

VI. El sistema de sanciones en la República Federal de Alemania . . . 107

1. El código penal alemán	107
A. El fin de la pena	109
B. Penas	110
C. Pena de muerte	110
D. Sanciones privativas de libertad	111
E. Medidas de seguridad y corrección	117
3. El derecho penal para jóvenes	117
A. Legislación	118
B. Penas, medidas y las diversas formas de tratamiento	118
3. El sistema penitenciario de la República Federal de Alemania .	119
A. La ejecución penal	120
4. Ejecución abierta y la apertura de la ejecución en general como aspecto de la reforma penitenciaria	131
5. Programas de tratamiento dentro de la ejecución penal: el caso del establecimiento socioterapéutico	133
6. Cambios en la población reclusa de la República Federal de Alemania desde 1970	135
7. El uso de la pena privativa de libertad en el plano internacional	136
8. Consideraciones pertinentes	138
9. Medidas alternativas puestas en práctica en Europa	138
A. Medidas alternativas utilizadas en los estados miembros . .	140
B. Puesta en práctica de medidas alternativas en los estados miembros	152
C. Experiencias y evaluación de resultados	156
D. Las alternativas y el público	163
E. El uso futuro de las alternativas	164
F. Conclusiones	166

VI. EL SISTEMA DE SANCIONES EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Para entender el sistema penitenciario alemán hay que conocer el sistema federal que tienen como forma de gobierno, y que difiere con el modelo que tenemos en México, especialmente en las relaciones entre las (hasta octubre de 1990 eran 11) 16 entidades federativas y el gobierno federal. Así, por ejemplo, algunas de las entidades federativas utilizan su relativa independencia para experimentar con prisiones abiertas. Si bien Alemania cuenta con un código penal federal, la administración de justicia y de las prisiones es facultad de cada entidad federativa. Esta estructura básica no ha variado desde el Imperio Germánico de 1871.

En el campo penitenciario de Alemania, a partir de 1983 se ha visto decrecer su población penitenciaria 35% por año, más que en ningún otro país de Europa, incluyendo Italia que incluso amnistió en 1986 a muchos prisioneros por razones de espacio. La República Federal de Alemania en 1988 pasó a ser el tercer lugar entre los países europeos en cuanto a población penitenciaria por cada 100 000 habitantes. Varios han sido los factores que han concurrido para lograrlo. Más adelante veremos el tema con detalle.

1. EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

Tras el nacimiento de la República Federal en 1949 se puso en marcha un proceso de reforma total del derecho penal. El primero de enero de 1975 entró en vigor una nueva redacción del código penal de 1871.⁹³ La parte general fue completamente transformada con la Segunda Ley para la

⁹³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Strafgesetzbuch. Einfuehrung*, Muenchen, C. H. Beck, 1989, p. IX.

Reforma del Código Penal de 4 de julio de 1969, y el código contiene ahora cinco títulos:

1. La ley penal (ámbito de validez y uso del lenguaje).
2. El hecho (fundamentos de punibilidad, la tentativa, autoría y participación, legítima defensa y estado de necesidad, impunidad de expresiones e informes parlamentarios).
3. Consecuencias jurídicas del hecho (penas, cuantificación de la pena, suspensión condicional de la pena, amonestación con reserva de pena y dispensa, medidas de mejoramiento y seguridad, confiscación y decomiso).
4. Solicitud penal, autorización y exigencia penal.
5. Prescripción (prescripción de la acción y de la ejecución).

La parte especial se compone de 29 títulos:

1. Traición a la paz.
2. Traición a la patria y puesta en peligro de su seguridad exterior.
3. Delitos contra Estados extranjeros.
4. Delitos contra órganos constitucionales, así como en elecciones y votaciones.
5. Delitos contra la defensa del país.
6. Resistencia contra la fuerza del Estado.
7. Delitos contra el orden público.
8. Falsificación de dinero y marcas con valor.
9. Falsa declaración no jurada y perjurio.
10. Declaración falsa.
11. Delitos relacionados con la religión y la concepción del mundo.
12. Delitos contra el estado de las personas, el matrimonio y la familia.
13. Delitos contra la determinación sexual.
14. Injurias.
15. Lesión al ámbito personal de la vida y al secreto.
16. Delitos contra la vida.
17. Lesiones corporales.
18. Delitos contra la libertad personal.
19. Hurto y apropiación indebida.
20. Robo y extorsión.
21. Encubrimiento y receptación.
22. Estafa y abuso de confianza.
23. Falsedad documental.
24. Concurso de delitos.
25. Lucro punible.

26. Daño a las cosas.
27. Delitos de peligro común.
28. Delitos contra el medio ambiente.
29. Delitos contra la administración pública.

El total de artículos de este código es de 358.

En su conjunto, el derecho penal del código penal, afirma Stree,⁹⁴ es un derecho penal de culpabilidad. Ésta es la justificación de la pena, pero no es sólo para fundamentar la pena, sino también para limitar su aplicación y sus límites. La pena es factible de imponerse cuando la conducta errada del sujeto ha sido culpablemente llevada a cabo. La pena se aplica de acuerdo con la extensión de la culpabilidad; tan pronto la pena excede esta medida, esa parte puede ser considerada que se impuso no por la culpabilidad.

A. El fin de la pena

El derecho penal cuenta para proteger el orden social con dos medios: las penas y las medidas de mejoramiento y seguridad. La pena ofrece la respuesta para los autores de hechos culpables y tiene igualmente una función preventiva. A través de la pena se intenta: *a) la resocialización del sujeto, b) la seguridad de la sociedad, y c) la no comisión de otros delitos.* Es el medio de castigo propio del derecho penal.

En cuanto a su cumplimiento, es la Ley de Ejecución Penal y de Medidas Privativas de Libertad, en vigor desde el primero de enero de 1977, la que indica que la ejecución de la pena preparará al detenido para una vida futura de responsabilidad social, lo que implica no cometer más crímenes. Sirve además para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos. Para lograrlo, la vida del detenido dentro de la prisión debe ser lo más parecida a la del mundo exterior. El sistema correccional hará todo lo posible por lograrlo (artículo 2 de la Ley de Ejecución).

El medio para lograr el fin de la pena es el tratamiento resocializador, el cual deberá llevarse a cabo aun contra la voluntad del encarcelado. Dicha imposición coactiva fue decisión de la Corte Suprema Constitucional, incluso tratándose de personas sentenciadas a cadena perpetua. El artículo 13 de la ley antes citada convierte a todos los detenidos en sujetos para ser tratados.

⁹⁴ Stree, Walter, *Strafgesetzbuch*, Schoenke/Schroeder, Muenchen, C. H. Beck, 1988, p. 534.

B. Penas

De entre las penas que aparecen en el código penal, dos son las principales. La primera es la pena de multa (artículo 40). En segundo lugar aparece la pena de prisión, que puede llegar a un máximo de 15 años o ser de por vida (artículo 38, párrafo 1). Existen medidas adicionales que implican también privación de libertad. Entre ellas están el internamiento en un hospital siquiátrico (artículo 63), internamiento en un centro para tratamiento de desintoxicación (artículo 64), y confinamiento por razones de seguridad o protección pública (detención preventiva) según el artículo 66 del código penal. Existen además otras medidas que no implican privación de libertad (también llamadas ambulantes) y son consideradas medidas preventivas que incluyen la revocación de la licencia para conducir y la prohibición de practicar una profesión. Como la medida más severa, la detención preventiva se usa en casos de reincidentes peligrosos que han cumplido —por lo menos— dos años en prisión. Un primer internamiento no podrá ser mayor a 10 años, y el segundo es por tiempo indeterminado.

C. Pena de muerte

En Alemania, la pena de muerte fue abolida constitucionalmente en 1949 (artículo 102 de la Ley Básica o *Grundgesetz*) por lo que la prisión perpetua es la pena más severa que puede imponer el Estado. Esta sanción encarna la idea de retribución en su forma pura. “La Corte Constitucional Federal ha confirmado que es una pena constitucional, pero que la persona a ella condenada debe saber que existe la posibilidad de que eventualmente recupere su libertad”.⁹⁵ De acuerdo con el artículo 57a del código penal, el tribunal puede suspender la sentencia de prisión perpetua y liberar al sujeto a cambio de un periodo de prueba una vez transcurridos 15 años, siempre y cuando la prognosis sea favorable y el delito no haya sido particularmente atroz (por ejemplo, no se concede este beneficio los homicidas múltiples).

95 *Ibid.*, p. 544.

