de carga. . .". Kerner y Hermann infieren de ello, como actuación recomendable, que se podría "conseguir un incremento directo de la eficiencia mediante una distribución más específica de los casos entre los delegados de asistencia", de tal forma que los delegados con elevada carga de casos obtuvieran preferentemente probandos con menores cargas penales previas y viceversa. Dado que el actual desarrollo de la práctica de la sumisión a vigilancia, con un aumento desproporcionado en los probandos con cargas penales anteriores especialmente grandes, prácticamente no permite una tal distribución, sólo será factible una mayor eficiencia mediante el aumento considerable de delegados de asistencia.⁶¹ Desde la óptica de los costes, los resultados de una intensificación de la asistencia en libertad vigilada —tal y como se realizan de forma similar en otro contexto con medidas que quedan en la línea de los mandamientos de asistencia— indican que el mayor gasto de personal, al menos en el campo del derecho penal juvenil, puede compensarse mediante una mayor eficiencia de cara a evitar la revocación o bien a ahorrar los costes de la prisión.

3. *Comparación de los programas de tratamiento ambulantes, especialmente de la asistencia en libertad vigilada, con el régimen penitenciario*

También aquí se presentan problemas considerables en relación con las repercusiones de las medidas ambulantes en comparación con las estacionarias a efectos de prevención especial, dada la imposibilidad de comparar los respectivos grupos de delincuentes sobre la base del programa normativo de la Ley Penal Juvenil y del Código Penal y sobre la base de la correspondiente práctica sancionadora, la cual normalmente destina al régimen penitenciario a los delincuentes con mayores antecedentes, es decir, a los reincidentes. Sin embargo, en la práctica se da una variancia "natural" que permite unos análisis comparables en un diseño experimental de investigación.

Esta variancia "natural" fue reforzada, si cabe, en la investigación de Pfeiffer en el marco de la puesta en práctica del Proyecto Brücke de Munich, a través de la distinta aceptación por parte de los jueces menores y pudo estudiarse sobre la base de una comparación de grupos extremos de jueces con distintos estilos de actuación. El modelo Brücke apuntaba hacia un mayor sobreesimiento de procedimientos penales

⁶¹ Véase Kerner, H.-J. y D. Hermann, *op. cit.*, *supra* nota 59, pp. 153 y s.

juveniles según los artículos 45 y 47 de la Ley Penal Juvenil, si se diera el caso comparándolo con la aplicación de una imposición de trabajo o un mandamiento de asistencia. En relación con la medición de los efectos de distintos estilos de actuación de los jueces de menores, se daban unas condiciones óptimas por cuanto la asignación de los casos en los tribunales de menores de Munich se realizaba por el principio de las letras, lo cual se corresponde con el principio de aleatoriedad y consiguientemente con el diseño experimental de investigación. Las ofertas ambulantes de asistencia del modelo Brücke fueron utilizadas con distinta intensidad por parte de los 18 jueces de menores como alternativa sancionadora al arresto juvenil o a la pena de prisión de menores (mayormente libertad vigilada) predominantes hasta ahora. Los resultados de la investigación auguraban, con miras a la confirmación legal, unos resultados de integración más favorables en el caso de los mandamientos de asistencia e imposiciones de trabajo en el caso del arresto de menores. Especial interés cobró (también desde la perspectiva de los costes) la comparación entre dos grupos extremos de seis jueces de menores, respectivamente. Uno de los grupos aplicaba, a igual distribución de casos, más bien penas duras; el otro grupo, más a menudo sanciones no privativas de libertad. En el primer caso se produjo para todo el grupo (con un 33.5% de reincidencia) una confirmación legal claramente peor que en el segundo caso (23.9%). Así pues, la pena más dura acarrea consecuencias más bien negativas para la posterior carrera de los menores, independientemente de los mayores costes (especialmente carcelarios) derivados del primer caso, que Pfeiffer cifró por juez y año en el grupo con una práctica sancionadora más severa en aproximadamente 670,000 DM en relación con Baviera, y en aproximadamente 800,000 DM en relación con el conjunto del territorio federal.⁶²