D. *Sanciones privativas de libertad*

La forma de sancionar ha venido modificándose en el transcurso de los últimos tres decenios.⁹⁶ La reforma de 1969 enfatizó la finalidad preventiva contra el carácter retributivo de las penas, y con ello se logró reducir la importancia de la pena de prisión. Actualmente, las penas no privativas de libertad tienen preferencia. Ellas van desde la renuncia al procedimiento, la imposición de obligaciones (reparación del daño o multa administrativa), pasando por las penas pecuniarias unidas con una seria advertencia de que posteriormente se le puede encarcelar, hasta la suspensión de la sentencia cambiándola por régimen a prueba (*probation*).⁹⁷ En comparación con ellas, la pena de prisión juega un papel poco importante en el sistema de sanciones. Hoy día, sólo 6% de todas las sentencias condenan a prisión, mientras que las que imponen multa son el 82% y el régimen a prueba unido con la suspensión de sentencia representan el 12%.⁹⁸

a) Penas de prisión cortas

El artículo 47 del código penal reformado en 1969, cuenta con la opción que permite imponer penas de prisión menores a seis meses: “sólo cuando la personalidad del delincuente y las circunstancias especiales de su delito requieran de su imposición para influir en la persona o para defender el orden jurídico”.⁹⁹

En Alemania una pena de prisión inferior a dos años puede ser suspendida y dejar al sujeto libre en régimen a prueba. La ley prevé que para otorgarla

⁹⁶ Kaiser, Günther, *Kriminologie*, Heidelberg, C. F. Mueller, 1985, p. 176.

⁹⁷ *Id.*, *Kriminologie*, Heidelberg, C. F. Mueller, 1989, p. 518.

⁹⁸ Albrecht, Hans-Joerg, *Die Legalbewaehrung bei zu Geld und Freiheitsstrafen Verurteilen*, vol 9, Freiburg, Max Planck Institut, 1982, p. 248.

⁹⁹ Artículo 47. Penas cortas privativas de libertad sólo en casos excepcionales. 1) El tribunal impondrá una pena privativa de libertad inferior a seis meses, sólo si circunstancias especiales, que se dan en el hecho o en la personalidad del autor, hacen inevitable la imposición de una pena privativa de libertad, para influir sobre el autor o para defender el orden jurídico. 2) Si la ley no comina con pena de multa y no corresponde una pena privativa de libertad de seis meses o superior, entonces el tribunal impondrá una pena de multa, si la imposición de una pena privativa de libertad no es ineludible según el párrafo 1º. Si la ley comina a un mínimo más alto de pena privativa de libertad, entonces se determinará el mínimo de la pena de multa en los casos del primer párrafo, según el mínimo de la pena privativa de libertad cominada; al respecto, treinta días multa corresponden a un mes de pena privativa de libertad.

el sujeto quede obligado a indemnizar a la víctima y contiene además una larga serie de indicaciones sobre su comportamiento futuro.¹⁰⁰

Últimamente la situación ha variado. Argumentos que no habían sido utilizados en varios años han sido revividos y cobran nueva importancia. Se dice ahora que la ventaja de las penas cortas de prisión es su brevedad; que con ellas pueden evitarse las alteraciones en las relaciones sociales de los recluidos; que estas penas sirven muy bien a la justicia porque afectan igual a ricos y a pobres, y finalmente se afirma, que es perfectamente posible utilizar el tiempo de la prisión, por corto que sea, para impartir tratamiento orientador.

Parece estar surgiendo una nueva posición en la que el ideal rehabilitador ha sido incorporado en la crítica fundamental a los plazos largos de prisión. Los nuevos objetivos de la política criminal son lograr una reducción de las largas penas privativas de libertad y en su lugar, el uso de penas cortas. Ello significa por ejemplo una sentencia a tres años en lugar de seis, uno en lugar de dos, seis meses en lugar de un año y tres meses en lugar de seis. Por lo que habrá que considerar también las alternativas a las penas privativas de libertad cortas. El principio de brevedad debe tenerse presente sin descartar el que períodos de menos de seis meses se impondrán sólo en condiciones especiales.¹⁰¹

b) Penas de prisión largas

A partir de 1969, la administración de justicia ha efectuado cambios en la ley y en la práctica. En el ámbito del derecho penal de adultos, los cambios encuentran su fundamento no sólo en las reformas legales del código penal y demás leyes relacionadas, sino también en un cambio de actitud tanto de jueces como de fiscales, quienes recibieron con beneplácito los cambios en la legislación y tuvieron confianza en los resultados positivos de la aplicación de las nuevas medidas sancionatorias. De ello se sorprende el autor inglés John Graham al afirmar que en Alemania haya

bajado el número de personas que va a prisión, incluyendo prisión provisional, de todas las edades. No está relacionado con menos delincuencia registrada o con el número de casos resueltos favorablemente y tampoco con reformas le-

¹⁰⁰ Véase el título IV, sección 3, del código penal alemán, relativo a la suspensión condicional de la pena.

¹⁰¹ Duenkel, Frieder y Roessner, Dieter, *Imprisonment today and tomorrow*, Países Bajos, Kluwer, 1990, p. 206.

gislativas. Ello es resultado de un cambio en la práctica de fiscales y jueces quienes han dudado de la eficacia y legitimación del encarcelamiento.¹⁰²

c) La pena de multa

Numéricamente, la multa es la más importante de las sanciones, ya que se impone en un 84% de todos los casos en la actualidad.¹⁰³ El código penal contiene el sistema de días multa (un día multa corresponde a un día de prisión) y tiene dispuesto un máximo de 360 días multa, pero se eleva a 720 como caso excepcional cuando hay concurso de delitos. En la práctica, 98% de las multas no excede los 90 días multa. La cantidad impuesta por día depende de la capacidad financiera del sujeto. Tiempo atrás, de 6 a 7% de las multas se convertían en penas de prisión porque no eran pagadas (artículo 43 del código penal). El problema de las multas no pagadas ha disminuido a partir de 1980 porque se introdujo el trabajo en favor de la comunidad como sustituto para la prisión (para mas detalles véase el siguiente apartado). Un día multa equivale a seis u ocho horas de trabajo para la comunidad.

d) El trabajo en favor de la comunidad

El artículo 293 de la Ley de Introducción al Código Penal (de 2 de marzo de 1974 y en vigor desde el 1º de enero de 1985) autoriza a las entidades federativas de la república alemana a regular, a través de reglamentos y de acuerdo con el Ministerio Público, que una persona condenada al pago de una multa pueda sustituirla por prestación de trabajo útil a la comunidad. A partir de 1987 el concepto es aplicable en toda Alemania.

En el sistema penal de adultos el trabajo en favor de la comunidad:

a) puede ser usado como un sustitutivo (voluntario) para los condenados a pago de una multa;

b) puede ser ordenado por el tribunal como una condición extra para conceder la suspensión de la pena, pudiendo cancelarse ésta si el condenado no realiza o no cumple con el trabajo como es debido;

¹⁰² Graham, John, "Decarceration in the Federal Republic of Germany", en *British Journal of Criminology*, London, 1990, vol. 30, núm. 2, p. 168.

¹⁰³ Coincidan Kaiser en *Kriminologie* (1989), *cit.*, p. 544, y Albrecht, *op. cit.*, p. 248.

c) puede emplearse como condición adicional para conceder la commutación y suspensión de la multa, y si el sujeto no cumple o no lo hace correctamente se le puede revocar la sentencia;

d) puede proponerlo el Ministerio Público a cambio de no seguir el proceso, siempre y cuando el tribunal y el procesado consientan (artículo 153a, párrafo 1, número 3 del Código Procesal Penal);

e) según establece el artículo 56b, párrafos 2 y 3 del código penal, el juez puede suspender el beneficio de estar en régimen a prueba (*probation*) e imponer al condenado algún tipo de trabajo en favor de la comunidad; y

f) conforme a los artículos 59 y 59a en relación con el artículo 56b, párrafos 2 y 3 del código penal, el juez puede conminar al acusado a realizar trabajo en favor de la comunidad, y reservar la pena para el caso en que el sujeto no lo cumpla o cometa un nuevo delito.

Hay dos aspectos característicos del trabajo en favor de la comunidad en el sistema de justicia penal en Alemania. Por un lado, con la excepción de cuando se le usa como sustitutivo de una multa no pagada, puede ser ordenado sin el consentimiento del condenado; y, por el otro, la ley no indica un límite máximo de horas de servicio a que pueda condenarse. Se encuentra restringido por principios como el de proporcionalidad de la pena.

Según plantea Hans-Joerg Albrecht, no hay duda que ambos aspectos plantean conflictos; el primero es la constitucionalidad de una sentencia condenando a la comunidad a trabajo útil no voluntario.

El problema radica en que la Constitución declara que el trabajo forzado para los prisioneros sólo puede ser dictado por el Tribunal (el artículo 12 establece claramente que el trabajo forzado no está permitido, con la excepción de sentencias a pena de prisión, donde los condenados tienen la obligación de trabajar).¹⁰⁴

Hay que notar, continúa Albrecht, que el trabajo en favor de la comunidad no representa realmente un trabajo, porque no requiere grandes esfuerzos ya que en su mayoría son actividades caritativas y de asistencia, por un tiempo corto y sin remuneración.¹⁰⁵ Pero la constitución no advierte esta distinción y ha considerado que esta sanción viola los derechos constitucionales del ciudadano.

¹⁰⁴ Albrecht, Hans-Joerg y Schaedler, Wolfram (compiladores), *Gemeinnützige Arbeit*, Freiburg, Max Planck Institut, 1986, vol. 25, p. 180.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Pese a ello podemos decir que el trabajo en favor de la comunidad:

- a) es una alternativa importante para sustituir a la multa en términos cuantitativos y cualitativos;*
- b) tiene relevancia en la justicia penal juvenil donde se le utiliza frecuentemente;*
- c) no se justifica por criterios preventivos o de costos, aunque es un medio importante para reducir las faltas de justicia cometidas con la gente por razones económico-sociales;*
- d) debe funcionar sobre la base de voluntariedad, y*
- e) debe llevarse a cabo evitando los riesgos de la estigmatización, por lo que no deberá exponerse a los condenados al comentario público.*

e) Prohibición de conducir y retiro de la licencia

La única sanción que encontramos accesoria en el código penal es la prohibición de conducir (artículo 44). Es diferente al retiro de la licencia (o *carnet de conductor*) que regula el artículo 69 del código como medida de mejoramiento y seguridad.

La sentencia se dictará en oposición con el retiro del documento, prohibiéndole al sujeto la conducción de cualquier vehículo por un tiempo determinado. Al automovilista indiferente o negligente debe dársele un energético llamado.¹⁰⁶ La prohibición está regulada por el artículo 21, párrafo 1, sección 2, número 1, de la Ley de Tránsito (de 19 de diciembre de 1952). Es condición previa para que esta sanción se dicte, que el conductor con ocasión o en relación con la conducción del auto, o bien, con falta a los deberes de un conductor de vehículos, haya comenzado la comisión de un delito.

f) Dispensa de la pena

La dispensa de la pena es una institución de ejercicio del arbitrio judicial por parte del tribunal, que se concreta en el pronunciamiento de la condena, pero con decisión de que no se aplique. Se considera que la pena no es necesaria para el autor del delito, ya que la ejecución del mismo ha tenido gravísimas consecuencias para él.

¹⁰⁶ Kaiser, Guenther, *Das kriminalrechtliche Sanktionensystem in der Bundesrepublik Deutschland, Deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden Baden, Nomos, 1990, p. 54.

Asimismo, se encuentra regulada en el artículo 60 del código penal alemán: la dispensa de pena podrá acordarse “cuando las consecuencias del delito que han recaído sobre el reo son tan graves que sería evidentemente un error la imposición de la pena”. Hay que señalar que tal precepto se refiere a las consecuencias del delito producidas por el propio reo, no a las repercusiones de índole social o profesional que puede llevar aparejadas la comisión de cualquier delito. Esta institución ha venido aplicándose fundamentalmente en delitos cometidos en el tránsito automovilístico; en delitos cometidos por imprudencia de los que el propio autor ha resultado con graves lesiones o en los que se ha producido la muerte o graves perjuicios para un familiar. Es una forma de entender que “el reo se ha castigado a sí mismo” y, por lo tanto, la pena ya no es necesaria.

En todo caso, el código penal establece como límite la imposibilidad de dispensar penas superiores a un año de prisión. Aunque la condena se pronuncia, no queda inscrita en el registro y, en consecuencia, el reo carece de antecedentes.¹⁰⁷

g) La renuncia al procedimiento penal por el principio de oportunidad

El principio de oportunidad supone una decisión acerca de si es necesaria la persecución del hecho. Se trata, por tanto de una decisión de política criminal, fundamentada en la Ley del Proceso Penal (artículo 153), que prácticamente queda en manos del Ministerio Público. Éste puede sobreseer el procedimiento por la poca importancia del hecho, “cuando la culpabilidad del sujeto es mínima y no hay interés en la persecución”. Es un recurso muy utilizado ante la delincuencia de poca importancia, sobre todo en casos de delincuentes primarios.

Aunque se ha introducido también la posibilidad de que el fiscal renuncie a la persecución imponiendo a cambio determinadas obligaciones o condiciones (mismo artículo), a esto no se ha recurrido por las dificultades que implica el control del cumplimiento de tales obligaciones.¹⁰⁸

¹⁰⁷ García Aran, Mercedes y otros, *Alternativas a la prisión*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986, pp. 38-42.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 120-128.

E. *Medidas de seguridad y corrección*

Las medidas de seguridad y corrección son sanciones penales sin carácter de pena. El afectado se ve limitado o privado de su libertad. De ser posible deben también resocializar; si no, por lo menos la sociedad queda protegida contra ciertos sujetos durante un tiempo. La tarea y el objetivo que las medidas de seguridad persiguen, en primer lugar, es la corrección, ya que la simple custodia se considera insatisfactoria.¹⁰⁹ Estas medidas también están limitadas por el principio de culpabilidad.

Las medidas y las penas deben adaptarse a la necesidad cambiante del tratamiento del delincuente, para lograr un mejor resultado. Este objetivo, afirma Kaiser,¹¹⁰ se cumple mejor con la ejecución de una medida que con una pena. Por ello la ley dispone que —con excepción de la custodia de seguridad— la medida debe cumplirse antes que la pena, pero el tiempo cumplido en aquélla se abonará a ésta (artículo 67, párrafo 1, del código penal). En su caso, la pena puede suspenderse por régimen a prueba (artículo 67, apartado 5, del código penal). La imposición y el cumplimiento de estas medidas, afirma el mismo autor, no representan un papel importante en la República Federal de Alemania. Se aplican a unas 3 700 personas por año; ello representa menos del 10% de las sentencias. De ellas, tres cuartas partes son enfermos mentales y el resto toxicómanos, así como personas en custodia de seguridad.¹¹¹

2. EL DERECHO PENAL PARA JÓVENES

Como en México, la situación penal de los menores y la de los adultos es diferente en la República Federal de Alemania. El sistema de sanciones aplicables a los jóvenes está vigente desde 1953 con relativamente pocas modificaciones. Concebida como una clase de “ley penal educativa”, contiene elementos educativos y sancionadores que están inexplicablemente unidos.¹¹²

Para el derecho penal alemán, son jóvenes los que tienen entre 14 y 17 años y no pueden ser sentenciados como adultos, aun cuando hayan come-

¹⁰⁹ Kaiser, Guenther, *Kriminologie* (1989), p. 550.

¹¹⁰ *Id.*, *Kriminologie* (1985), *cit.*, p. 200.

¹¹¹ *Id.*, *Kriminologie* (1989), *cit.*, p. 558.

¹¹² Eisenberg, Ulrich, *Jugengerichtsgesetz mit Erläuterungen*, München, C. H. Beck, 1991, p. 4.

tido el delito acompañados por ellos, pues se considera que su desarrollo moral e intelectual no está completo. La ley se aplica también a los adultos jóvenes (entre 18 y 21 años). Los jueces tienen poder discrecional para sentenciar a estos últimos (son llamados *Herranwachsenden*), usando la ley de los adultos o la de jóvenes (ésta es más flexible en sus sanciones). Si el juez considera que el procesado es suficientemente maduro, le juzga con la ley de adultos. Pero a menudo valora además otras consideraciones, como la rapidez de sentencia aplicándole el derecho penal de adultos. Para ayudar al juez en su decisión, a la persona se le realiza un estudio sicológico. A partir de 1970, la cantidad de jóvenes juzgados con el derecho penal de adultos se ha reducido, porque los jueces consideran que las sanciones son muy fuertes.

A. Legislación

La ley de menores no tiene límites mínimos, sólo máximos, los que, en términos generales, deben ser considerados como bajos (la medida disciplinaria más fuerte consiste en prisión no mayor a cuatro semanas). Asimismo, ofrece alternativas a la detención y es menos punitiva que la de adultos. Aunque se les prive de su libertad, será por períodos cortos.

Las sanciones de esta ley son tres: prisión para jóvenes (*Jugendstrafe*), medidas disciplinarias (*Zuchtmittel*), y medidas educativas (*Erziehungsmaßnahmen*).

Sólo se les registra (“ficha”) a los jóvenes si son sentenciados a prisión, pero puede ser suspendida ésta a cambio de estar en régimen a prueba.

B. Penas, medidas y las diversas formas de tratamiento

De acuerdo al artículo 5 de la Ley de Justicia para Jóvenes (*Jugendgerichtsgesetz*) y conforme al principio de proporcionalidad, el primer paso consiste en imponerles una sanción, que es de naturaleza parcialmente educativa e interfiere muy poco con la libertad del individuo. El segundo es la imposición de medidas disciplinarias punitivas. Por último, si todo falla, y el joven muestra “tendencias peligrosas”, por ejemplo que parezca estar desarrollando una carrera criminal, o si el delito fue especialmente cruel, se le impone pena de prisión para jóvenes.