Cobran gran interés asimismo las investigaciones centradas en la eficiencia de la llamada *probation* de choque. Esta última forma de sanción supone una breve detención, ya sea por el efecto impactante de la misma o bien —como muestra del ejemplo sueco— en el marco de una medida de tratamiento estacionario a corto plazo. Una evaluación de estas variantes de asistencia en libertad vigilada en Suecia mostró que entre grupos comparables de delincuentes, los sometidos

⁶² Véase Pfeiffer, C., *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren. Jugendrichterliches Handeln vor dem Hintergrund des Brücke-Projekts (Prevención criminal en el procedimiento penal de menores. Actos judiciales en relación con el proyecto "puente")*, Colonia, 1983, p. 319.

a una breve detención previa a la libertad vigilada propiamente dicha eran los que registraban las más altas cuotas de reincidencia (61% después de un periodo de riesgo de dos años), mientras que los probandos con asistencia en libertad vigilada tradicional fueron condenados de nuevo en un 30% y los restantes sentenciados condicionales (sin libertad vigilada) lo fueron sólo en un 12%.⁶³

De forma muy similar se pueden evaluar los resultados de la llamada *probation* de choque en los EE.UU., donde no se registraron unos mejores índices de confirmación legal en comparación con la libertad vigilada tradicional sin detención a corto plazo.⁶⁴ En la República Federal de Alemania se realizó un estudio sobre la asistencia en libertad vigilada en el que se compararon probandos con cumplimiento previo (corto plazo) de prisión preventiva, pudiendo constatarse que pese a la similar composición de los grupos el primero registró un 63% de revocaciones de libertad vigilada y el segundo, tan sólo un 37%.⁶⁵ De ello puede inferirse en general con razón que el proporcionar experiencia carcelaria no constituye ninguna estrategia adecuada para la configuración de las condiciones de la libertad vigilada.⁶⁶ En la República Federal de Alemania se dio ante todo a principios de los años ochenta una correspondiente práctica generalizada de prisión preventiva.⁶⁷ Casi la mitad de los inculpados acogidos a la prisión preventiva eran luego condenados simplemente a penas de libertad vi-

⁶³ Véase Bondeson, U., "Die Effizienz unterschiedlicher Formen der Strafaussetzung zur Bewährung-Bericht über ein Forschungsprojekt in Schweden" ("La eficacia de diferentes formas de libertad vigilada. Informe sobre un proyecto investigativo en Suecia"), en Dünkel, F. y G. Spieß (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 148-164.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Friday, B. L. y D. M. Peterson, "Shock of imprisonment: Short-term incarceration as a treatment technique", *Probation and Parole*, núm. 5, 1979, pp. 33-41; Vito, G. F. y H. E. Allen, "Shock probation in Ohio: A comparison of outcomes", *International Journal of Offender Therapy*, núm. 25, 1981, pp. 70-76.

⁶⁵ Véase Schumann, K. F., "Der 'Einstiegsarrest'-Renaissance der kurzen Freiheitsstrafe im Jugendrecht?" ("El arresto de menores. ¿Renacimiento de las penas cortas privativas de libertad en el derecho penal de menores?"), *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 17, 1984, pp. 319 y ss., 322 y ss.

⁶⁶ Véase resumidamente Albrecht, H.-J., F. Dünkel y G. Spieß, *op. cit.*, *supra* nota 27, p. 321.

⁶⁷ Tal sería el caso de las recomendaciones para reducir el fenómeno de las grandes cantidades de presos en prisión preventiva que se comprobaron en una reciente investigación del ILANUD. En un periodo de 1980-1982, se comprobó que los países que siguen el sistema penal continental europeo tenían una cantidad de presos sin condena que oscila entre el 47.4% (Costa Rica) y el 94.3% (Paraguay). Véase Carrancá, E., M. Houed, L. Mora y E. R. Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, ILANUD, 1983, p. 25.

gilada u otras sanciones ambulantes. A tenor de la fuerte crítica de criminólogos y tratadistas de derecho penal —ejercida principalmente por las organizaciones de abogados penalistas— esta práctica ha quedado entretanto ampliamente superada. Las cifras de reclusos en prisión preventiva —tomadas en un día de referencia— han descendido desde 1983 nada menos que de aproximadamente 16,000 a aproximadamente 11,000.⁶⁸

Un estudio publicado recientemente en los Países Bajos comparó el servicio de interés social, introducido en 1981 con un experimento, con la pena privativa de libertad a corto plazo, anteriormente habitual en los casos correspondientes. Tres años después de la condena se comprobó la reincidencia de 217 delincuentes que prestaban servicios de interés social y de un grupo de control de condenados —constituido por el llamado procedimiento *matched pairs*— que en 1980 cumplían una pena corta de privación de libertad (hasta 3 meses). El paralelismo se realizó sobre siete variables biográficas sociales y legales. La hipótesis, según la cual no se producen diferencias de la confirmación legal, pudo ser rebatida por cuanto el número de nuevas condenas era significativamente inferior entre los que prestaban servicios de interés social (42%) que entre los detenidos a corto plazo (54%). Resulta interesante la constatación de efectos diferenciales relacionados con los diversos grupos de delincuentes. Sobre todo en los delitos patrimoniales y contra la propiedad, el servicio de interés social estaba correlacionado con unos índices de reincidencia sensiblemente inferiores que en el caso del cumplimiento de una pena privativa de libertad (51%:70%; en caso de robo con fractura incluso 50%:82%), mientras que no se establecieron tales diferencias en los delincuentes de circulación. En ningún caso el trabajo de interés social quedó en posición más desfavorable, de modo que los autores califican el experimento con razón como un éxito también desde la perspectiva de la prevención especial.⁶⁹

Tampoco las variaciones de la duración de la pena —ya sea por la vía de la graduación directa de la pena o a través de la libertad condicional— permiten suponer una superioridad preventiva especial de las

⁶⁸ Véase Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 22 y ss. y *supra* nota 11. Sobre la regulación legal de la prisión preventiva y las posibilidades de excarcelación anticipada en 30 países de América Latina puede verse Carranza, E. (et al.), *op. cit.*, *supra* nota 67, p. 114.

⁶⁹ Véase Bol, M. W. y J. J. Overwater, *Recidive van dienstverleners in het strafrecht voor volwassenen. 's-Gravenhage* (Ministerie van Justitie), 1986.

penas privativas de libertad más largas respecto a las más cortas. Antes al contrario, en casos comparables por criterios de biografía social y de cargas juridicopenales se ponen de manifiesto unos índices de confirmación legal claramente más favorables en el caso de una excarcelación anticipada, hecho éste comprobado en distintas investigaciones (también en la República Federal de Alemania).⁷⁰ Un efecto positivo adicional (en los estudios de la República Federal de Alemania del 11% al 16%) se apunta en el caso de una libertad condicional con sumisión adicional a vigilancia,⁷¹ de manera que la variante de una libertad condicional con o sin vigilancia (que sólo se presenta en el derecho penal de adultos)⁷² cabe considerarla como globalmente neutral desde el punto de vista de los costes.⁷³

Principalmente en los años sesenta y sobre la base de diversos estudios sobre confirmación legal en el área juridicopenal juvenil se defendía la existencia de una relación entre la duración de una pena aplicada a un menor y su correspondiente eficiencia preventiva especial de cara a la superioridad de las penas más prolongadas de prisión de menores. El hecho de que estas hipótesis no resisten un análisis crítico de las investigaciones de entonces ha quedado ampliamente demostrado en otro apartado.⁷⁴ Con respecto a una investigación en

⁷⁰ Véase especialmente Dünkel, F., "Prognostische Kriterien zur Abschätzung des Erfolgs von Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug sowie für die Entscheidung über die bedingte Entlassung" ("Criterios para pronosticar el resultado de las medidas de tratamiento en ejecución penal y para la decisión acerca de la libertad condicional"), *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, núm. 64, 1981, pp. 279-295.

⁷¹ Véase Rehn, G. y P. Jürgensen, "Beitrag der Bewährungshilfe zur Senkung der Rückfälligkeit" ("Contribución de la libertad asistida para reducir la reincidencia. Investigación comparada sobre la reincidencia de los liberados anticipadamente"), *Kriminologisches Journal*, núm. 11, 1979, pp. 50-61; Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 70, pp. 287 y ss.