Como las sanciones están orientadas para adaptarse al delincuente, ha sido fácil aplicarlas en la práctica. La estimulante “reforma interior”,¹¹³ particularmente en los setenta y ochenta, ha hecho variar el rumbo de medidas privativas de libertad a medidas ambulantes. Diversos métodos fueron desarrollados y aplicados, en especial el servicio a la comunidad, la educación social y la formación acompañada de aventura y recreación. La compensación a la víctima por parte del delincuente fue añadida a la lista hasta hace poco. Sin embargo, ha habido considerables críticas a estos desarrollos a causa de la supuesta extensión del control social y la amenaza al principio de igualdad ante la ley. Más de la mitad de los jóvenes delincuentes son tratados informalmente, rechazándose recurrir a procedimientos criminales. No obstante, en 1987 las medidas punitivas y disciplinarias fueron una parte importante del sistema de justicia juvenil y se ordenaron en el 15% de los casos en que fueron impuestas sanciones formales.¹¹⁴ De éstos, casi dos tercios fueron suspendidos y cambiados por régimen a prueba. En esos casos, la designación de un funcionario de *probation* es obligatorio. La detención de corto plazo tratándose de jóvenes (sólo por los fines de semana o ininterrumpidamente por cuatro semanas) juega papel importante, ya que es impuesta en 19% de los casos que se juzgan con la ley penal de jóvenes.¹¹⁵ La pena de prisión para jóvenes es indeterminada (entre dos y cuatro años) y aunque está prevista en la ley, no es aplicada. Existe un proyecto de ley que está considerando la abolición de las penas privativas de libertad para jóvenes.¹¹⁶

3. EL SISTEMA PENITENCIARIO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

A partir de 1969, cuando el sistema penal de sanciones fue completamente reformado dentro de la denominada “gran reforma del derecho penal”, la administración de justicia ha efectuado cambios que han hecho época,

¹¹³ Duenkel, Frieder y Meyer, Klaus, “Die Reform von Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug Gegenstandsbereiche und Ziele eines internationales Vergleichs”, en *Jugendstrafe und Strafvollzug*, Freiburg, Max Planck Institut, 1985, parte 1, vol. 20, p. 7.

¹¹⁴ Duenkel, Frieder, *Freiheitsentzug fuer junge Rechtsbrecher*, Bonn, Forum, 1990, pp. 204-05.

¹¹⁵ *Id.*, “Aktuelle Entwicklungen im Jugendstrafvollzug der Bundesrepublik Deutschland”, en *Jugendvollzug im Land Bremen*, Bremen, publicado por el Ministerio de Justicia de Bremen, 1989, pp. 34-38.

¹¹⁶ *Id.*, “Die Reform von Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug Gegenstandsbereiche und Ziele eines internationales Vergleichs”, *cit.*, p. 211.

tanto en la ley como en la práctica. Un claro ejemplo de lo que se afirma es que sólo 6% de las sentencias dictadas imponen como sanción una pena privativa de libertad;¹¹⁷ lo cual significa que esta pena juega un papel poco importante en el sistema de sanciones. Las resoluciones definitivas que imponen multa constituyen el 84%, y la *probation*, unida con la suspensión de la sentencia, representa el 10%. Las penas de prisión funcionan como *ultima ratio*; ello se ve claramente si uno considera que los fiscales rechazaron pedirla en 50% de los casos (se trataba de delitos económicos y contra el medio ambiente), prefiriendo la imposición de una multa.

En cuanto a la ejecución de las penas, el 16 de marzo de 1976 fue publicada la Ley de Ejecución Penal y de Medidas Privativas de Libertad, que entró en vigor el primero de enero de 1977; dicha ley supone la victoria del pensamiento resocializador.¹¹⁸

A. La ejecución penal

La sentencia de un juez penal da paso a la ejecución de la pena impuesta, que en Alemania se divide en la iniciación y el control general del cumplimiento de la sentencia, así como en la ejecución de la sentencia en particular.

Las fuentes por las que se regula la ejecución penal son los artículos 449 a 463 de la Ley del Proceso Penal, complementados, la Ley sobre Recaudación de Costas Judiciales de 11 de marzo de 1973, y la Ley de Ejecución Penal, cuyos principales rubros pueden resumirse del modo siguiente:

Ámbito de aplicación. La ley se refiere a la ejecución de penas privativas de libertad y a las medidas de corrección y de seguridad privativas de libertad (artículo 1) aplicables a los adultos que han delinquido. Asimismo, se incluyen los derechos y las obligaciones de los prisioneros, las responsabilidades y los actos permitidos a las autoridades, la organización y las exigencias para el personal encargado de la ejecución de la pena y las medidas especiales de seguridad, tratándose de delincuentes peligrosos. También indica los salarios y cómo deben ser usados éstos, el tipo de sanción y el método a utilizar desde que el prisionero está en custodia hasta su liberación.

¹¹⁷ Kaiser, Guenther, *Kriminologie* (1989), cit., p. 518.

¹¹⁸ Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, p. 70.

Los establecimientos destinados a la reclusión de adultos, por mandato de ley, deben estar separados de los que albergan a jóvenes, excepto en los casos de los artículos 92 y 114 de la Ley de Justicia para Jóvenes.

Administración de las prisiones. El tema es asunto federal, pero en razón de la estructura federal de Alemania, cada región adoptó peculiaridades distintas. La Ley de Ejecución Penal fue el marco de referencia para que cada entidad federal dictara sus normas de aplicación. El patrimonio de la administración de ejecución penal está centralizado, y todas las partidas provienen del presupuesto anualmente establecido para cada instituto por el ministerio de justicia. La supervisión que este ministerio realiza se limita a los procedimientos básicos, e incluye un control limitado sobre el director de la prisión.

La finalidad de las penas. Curiosamente cuando Alemania promulgó su Ley sobre Ejecución de Penas y Medidas Privativas de Libertad, encamionada con toda claridad a la prevención especial, comenzaban en Estados Unidos y Escandinavia las dudas acerca del modelo resocializador. En dicha ley se declara que la reintegración del prisionero a la sociedad es el único objetivo de la ejecución de la pena (artículo 2). Otros factores, como la prevención general o la gravedad del delito, no deben tomarse en cuenta en la ejecución. La ley indica que la ejecución de la pena preparará al detenido para una vida futura de responsabilidad social que implica no cometer crímenes, aunque, afirma Kaiser,¹¹⁹ dicha pena sirve también para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos.

El artículo 3 de la Ley de Ejecución Penal claramente define los tres principios torales a seguir en el cumplimiento de la pena de prisión:

a) la vida en prisión debe ser lo más parecida posible a las condiciones generales de vida;

b) los efectos dañinos del encarcelamiento deben ser contrarrestados;

c) la ejecución de la pena deberá orientarse hacia una eventual reintegración del prisionero en la sociedad libre.

Para lograr esta preparación con vistas a la reincorporación, la vida del detenido dentro de la prisión debe ser lo más parecida a la del mundo exterior, por lo que el sistema correccional debe hacer todo lo posible por lograrlo. En cuanto al tipo de tratamiento, el prisionero influye decisivamente en su elección, y se espera de él cooperación para el éxito. El

¹¹⁹ Kaiser, Guenther, *Strafvollzug im europäischen Vergleich*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983, p. 19.

prisionero deberá ser alentado a comprometerse en su propio programa de tratamiento. No se encuentra en la ley una definición concreta del tratamiento porque la intención del legislador en 1976 fue de no atar el sistema penitenciario a un método específico, ya que en las áreas de educación, sicología y medicina los desarrollos son constantes.¹²⁰ Hoy día no sólo las medidas terapéuticas en estricto sentido forman parte del tratamiento, sino que también están incluidos el trabajo, las actividades recreativas, la orientación vocacional y los variados permisos de salida.

El sujeto en prisión estará sujeto a las restricciones que la ley indica, y “ellas serán todas las necesarias para mantener la seguridad o para evitar desórdenes severos en el orden institucional”.¹²¹ Esto puede llevar a afectar e incluso limitarle (aún más) su libertad. Se le reconocen básicamente todos sus derechos constitucionales, excepto los que la ley le limite. Este reconocimiento no es facultad de una determinada autoridad; por lo tanto, en caso contrario, el reo tiene derecho a solicitar a una instancia superior que revise el caso cuando considere que haya habido violación a la ley.

La Ley de Ejecución Penal tiene metas y funciones específicas a cumplir: además de garantizar los derechos legales de los detenidos, asegurar la realización de una política criminal humana y racional; de coincidir material y formalmente con la ley sustantiva y sus modificaciones, debe crear las bases para la ejecución de las penas. Para eso cuenta con el respaldo constitucional de afectar derechos fundamentales.¹²²

Tratamiento. El tratamiento resocializador es la finalidad prioritaria de la pena de prisión. Como ya se afirmó, aún contra la voluntad del preso, las autoridades están obligadas a proporcionar dicho tratamiento. Esto fue decisión de la Corte Suprema Constitucional, y es válida también para los condenados a cadena perpetua. El artículo 13 de la ley convierte a todos los detenidos en sujetos a tratamiento.

Con vistas a ofrecer un tratamiento efectivo y especializado, la tendencia en las dos décadas pasadas se había centralizado en la privación de libertad.

¹²⁰ Duenkel, Frieder y Roessner, Dieter, en *Imprisonment today and tomorrow*, cit., pp. 203-242.

¹²¹ Por ejemplo, no debía otorgarse el cumplimiento en régimen de ejecución abierta a los toxicómanos, a los autores violentos, a los autores de delitos sexuales, a los extranjeros, a autores motivados políticamente, o a los que debían cumplir una larga condena (que les faltara más de 18 meses), así como obstaculizarles las salidas o las vacaciones.

¹²² De acuerdo con la Ley de Prohibición de Comunicación (30-09-1977) a los procesados y sentenciados por delitos violentos les puede ser negado el contacto con otros presos, con el exterior e incluso con su abogado defensor.