⁷² En el caso de una sentencia condenatoria condicional, la asistencia de un trabajador social en el derecho penal de menores en la R.F.A. es obligatorio, véase artículo 24 de la ley penal de menores. Mientras la asistencia de un trabajador social en el derecho penal de adultos, debe ser solamente cuando sea necesario para evitar nuevos delitos; véase artículo 56d del Código Penal alemán. Véase Dünkel, F., *StrafAussetzung zur Bewährung, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Absehen von Strafe, Straffreierklärung* ("La pena de ejecución condicional, la pena de multa condicional, prescindir de la pena, despenalización"), en *Lexikon des Rechts*, Lieferung 8/1470 del 31 de julio de 1987. Neuwied, 1987, pp. 1 y ss.

⁷³ Véase Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 42.

⁷⁴ Véase Dünkel, F., "Situation und Reform von Jugendstrafe, Jugendstrafvollzug und anderen freiheitsentziehenden Sanktionen gegenüber jugendlichen Rechtsbrechern in der Bundesrepublik Deutschland" ("Situación y reforma de la pena privativa de libertad para menores y su ejecución. La ejecución de otras medidas

Rockenberg, Böhm ya había cuestionado acertadamente una influencia negativa de las penas cortas aplicadas a menores (menos de 1 año).⁷⁵ Luzins encontró en grupos homogeneizados de la misma colectividad básica (delinquentes furtivos con similares cargas jurídicopenales y con el mismo nivel de formación) unos índices de reincidencia significativamente inferiores en las penas aplicadas a menores con duración de hasta 11 meses en comparación con un cumplimiento más prolongado.⁷⁶

En conjunto, queda corroborada la idea —que por lo demás se corresponde con el nivel alcanzado por la investigación sobre sanciones— de que los periodos prolongados de detención en grupos comparables de delinquentes no pueden considerarse como mejores desde la óptica de la prevención especial, ni siquiera cuando una prolongación de la estancia en instalaciones estacionarias se relaciona con la finalidad de un tratamiento.⁷⁷ Las diferencias establecidas a nivel de los costes directos producidos por medidas ambulantes o estacionarias se agudizan con ello todavía más a nivel de eficiencia mediante los costes complementarios, considerablemente mayores en las medidas estacionarias, tal y como quedó demostrado ejemplarmente en el estudio de Munich de Pfeiffer. Bajo el aspecto del análisis de costes-beneficios todo habla —en coincidencia con el nivel alcanzado por la investigación empírica sobre sanciones— en favor de reformas del sistema de sanciones o de la práctica sancionadora en aras de la consecución de unas sanciones operativamente menos intensas que reemplazan a las más severas.

4. Comparación de distintas formas de régimen penitenciario

Al comparar las distintas formas de régimen penitenciario entran

privativas de libertad en R.F.A.”), en Dünkel, F. y K. Meyer (eds.), *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug, Stationäre Maßnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich (La pena privativa de libertad para menores y su ejecución. Medidas estacionarias en el derecho penal de menores en comparación internacional)*, tomo primero, Freiburg, 1985, pp. 45 y ss.; pp. 172 y ss.

⁷⁵ Véase Böhm, A., “Rückfall und Bewährung nach verbüßter Jugendstrafe” (“Reincidencia según la ejecución de la pena privativa de libertad para menores”), *Recht der Jugend und des Bildungswesens*, núm. 21, 1973, pp. 33 y ss.

⁷⁶ Véase Luzius, F. J., *Möglichkeiten der Resozialisierung durch Ausbildung im Jugendstrafvollzug (Posibilidades de resocialización a través de formación en las instituciones de ejecución penales para menores)*, Heidelberg, Karlsruhe, 1979, pp. 66 y ss.; p. 141.

⁷⁷ Véase resumidamente Albrecht, H.-J., F. Dünkel y G. Spieß, *op. cit.*, supra nota 27, pp. 310 y ss.

en consideración, por una parte, los centros de tratamiento terapéutico social desarrollados en la República Federal de Alemania, tal como existen también en los Países Bajos, y por otra parte, el régimen abierto frente al tradicional cumplimiento general cerrado.⁷⁸

A primera vista parece obvio que la terapia social es notablemente más cara que el régimen penitenciario tradicional debido al mayor equipo humano de psicólogos, médicos y demás personal cualificado (profesores, asistentes sociales, etcétera) por recluso y día de reclusión. Cálculos de modelos en la República Federal de Alemania han puesto de manifiesto que la terapia social no tiene por qué ser cara si se toma en consideración la práctica corriente en ella de dejar ya normalmente a los reclusos en libertad condicional una vez cumplidos dos tercios de la pena. Los argumentos de costes contrarios a la terapia social solamente resultan convincentes si los programas de tratamiento suponen unos periodos de reclusión invariables o incluso prolongados. Pero en la República Federal de Alemania no existen indicios que hagan pensar en tal posibilidad en la actual práctica terapéutica.⁷⁹ Así pues, incluso ante unas cuotas íntegras de reincidencia entre la terapia social y el cumplimiento general, las medidas terapéuticas intensivas pueden ser más económicas en el régimen penitenciario, siempre que se utilicen para una reducción sistemática de los tiempos de reclusión.

Pero la comparación terapia social frente a cumplimiento normal se decanta también a nivel de eficiencia a favor de la primera forma de cumplimiento. De acuerdo con las actuales investigaciones en la República Federal de Alemania se puede partir de un índice de reincidencia inferior en un 10% a un 20%, adquiriendo especial relevancia económica el hecho de que aun en el caso de reincidencia, los sometidos a terapia social fueron objeto de condenas menos graves, que se tradujeron sobre todo en unas penas privativas de libertad sensiblemente inferiores y, consiguientemente, en unos costes carcelarios muy inferiores.⁸⁰ Naturalmente, existe una amplia discusión metodológica en

⁷⁸ Para una comprensión de los diferentes regímenes penitenciarios no sólo en Latinoamérica, puede consultarse: Neuman, E., *Prisión abierta*, Buenos Aires, 1984. En el mismo sentido y sobre el tema de la ejecución orientada en el tratamiento terapéutico, véase Kaufmann, H., *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, 1979.

⁷⁹ Véase resumidamente Kaiser, G., F. Dünkel y R. Ortmann, "Die sozialtherapeutische Anstalt-das Ende einer Reform?" ("Las instituciones socialterapéuticas. ¿El fin de una reforma?"), *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 15, 1982, pp. 198-207.

⁸⁰ Véase especialmente las investigaciones sobre reincidencia en la R.F.A. de Rehn, G., *Behandlung im Strafvollzug. Ergebnisse einer vergleichenden Untersu-*

torno a la cuestión de la comparabilidad de los grupos investigados (problemas de la selección). En este sentido, los dos estudios sobre confirmación legal de Rehn y Dünkel han intentado por vías distintas (por ejemplo estadísticamente, mediante análisis de covariancias) una homogeneización basada en datos de la biografía legal y social, que hizo posible, a su vez, una comprobación real de la hipótesis según la cual la terapia social conduce a una menor reincidencia. Los resultados no pudieron rebatir esta hipótesis, pudiéndose por tanto partir fundamentalmente de una superioridad de la terapia social.⁸¹

En la comparación de costes entre el régimen penitenciario abierto y el cerrado hay que reseñar como una ventaja de la primera forma de cumplimiento el menor gasto de personal penitenciario en el campo del servicio de cumplimiento normal. Aparte de ello, resultan evidentes las ventajas económicas de los reclusos en régimen abierto con una libre relación ocupacional, si se piensa que éstos abonan mensualmente una cuota en concepto de gastos de reclusión de aproximadamente 450 DM. Sólo con ello, los gastos netos por recluso y día son inferiores en 15 DM respecto a los del cumplimiento general o normal en régimen cerrado. En conjunto cabría cifrar, en una estimación conservadora, las ventajas económicas del cumplimiento en régimen abierto en por lo menos el 30% o 25 DM por día de reclusión y por recluso.⁸²

Las ventajas a nivel de costes encuentran su reflejo también en el nivel de eficiencia, ya que según estudios en la República Federal de Alemania el índice de reincidencia en grupos comparables de delincuentes fue cerca de un 10% inferior que el registrado después de una excarcelación del régimen penitenciario cerrado.⁸³

En conjunto, pues, puede concluirse que bajo criterios de costes y eficiencia todo habla en favor de una sustitución más generalizada del cumplimiento general cerrado por unos establecimientos abiertos de terapia social.