Un grupo de expertos (la *Einweisungskommission*) decidía qué tipo de prisión sería la adecuada para el preso, de acuerdo a sus capacidades y el tratamiento existente. En la actualidad se dirige en la dirección opuesta: se ha comprobado que la resocialización del detenido presupone integración y reforzamiento de la personalidad más que instituciones técnicamente perfectas. La regionalización y pequeñas instituciones, por lo tanto, se están incrementando. Esto se refiere en particular a los programas de cumplimiento de penas cortas, y respecto a la privación de libertad de jóvenes.

En la práctica, el tratamiento tiene dos puntos principales: por un lado, las oportunidades del condenado se amplían a través del trabajo y el desarrollo de sus habilidades; por el otro, se intenta por medio de la terapia mejorar la capacidad social del reo. A menudo, esta “preparación social” consiste en enseñarle cómo resolver problemas, por ejemplo, ajustar los gastos a los ingresos, organización de presupuestos, administrar el hogar y el trabajo, y también relaciones interpersonales. El tratamiento de acuerdo con los conceptos sicoanalíticos o sicoterapéuticos, ya son la excepción, se ofrece sólo en las instituciones socio-terapéuticas.¹²³

Organización. a) Tipos de institución. La organización del sistema penitenciario requiere de diversos tipos de institución para dar cabida a los distintos prisioneros (artículo 141 de la Ley de Ejecución). Ellas se encuentran organizadas de forma que los prisioneros pueden dividirse fácilmente y agruparse de acuerdo al tratamiento a otorgárseles. No hay en la ley indicación alguna sobre el tamaño de las prisiones. Si bien la ley dispone que la reclusión nocturna de los internos sea en celdas individuales, ello se cumple sólo en parte. A principios de 1989, pese a la reducción del número de encarcelados, 37% de los prisioneros tenía que compartir sus celdas con otra persona.¹²⁴ b) Personal. El artículo 155 de la ley indica que el personal consistirá en servidores públicos. Generalmente, el personal se compone de: administrativo, servicios generales, de intendencia; además de los servicios especiales: confesionales, médicos, maestros, sicólogos y trabajadores sociales. La ley, sin embargo, no especifica sus tareas.

(De acuerdo con el propósito primordial de la ejecución de la pena, la ley establece una estructura institucional jerárquica. El director de la prisión es un alto funcionario, generalmente un abogado, responsable por la institución en forma integral. Él es quien, en principio, toma todas las decisiones.

¹²³ Kaiser, Guenther (1989), *cit.*, pp. 522 y ss.

¹²⁴ Duenkel y Roessner (1991), *cit.*, p. 215.

Esta estructura resulta a menudo en un alto grado de burocratización porque algunos directores se preocupan y demoran excesivamente antes de responder alguna petición, asimismo evitan cualquier innovación.¹²⁵ La ley trata de limitar esta situación obligando a consultar al personal que está directamente en contacto con los presos, a fin de compartir la responsabilidad.)

El personal que labora permanentemente en las prisiones se ha incrementado en forma considerable desde finales de los sesenta, como parte del programa de reforma del sistema penal. En este momento la proporción es de aproximadamente 1:2. En promedio hay un trabajador social por cada 60 presos y la proporción de sicólogos y maestros con respecto a condenados es de 1:190 y de 1:160, respectivamente. La situación varía según la región y la institución. En las prisiones para jóvenes e instituciones terapéuticas, hay por lo general menos 30 presos por cada trabajador social o sicólogo. Para los niveles europeos, Alemania es todavía uno de los países con una relación desfavorable entre personal y presos.¹²⁶ c) Clasificación. En la práctica el principio de la diferenciación establecido en la ley no va más allá de las formas tradicionales de clasificación. Existen instituciones separadas, para hombres y mujeres, para jóvenes y adultos (los jóvenes entre 18 y 25 años pueden en circunstancias excepcionales ser transferidos a prisiones para adultos), así como para detenidos en prisión provisional y sentenciados.

Hay relativamente pocas facilidades para jóvenes prisioneros de hasta 25 años procesados bajo la ley penal de los adultos,¹²⁷ y la misma situación ocurre con los que tienen más de 50 años. Hay cierta discusión sobre si los prisioneros viejos deben ser agrupados juntos, ya que a ellos les afecta especialmente haber sido sacados de su entorno, con lo cual se incrementan los problemas.

También es necesario distinguir entre instituciones abiertas y cerradas. En este momento, 20% de los detenidos está cumpliendo su pena en un establecimiento abierto.¹²⁸ La ejecución de la pena en instituciones abiertas no es todavía la norma, aunque ese fue el deseo del legislador (artículo 10 de la ley). La capacidad del sistema penitenciario abierto va desde un 4%

125 Kaiser, Guenther (1983), *cit.*, p. 24.

126 *Prison Information Bulletin*, núm. 15, Estrasburgo, Council of Europe, june 1990, p. 39.

127 Esta posibilidad quedó explicada antes, *supra*, pp. 117-119.

128 Kaiser, Kerner y Schoech, *Strafvollzug. Grosses Lehrbuch*, Heidelberg, C. F. Mueller, 1992, p. 183.

en Schleswig-Holstein y un 5% en Bavaria, hasta 24% en Baja Sajonia y 31% en Hamburgo.¹²⁹

Existen otras diferencias de acuerdo a la duración de la sentencia. Solamente los prisioneros sentenciados a más de un año de prisión tienen que someterse a un examen conocido como *Behandlungsuntersuchung*, a partir del cual se les prescribe un programa de tratamiento. Los prisioneros peligrosos son concentrados en un establecimiento.

Tratamiento médico de los prisioneros. Su alcance aparece descrito en los artículos 56 y siguientes de la Ley de Ejecución Penal. Abarca tratamiento médico y dental, proporcionándose además las medicinas y el equipo necesarios. El preso debe consultar al médico de la prisión, pero sólo como excepción se le permite elegir a otro particular. En la práctica, no gozan de esta excepción los prisioneros con permiso para salir de la prisión y quienes tienen seguro médico en razón de su trabajo. Para enfermedades graves las autoridades mantienen los hospitales penitenciarios con suficiente personal y equipo adecuados.

De acuerdo con el artículo 101 de la Ley de Ejecución Penal, sólo pueden aplicarse medidas coercitivas cuando la salud del preso está mortal o seriamente amenazada, o cuando la salud de los otros presos es puesta en peligro. Es el caso de los internos que se ponen en huelga de hambre; ante esta situación, el personal de servicio está obligado a tomar medidas coercitivas aun contra su voluntad.

El trabajo en las prisiones. Aunque el trabajo penitenciario es considerado parte del tratamiento, no deja de ser claramente punitivo. Conforme al artículo 41 de la ley, el preso está obligado a trabajar. Abandonar sin causa justificada el trabajo, equivale a hacerse acreedor a una pena adicional, con lo que, afirma Duenkel, existe el riesgo de que el trabajo penitenciario sea usado en forma arbitraria, algunas veces como un privilegio y otras como un medio disciplinario.¹³⁰

Uno de los objetivos de la reforma en las prisiones todavía no alcanzado es un salario adecuado para los presos. El salario es un elemento esencial del tratamiento, ya que le permite ver los frutos de su trabajo. Simultáneamente sirve para alcanzar el proceso de integración y lo pone en condiciones de contribuir al mantenimiento de su familia, reparar el daño causado por su delito y ahorrar para la transición a una vida normal.

¹²⁹ Duenkel, Frieder y Roessner (1991), *cit.*, p. 211.

¹³⁰ *Ibidem.*

La remuneración de los presos es, en opinión de los especialistas, un problema sin resolver. El salario que reciben actualmente es apenas 5% del promedio de lo que el trabajador gana en el mercado libre (se modifica de acuerdo con las cifras de lo que cada año reciben las personas que cotizan para el plan de jubilación). El interno puede disponer de dos tercios de su salario para, por ejemplo, hacer compras. El resto es ahorrado (y se integra a un fondo de garantía que el artículo 51 de la ley llama puente para ayuda económica postexclusión). Cualquier otra ganancia obtenida por el trabajo en las prisiones entra a los fondos públicos.

Normalmente el trabajo consiste en tareas de trabajo doméstico en la misma prisión, aunque también se trabaja para empresas públicas. Las principales actividades de la prisión son el comercio y los oficios, los cuales son llevados a cabo en talleres mantenidos por la propia institución (a menudo incluyen instrucción). La construcción de nuevos talleres y la instalación de empresas adecuadas ha sido constante en las últimas dos décadas.

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Ejecución, el trabajo realizado debe ser provechoso y se adaptará a las habilidades del preso. Se tomará en cuenta su preparación e inclinaciones, pues cuando salga dicha actividad será la que le permitirá ganarse la vida. “Este noble propósito no siempre se ha logrado. El trabajo que ofrecen las empresas suele ser simple y aburrido; las tareas de limpieza y similares son a menudo impuestas como provisionales”.¹³¹

El permiso para que los presos se contraten con una empresa privada les permite a éstos obtener salarios como los de cualquier otro trabajador. Quienes han obtenido este privilegio deben contribuir a los gastos de la prisión: alrededor de 450 marcos por mes destinados a gastos de administración y hospedaje. El artículo 41, fracción 3, indica que los presos deben dar su consentimiento para el trabajo que realizarán cuando se trate de una empresa particular. Su renuncia sólo se aceptará cuando haya sustituto de su plaza, sin que en ello puedan pasar más de seis semanas.