*chung der Rückfallquote bei entlassenen Strafgefangenen (Tratamiento en ejecución penal. Resultados de una investigación comparada de la reincidencia de liberados), Weinheim, Basel, 1979; Dünkel, F., op. cit., supra nota 40; Rehn, G. y P. Jürgensen, "Rückfall nach Sozialtherapie, Wiederholung einer im Jahre 1979 vorgelegten Untersuchung". ("Reincidencia según la terapia social. Repetición de una investigación del año 1979"), en: Kerner, H.-J. (et al.), op. cit., supra nota 29, tomo 3, Colonia, 1983, pp. 1910-1948; resumidamente: Lösel, F. (et al.), *Meta-Evaluation der Sozialtherapie (Meta-evaluación de la terapia social)*, Stuttgart, 1987.*

⁸¹ Véase *supra* nota 41.

⁸² Véase Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 45.

⁸³ Vgl. Dünkel, F., *op. cit.*, *supra* nota 40, pp. 275 y ss.

VI. CONCLUSIONES

El desarrollo políticocriminal en Europa occidental pone al descubierto una tendencia generalizada hacia la opción de una ampliación de las sanciones jurídicopenales ambulantes en detrimento de la pena privativa de libertad.⁸⁴ A pesar de una evolución sensiblemente creciente de las cifras de criminalidad y condenas, en numerosos países ha sido posible mantener constantes los índices de población reclusa mediante la ampliación de alternativas; así como mediante la reducción de las penas privativas de libertad aplicadas por término medio; en parte se logró incluso, como por ejemplo en Suecia, reducir las cifras de reclusos en contra de la tendencia general. En la República Federal de Alemania, el más reciente y notable descenso de ocupación de establecimientos penitenciarios cabe atribuirlo ante todo a una disminución de la criminalidad grave y a una práctica modificada de la disposición de prisión preventiva.

La investigación empírica sobre las sanciones presenta considerables problemas metodológicos al comparar diferentes reacciones jurídicopenales.⁸⁵ Aun cuando normalmente no sean viables las condiciones óptimas de investigación en estudios experimentales, parece imprescindible una investigación concomitante que tenga en cuenta problemas de la puesta en práctica de nuevas sanciones, así como efectos no deseados, acaso contraproducentes, de las medidas de reforma.

Además, y pese a todos los problemas metodológicos, la investigación comparada sobre sanciones se presenta como condición imprescindible de una política criminal racional.⁸⁶

⁸⁴ En la República del Perú, actualmente se encuentra en el congreso un proyecto para un nuevo Código Penal (31 de marzo de 1986), que tiene entre otras innovaciones la pena restrictiva de derecho, inhabilitación y prestación de servicios comunitarios, como sustitutos de la pena privativa de libertad, en el artículo 55 del proyecto. Esta última pena consiste en la asignación de tareas al condenado en funciones municipales, de salud y asistencia social, educación u otras de interés social, según, el artículo 61. Pudiendo el juez convertir la pena privativa de libertad en multa o prestación de servicios comunitarios, cuando el delito cometido tenga una pena que no exceda de tres años, según el artículo 64 del mencionado proyecto. *Diario Oficial*, "El Peruano", Proyecto del Código Penal, primera parte, elaborado por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, Lima, lunes 31 de marzo de 1986.

⁸⁵ Sobre un panorama actual de las investigaciones criminológicas en América Latina, puede verse: Marcó del Pont, L., *Criminología latinoamericana. Enseñanza-investigación*, San José, Costa Rica, ILANUD-INACIPE, 1983.

⁸⁶ No se puede dejar de mencionar dos instituciones que se encuentran en dispersas disposiciones legales de los países de América Latina: son el *indulto* y la

El estado actual de la investigación comparada sobre sanciones puede resumirse de la siguiente forma:

Las medidas desjudicializadoras, es decir, el sobreseimiento del procedimiento, si hubiere lugar con imposiciones (por ejemplo, servicio de interés social, pago de una multa o similares) son superiores a las condenas judiciales formales. No conducen —al menos según queda demostrado en investigaciones de la República Federal de Alemania— tampoco necesariamente a una ampliación de la red de control social y con ello a una criminalización no deseada de inculpados no afectados hasta ahora.

En el campo de las medidas terapéuticas ambulantes puede partirse de una amplia intercambiabilidad y alternatividad de las sanciones. Desde el punto de vista de los costes, así como de la eficiencia, hay que evaluar como similares las formas tradicionales de la asistencia en libertad vigilada así como las formas más intensivas de asistencia, como las desarrolladas por numerosos modelos Brücke en la República Federal de Alemania. Especialmente prometedores parecen en este contexto el servicio de interés social y los programas de reparación de agravios, que, por lo menos económicamente, pueden estructurarse de forma mucho más conveniente que la asistencia tradicional en libertad vigilada.⁸⁷

amnistía, los cuales se utilizan generalmente para presos comunes, aunque su uso es también para presos por razones políticas. Aunque no tienen exactamente la finalidad de reducir la población penal, o bajar los costos económicos de las prisiones, en la práctica y sin proponérselo, también cumplen ese fin.

⁸⁷ Uno de los códigos penales más reciente de América Latina, el de Brasil (Ley No. 7.209 del 11 de julio de 1984), tiene entre otras innovaciones las penas restrictivas de derechos, como lo sigue el proyecto peruano. El artículo No. 43 del nuevo Código Penal brasileño establece la prestación de servicios a la comunidad, la interdicción temporal de derechos y limitaciones de fin de semana. El artículo 44 define estas penas, como autónomas y substitutivas de la libertad, en los casos siguientes: Cuando corresponda aplicar una pena privativa de libertad inferior a un año y cuando se trate de delitos culposos, debiendo el juez aplicar esta pena, apreciando el grado de culpa, antecedentes, conducta social y personalidad del reo. El artículo 46 define la prestación de servicios a la comunidad, como una prestación de servicios atribuidos al condenado, de tareas gratuitas junto a entidades asistenciales, hospitales, escuelas, orfanatos, u otros centros similares, en programas comunitarios o estatales. Esta pena restrictiva de derechos puede convertirse en pena privativa de libertad cuando una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad sobreviene contra el reo, y cuya ejecución no ha sido suspendida. Además, cuando injustificadamente no se cumple la restricción impuesta. Puede consultarse: Penas e substitutivos penais, en Zoroastro de Paiva Ferreira. *Criminalidade*, Sao Paulo, 1986. Sobre comentarios en comparación con el anterior Código Penal, véase Antunes, Marcos de Moraes, *Quadro Comparativo*, Sao Paulo, 1984. Sobre la crisis de las penas institucionales y las medidas alternativas a la pena

Una comparación de costes entre los programas terapéuticos ambulantes y el régimen penitenciario nos da una relación de por lo menos 1:5. Aun cuando la asistencia en libertad vigilada u otras medidas ambulantes no fueran más eficientes que la privación de libertad, el régimen penitenciario seguirá siendo varias veces más costoso que sus alternativas. Según el nivel empírico actual existen además importantes indicios de que sanciones con menor intensidad operativa que el régimen penitenciario son también más eficientes de cara a los resultados en materia de prevención especial, sin que por ello quepa el temor a una pérdida de eficiencia preventiva general.

El estudio comparado de diferentes formas de régimen penitenciario nos muestra al cumplimiento abierto como más económico y a la vez más efectivo que el régimen cerrado. Las medidas terapéuticas intensivas en el régimen penitenciario así como la terapia social son, comparadas con el tradicional cumplimiento general cerrado, económicamente neutrales siempre que se relacionen con una aplicación más generalizada de la libertad condicional anticipada y con el consiguiente ahorro de los gastos carcelarios. También con miras a la posterior reincidencia, hay indicios de un ahorro económico mediante una menor frecuencia de nuevas detenciones después de la excarcelación.

En general, puede decirse que hay argumentos económicos de naturaleza preventiva general y especial que corroboran una práctica sancionadora con la menor intensidad operativa posible y profunda según criterios de proporcionalidad, tal como se viene reclamando desde el programa normativo en el área del derecho penal juvenil a través del principio de subsidiaridad y de la función de *ultima ratio* de la pena aplicada a menores.

privativa de libertad, que produjeron el nuevo sistema de penas en Brasil, puede consultarse Ariel Dotti, R., *Os limites democraticos do novo sistema de penas. Sin datos de lugar*, Brasil, 1984. Sobre la ejecución de la multa por trabajos en obras públicas: Sznick, V., *Da pena de multa*, Sao Paulo, 1984.