Al interno que ha trabajado ininterrumpidamente un año, se le otorga permiso para salir a trabajar y con ello se le libera de su obligación de hacerlo en la prisión.

¹³¹ *Ibidem*.

Los presos que no pueden realizar trabajo para una empresa son asignados a actividades ocupativo-terapéuticas, por las que obtienen salarios normales (artículo 37, 5, de la Ley de Ejecución).

Acorde con el objetivo de la resocialización, una vez que se acerca la fecha de liberación, les está permitido emplearse fuera de la prisión (los permisos de trabajo están contemplados en el artículo 39 de la Ley de Ejecución).

Contactos con el exterior. La Ley de Ejecución considera de gran importancia el mantenimiento de los contactos con el exterior. Busca ofrecer una solución concreta a las tirantes relaciones entre la seguridad y el orden con la importancia que tienen los contactos externos para los presos y su posterior integración a la sociedad. El artículo 23 de la ley otorga expresamente al prisionero el derecho de asociarse con personas fuera de la institución. El intercambio de cartas no está, en principio, sujeto a restricción alguna, ni en el contenido ni en la cantidad (artículo 28). Sólo se restringe por razones de seguridad y orden cuando el objetivo de la resocialización es puesto en peligro, o porque así lo exige el tratamiento (artículo 28, inciso 3, de la ley). El preso debe sufragar los costos de envío, excepto si carece de medios económicos. En algunas instituciones existe censura postal. Sólo la correspondencia con el abogado o los representantes del parlamento está libre de control.

En los términos del artículo 24 de la Ley de Ejecución, las visitas son generalmente recibidas por una hora al mes. Como se trata de un tiempo insuficiente para mantener una relación fundamental, varios establecimientos permiten con más frecuencia las visitas familiares. Sin embargo, esas concesiones se ven limitadas por razones de organización en establecimientos con mucha población.

Las visitas pueden ser supervisadas por razones de tratamiento, o de seguridad y orden. Existe tanto la supervisión puramente visual como la que incluye escuchar. En varias instituciones socio-terapéuticas las visitas no son supervisadas, lo que permite que haya un contacto entre esposos, considerándose a éstos parte importante en el concepto de tratamiento. Por regla general, la mayoría de las instituciones supervisan sólo de vista a varias visitas simultáneamente, todas en el mismo cuarto; terminada la supervisión, cual algún prisionero al azar es inspeccionado, especialmente cuando hay sospechas de drogadicción.

El artículo 32 de la Ley de Ejecución indica que las llamadas telefónicas al exterior deben permitirse. El uso del teléfono ha venido a remplazar la

escritura de cartas. Se aplica tanto a los presos como a sus familias. Pero los experimentos con acceso irrestricto a teléfonos instalados en la prisión (en *Baden-Wuertemberg*) han resultado problemáticos: existe el peligro que se abuse del privilegio y sirva para conspiraciones criminales o transacciones ilegales. Por ello hubo una regresión a una práctica restringida y controlada de llamadas.¹³²

Por último, los prisioneros pueden recibir un paquete con comida y otros lujos tres veces por año. Las limitaciones en cuanto a la cantidad están en función de mantener condiciones iguales de vida en las prisiones.

Medidas disciplinarias. De acuerdo con el artículo 2, inciso 2, de la Ley de Ejecución, el tratamiento penitenciario indicado en la sentencia debe buscar también proteger a la sociedad de la comisión de delitos posteriores. La ley contempla igualmente medidas especiales para la prevención de fugas, sobre todo tratándose de prisioneros peligrosos. Por esta razón, guardias con preparación especial son requeridos para vigilar estas secciones. La existencia de diversos establecimientos, en cuanto a la seguridad que ofrecen, contribuye a este propósito.

Está permitido registrar al interno y su celda (artículo 84 de la Ley de Ejecución), así como trasladarlo para mantenerle seguro (artículo 85) y llevar anotaciones de todo ello para, en caso necesario, dar aviso a la policía.

El artículo 88 de la Ley de Ejecución permite las siguientes actividades como medidas de seguridad en sentido estricto: *a)* la requisita de ciertos objetos; *b)* la vigilancia nocturna; *c)* la separación de otros presos; *d)* las restricciones en el tiempo fuera de la celda; *e)* confinamiento en una celda de seguridad (llamadas de tranquilización) y *f)* el uso de grilletes. La disposición contiene un catálogo completo de las medidas autorizadas y debe ser interpretado estrictamente de conformidad con el principio de los medios proporcionados. El confinamiento en una “celda de tranquilización” es particularmente problemática y por ello es una medida a recurrir “sólo cuando no haya otro medio para tranquilizar al preso que se encuentre en un estado mental excepcional”.¹³³ En estas celdas han sido quitados los objetos que puedan representar un peligro para el preso, y hay cerca de 300 en toda Alemania. De conformidad con el artículo 89 de la Ley de Ejecución,

¹³² Observación resultado de la visita al establecimiento penitenciario de la ciudad de Freiburg, Alemania, en 1992.

¹³³ Neuland, Guenther, *Disziplinarmassnahmen (Haussstrafen und Verguenstigungsdenken)*, Strafvollzug in der Praxis, Berlín, De Gruyter, 1988, pp. 270-276.

el confinamiento solitario se permite sólo si es considerado absolutamente necesario para el preso mismo. Se puede imponer por un periodo de tiempo ilimitado, pero después de tres meses, para continuarlo, se requiere que de nuevo lo autorice la autoridad responsable. Los detenidos por delitos políticos son a menudo retenidos en confinamiento por un largo periodo.

Los artículos 94 y siguientes de la ley, permiten el uso de medidas coercitivas contra personas y objetos, si no hay otra forma posible de hacer cumplir la ley. Las armas de fuego pueden usarse contra las personas “sólo si el uso de otros medios menos graves no tienen ninguna esperanza de éxito, y solamente para prevenir ataques o fugas”. Por lo tanto, disparar a matar en forma deliberada no está permitido. En la mayoría de las entidades federativas el uso de armas de fuego contra jóvenes ha sido considerado ilegal por la reglamentación administrativa.¹³⁴

Quejas de los presos. El control estatal de la institución se encuentra en el ministerio de justicia de cada entidad federativa, por lo que algunas han creado grupos o comités específicamente para este propósito. La supervisión, sin embargo, se limita a los procedimientos básicos e incluye un control limitado sobre el director de la prisión. El derecho del prisionero a apelar las decisiones que le afectan personalmente, representan el único medio posible de control de la ejecución de la pena. No existe un sistema de inspección institucional por un cuerpo independiente como se acostumbra en los países de habla inglesa. Existe un órgano institucional llamado Consejo Consultivo (*Anstaltsbeiraete*) formado por representantes de los partidos políticos, que cumple parcialmente esta función (artículos 162 y siguientes de la Ley de Ejecución).

El derecho a apelar se utiliza a gran escala en todos los campos de la ejecución de la pena de prisión. La mayoría de las apelaciones se refiere a permisos de salida negados, traslados y quejas de la conducta de los vigilantes. También hay cuestiones prácticas como el número de floreros permitidos por celda o la cantidad de determinados alimentos. En 1985, más de 400 solicitudes de revisión judicial provinieron de una sola prisión que tenía 700 prisioneros. El derecho de apelar lo ejercen 28 de cada 1 000 presos. A pesar del gran número de apelaciones, la tasa de éxitos es de 1%. La razón de este resultado decepcionante es no sólo que se permite quejarse a todo el que lo deseé (porque es visto como una válvula de escape), sino también por el amplio alcance que tiene la interpretación de las regulacio-

¹³⁴ *Ibidem.*

nes, misma que se ha extendido con las continuas decisiones judiciales en favor de las autoridades.¹³⁵

En los últimos años, el control político se ha intensificado como resultado de que el tema se ha abordado en el parlamento, especialmente por parte de los partidos de la oposición. En estos momentos, cada partido tiene un vocero en las prisiones. Él tiene, al igual que los miembros del Consejo Consultivo, libre acceso tanto a las prisiones como a los prisioneros. A menudo se ha hecho pública cierta información sobre lo que sucede dentro de las prisiones; por ejemplo, pese a que se llevan estadísticas sobre los permisos de salida y las medidas disciplinarias, el dato no aparece incluido en la publicación oficial de estadísticas del sistema penitenciario. En este campo, las investigaciones llevadas a cabo por los investigadores del Instituto Max Planck de Friburgo cubren un importante vacío. Hay entidades federativas como Baden-Wuertemberg y la Baja Sajonia que han creado servicios criminológicos para llevar a cabo investigación dentro de las prisiones, ofreciendo propuestas para mejorar los servicios.

Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena. El artículo 455 de la Ley Procesal Penal indica los casos en que sin disponerlo un juez, el cumplimiento de la sanción privativa de libertad se suspende: *a)* la ejecución de una pena privativa de libertad se aplazará cuando el condenado presente una enfermedad mental; *b)* lo mismo regirá en caso de otras enfermedades, cuando fuese de temer un peligro próximo por la ejecución para la vida del condenado, y *c)* la ejecución penal podrá aplazarse cuando el condenado se encuentre en un estado físico incompatible con la ejecución o con la organización del establecimiento penitenciario.

El artículo 455a de la misma ley indica los casos de aplazamiento o interrupción por motivos de organización de la ejecución: *a)* La autoridad de ejecución podrá aplazar la ejecución de una pena privativa de libertad o una medida privativa de libertad de corrección y seguridad, o interrumpirla sin el consentimiento del preso, cuando ello fuese necesario por motivos de organización de la ejecución, y no se opusieran intereses superiores de seguridad pública, y *b)* si no pudiera pedirse la resolución de la autoridad de ejecución oportunamente, el director del establecimiento podrá interrumpir provisionalmente la ejecución bajo los presupuestos del párrafo 1 sin el consentimiento del preso.

¹³⁵ Kaiser, Kerner y Schoech (1992), *cit.*, pp. 249 y ss.

A su vez, el artículo 456, relativo al aplazamiento transitorio de la ejecución de la pena, establece tres situaciones para su efecto:

- a)* a petición del condenado podrá aplazarse la ejecución, en caso de que se deriven por la ejecución inmediata, para el condenado o su familia, importantes perjuicios que estuviesen fuera de los fines de la pena,
- b)* el aplazamiento de la pena no podrá sobrepasar el tiempo de 4 meses,
- c)* la concesión podrá vincularse a la prestación de una fianza o a otras condiciones.

Dicho artículo se complementa con el siguiente:

Artículo 456a. Omisión de la ejecución en caso de extradición o destierro.

1) La autoridad de ejecución podrá prescindir de la ejecución de la pena privativa de libertad o de una medida de corrección y seguridad, cuando el condenado, a causa de otro hecho, fuese entregado a un gobierno extranjero, o cuando fuese expulsado de la República Federal de Alemania.

2) Si regresara el entregado o el expulsado, podrá cumplirse la ejecución.

4. EJECUCIÓN ABIERTA Y LA APERTURA DE LA EJECUCIÓN EN GENERAL COMO ASPECTO DE LA REFORMA PENTENCIARIA

Una de las novedades fundamentales de la ejecución penal alemana está representada por la mayor apertura en la ejecución penal a través de los permisos para salir sin necesidad de vigilancia, salidas a trabajar y las vacaciones (artículos 11, 13, 15 y 35). Además, la Ley de Ejecución Penal (artículo 10) ha fijado de forma pragmática la primacía de la ejecución abierta sobre la cerrada, asimismo ha definido legalmente los establecimientos abiertos como “sin o con escasas medidas precautorias frente a las fugas” (artículo 141, apartado 2).

Las instituciones abiertas, los paseos y salidas al exterior, así como la concesión de permisos de trabajo cuando está próximo el término de la pena, son elementos esenciales para el progreso en el tratamiento. Contrariamente a los resultados negativos que las investigaciones en los Estados Unidos de Norteamérica y Escandinavia aportaron, en Alemania resultaron sorprendentemente positivos. En comparación con los presos liberados de instituciones normales (cerradas), los estudios han demostrado que la reincidencia

entre los que egresan de una institución socio-terapéutica es de 10 a 20% menor.¹³⁶

La ejecución abierta se ha revalorizado verdaderamente en forma notable desde el final de los años sesenta. En un inicio, sólo se instaló al 15.8% de los presos en establecimientos abiertos. La calificación de los establecimientos como “abiertos” respecto a la seguridad hacia el exterior no es uniforme en todas las regiones de Alemania. Una investigación estadística elaborada por el Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo, dio como resultado que escasamente el 40% de los establecimientos abiertos se aseguraban mediante un muro, y el 5% contaba además con un alambre de púas a causa de las fugas.¹³⁷

En forma general, los establecimientos abiertos son totalmente distintos a los de régimen cerrado, en los cuales, por ejemplo, la libertad de circulación y de residencia (celdas abiertas) se ve aumentada considerablemente. La ejecución en régimen abierto se distingue ante todo por una concesión considerablemente aumentada de permisos de salida de mayor duración. El potencial de conflictos (suicidios, intentos de suicidio, autolesiones o rechazo a la alimentación) ha disminuido de forma considerable en la ejecución abierta. Lo mismo es válido para medidas de seguridad especiales, sobre todo el internamiento en celdas de tranquilización y el encadenamiento. En conjunto, afirma Duenkel,¹³⁸ puede valorarse positivamente el desarrollo y la construcción de la ejecución en régimen abierto, puesto que no se constató un mayor riesgo para la comunidad; asimismo, la reincidencia delictiva disminuyó en las puestas en libertad.

Actualmente,¹³⁹ 20% de los detenidos están cumpliendo su pena en un establecimiento abierto.

El incremento en los permisos ha ido más allá de lo esperado: entre 1987 y 1988 la cifra de permisos de salida concedidos aumentó de 243 a 654 por cada 1 000 presos; el número de permisos para pasear creció de 219 a 763 por cada 1 000 presos, y los permisos de trabajo fueron de 32 a 50 por cada 100 presos. El éxito de estas medidas es sorprendente, afirman Duenkel y Roessner, la proporción de reos que no regresaron a tiempo, o que no

136 *Ibid.*, pp. 554 y ss.

137 Duenkel, Frieder y Roesner, Anton, *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970*, Freiburg, Max Planck Institut, 1982, p. 87.

138 *Id.*, *The current state of adult imprisonment and pre-trial detention in the Federal Republic of Germany. Research in criminal justice*, Freiburg, Max Planck Institut, 1982, vol. 2, pp. 330-331.

139 Schwind y Boehm (eds), *Strafvollzugsgesetz*, Berlin, De Gruyter, 1991, p. 140.

volvieron, fue apenas de un 1 o 2%. Durante la concesión de estos períodos, los delitos son poco frecuentes, aunque la prensa es aficionada a encontrar casos esporádicos que se presentan y atacar a las autoridades por ser tan liberales y no garantizar la seguridad de los ciudadanos.¹⁴⁰

La capacidad instalada con que cuenta Alemania (en 1989) va desde 4% en Schleswig-Holstein y 5% en Baviera a 24% en la Baja Sajonia y 31% en Hamburgo. Con ello se pone de manifiesto la diferencia Norte-Sur en el grado de apertura en la ejecución penal.

5. PROGRAMAS DE TRATAMIENTO DENTRO DE LA EJECUCIÓN PENAL: EL CASO DEL ESTABLECIMIENTO SOCIO TERAPÉUTICO

La legislación utiliza el concepto de institución socio-terapéutica, para indicar el trato particular a internos reincidentes y difíciles. La medida terapéutica no puede ser impuesta directamente por un juez como solución al problema de la prisión. Por lo contrario, es una forma de privación de libertad impuesta a ciertos internos a juicio del director del establecimiento. No hay método de tratamiento prescrito. Por regla general se aplican los métodos conductistas de terapia individual y de grupo, en una atmósfera lo más terapéutica posible. El prisionero debe dar su aprobación al tratamiento, y no es posible obligarlo a someterse al tratamiento contra su voluntad.¹⁴¹

El tratamiento originalmente tuvo la forma de sicología individual; a partir de los últimos diez años ha tenido un acercamiento conductista. Se ha desarrollado un método socioterapéutico de preparación social, y se intenta enseñar al condenado, resultado de una labor de equipo, la mejor manera de comportarse en diversas esferas de la vida (trabajo, hogar, responsabilidades financieras, relaciones personales).

El legislador (artículo 2 de la Ley de Ejecución Penal) evitó definir exactamente los elementos que formarían la ejecución terapéutica. Del análisis de los artículos respectivos de la ley, se extrae que se comprenden como medios de tratamiento no sólo las medidas terapéuticas en sentido propio sino también las medidas de salida durante la ejecución, los permisos de vacaciones, el trabajo, medidas de formación escolar y profesionales. Esta preparación social se ofrece también en otros establecimientos penales

140 Kaiser, Kerner y Schoech (1992), *cit.*, p. 464.

141 "Sozialtherapie", *Kriminologie Lexikon*, Kerner, Hans-Juergen (ed.), Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1991, pp. 309-310.

ordinarios (especialmente en la región de Baden-Wuertemberg). El tratamiento en las instituciones socio-terapéuticas no debe ser confundido con el clásico tratamiento médico. Aquél ha sido reorganizado de acuerdo con los nuevos requerimientos. Se han incrementado las posibilidades de participación en las actividades terapéuticas, tanto de grupo como individuales, que ofrecen los sicólogos y los trabajadores sociales.

Aunque a fines de los años sesenta la euforia del tratamiento estaba ya en retroceso en Alemania, se continuó la formación y construcción de establecimientos socioterapéuticos. Los primeros fueron instalados en 1969 en Hamburgo y en Baden-Wuertemberg según el modelo danés y holandés. Siguieron los establecimientos (226 plazas más) en Berlín-Tegel en el año 1970, así como pequeñas instalaciones en otras regiones en los años 1971 a 1974 (Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Baviera y Baja Sajonia). En Schleswig-Holstein se abrió en 1974 la única sección socioterapéutica para mujeres (17 lugares). En 1981 se continuó con el establecimiento en Kassel (860 espacios) y posteriormente una sección para hombres en Luebeck (42 plazas). En octubre de 1984 se abrió en Hamburgo otro establecimiento con 60 lugares, también ocupado de manera parcial por mujeres.¹⁴²

En conjunto, se han instalado 12 establecimientos o secciones socio-terapéuticas (en casi todas las entidades federativas, exceptuándose sólo Bremen y Saarland) que disponen de 712 lugares. Esto significa que solamente el 1.1% de la población reclusa en ejecución penal de Alemania está cumpliendo un tratamiento socioterapéutico. Los investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo encontraron que la necesidad de lugares en prisión para terapia social es de 10 a 15%, con lo que la colocan en el mismo rango que la ejecución abierta.¹⁴³ Por ello, el tratamiento sicoloterapéutico en sentido estricto no tiene ya hoy el lugar privilegiado como al principio, sino que es visto como una contribución dentro de una serie de intentos que sirven para la mediación de capacidades práctico-sociales.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Kaiser, Kerner y Schoech (1992), p. 508.

6. CAMBIOS EN LA POBLACIÓN RECLUSA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DESDE 1970

La población reclusa se ha transformado esencialmente en los últimos 15 años tanto en cantidad como en su composición. Este apartado se basa en las estadísticas dadas a conocer por el Consejo de Europa.¹⁴⁴ En los años sesenta la cifra era cercana a los 60 000 en todo el país. La Primera Ley de Reforma del Derecho Penal 1969 trajo consigo una gran reducción del número de presos en 1971 al suprimir las penas cortas privativas de libertad (se consideran así las que tienen como plazo máximo seis meses). En 1972 se produjo un aumento en el número de presos, tendencia que se consolidó a partir de 1979. En 1982 se contaba con 61 474 presos, término medio. A fines de 1984, su número no era inferior a 64 488 presos. Esto correspondió a un porcentaje de 105 presos por cada 100 000 habitantes. Con ello volvió el problema de sobrepoblación en las prisiones. Los conflictos se hicieron patentes con la instalación en celdas comunitarias en lugar de celdas individuales. Mientras que en 1970 casi las dos terceras partes de los presos pudieron instalarse en celda individual, en 1984 eran únicamente algo más de la mitad (53.1%). Se cumplió en menor medida con el principio contenido en el artículo 18 de la Ley de Ejecución de instalar a los presos durante el tiempo de descanso en celdas individuales. Se produjo una transformación de las celdas con cama individual en celdas con varias camas. La situación aparecía especialmente problemática en la ejecución de régimen cerrado, ya que en la ejecución en régimen abierto no ha existido nunca el problema de sobrepoblación. El elevado número de presos no solamente puso en peligro los principios para la moderna ejecución de tratamiento, sino también los presupuestos mínimos de una “custodia humana”. Por ello es comprensible que las administraciones encargadas de la ejecución de penas (sobre todo en las regiones con dificultad de ubicación de la población reclusa) intentaran resolver el problema con suspensiones provisionales en el cumplimiento de penas de hasta seis meses, o con puestas en libertad una vez transcurrida la mitad de la pena. Responsable, en parte, de esta sobrepoblación son los procesos de delitos de estupefacientes, en especial para la ejecución de penas impuestas a mujeres, que en 1982 fue del 20.1% en

¹⁴⁴ Véase, *supra*, nota 126.

lo que se refiere a delincuentes por delitos de drogas (el número correspondiente a hombres fue de 8.8%).

La cifra de presos reportada para los últimos años en Alemania fue en 1982 de 53 597 (Francia tenía 31 547 y Turquía 81 346). En 1983 subió a 57 311 (Francia subió a 35 877 y Turquía a 78 086). En 1984 bajó a 55 806 (Francia seguía en aumento con 40 010 y Turquía con 73 488). En 1985 continuó descendiendo hasta 53 156 (Francia tuvo 44 498, Turquía 72 511 e Italia 41 536). En 1986 fue de 50 220 (Francia 44 029 y Turquía 68 596). En 1987 tuvo 45 666, comparado con los 49 112 de Francia y los 50 544 de Turquía. Para el primero de febrero de 1988, Alemania tenía una población penal de 53 039, mientras que en el Reino Unido era de 55 729 y Francia de 52 494. Esta tabla corresponde sólo a sentencias privativas de libertad.

Por otro lado, el número de reos extranjeros en los últimos 20 años ha crecido como resultado del aumento de sentencias dictadas a personas no alemanas. La cifra asciende al 7% de los detenidos y sujetos a custodia. La elección del tipo de establecimiento al que se les envía y su clasificación es especialmente difícil tratándose de extranjeros, por su número, estatus social, necesidades específicas y situación económica deficiente. Los problemas se basan casi siempre en dificultades para que entiendan el idioma, deficiencias educacionales y diferencias socioculturales, lo que lleva incluso a peligrar el éxito del tratamiento.¹⁴⁵ La ley indica que se les aloje preferentemente en instituciones abiertas, pero en realidad sólo 18% de los adultos y 10% de los jóvenes se encuentran (cada año) en ellas. Además, sólo 1% de las mujeres privadas de su libertad se encuentra en estos establecimientos. Si incluimos en esta clasificación las instituciones donde la gente trabaja durante el día fuera de la institución, sin vigilancia, entonces el promedio asciende a una quinta parte de la población penitenciaria (20%).

7. EL USO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL PLANO INTERNACIONAL

El aumento del número de presos no es sólo una característica de la situación de la República Federal de Alemania, sino que también se presenta en la mayoría de los países de Europa occidental. En efecto, la aplicación de penas privativas de libertad (sin condena condicional) y el porcentaje de

¹⁴⁵ Kaiser, Kerner y Schoech (1992), *cit.*, pp. 285-286.

presos varían considerablemente según el análisis comparativo a nivel internacional.

A partir de las estadísticas se puede determinar que a pesar de su notorio descenso desde 1983, hay comúnmente 82 prisioneros por cada 100 000 habitantes. En este rubro, Alemania clasifica como el tercer país europeo en cuanto a población penal.¹⁴⁶ Esta alta tasa de presos está en relación con el hecho de que el tiempo promedio de privación de libertad es relativamente largo, sin embargo no más de lo que es en los Países Bajos o en los escandinavos. Las penas privativas de libertad están caracterizadas en estos países por plazos cortos, con lo que el tiempo promedio que la gente dura en una prisión es muy breve. La privación de libertad administrativa y la vigilancia policiaca no existen en Alemania.

El estilo sancionador de los Países Bajos ha ido ganando progresivamente carácter de modelo, desde el punto de vista comparativo. Su reducida población penitenciaria es sorprendente, ya que la tasa de criminalidad y la evolución del delito no están por debajo de los datos del resto de los países de Europa. La situación, explica Kaiser,¹⁴⁷ se debe a la amplia aplicación de penas cortas privativas de libertad, la concesión de indultos y la aceptación favorable de esta práctica. Pese a ello, en los Países Bajos hubo una huelga de protesta de los presos (en 1983), a consecuencia de la disminución del personal de vigilancia y el considerable incremento sobre la capacidad de las instituciones penitenciarias.

Si se completa este informe sobre el número de presos con países que no pertenecen al Consejo de Europa, resulta que se da en Japón una cuota de presos relativamente baja con 45 de cada 100 000 habitantes, mientras que los países de la Europa del Este muestran tradicionalmente un mayor contingente de presos que Alemania. En Polonia se dio en 1981 una cuota de 250; en 1982 decayó, según declaración de Jasinski, a 215. En Bulgaria y Yugoslavia se situó la cuota en 1977 en 149 y 101, respectivamente. En Hungría, en 1979 era de 132. Una de las mayores cuotas de presos en el mundo la tienen los Estados Unidos de Norteamérica con 237 por cada 100 000 habitantes.

¹⁴⁶ Encabeza la lista el Reino Unido y le sigue Turquía.

¹⁴⁷ Kaiser, Guenther, *Kriminologie* (1989), p. 567.

8. CONSIDERACIONES PERTINENTES

En Alemania, la autoridad de vigilancia penitenciaria no es el juez, sino el fiscal. Pero como en el transcurso de la ejecución se requieren varias resoluciones judiciales, se introdujeron en la legislación orgánica las salas de ejecución penal, pertenecientes a los tribunales de cada entidad federativa. Además, la ejecución penal no es objeto de estudio por los profesores de derecho penal y procesal penal, sino por los de criminología.

En general, puede decirse que en estos momentos son más favorables las condiciones externas para la ejecución de la pena privativa de libertad. A principios de los ochentas, las prisiones estaban sobre pobladas. Ahora, la tasa de ocupación se ha estabilizado de 80 a 90%. Porque la tasa de población general disminuye, se espera en las próximas décadas un descenso entre un 10 y 20% de la ocupación carcelaria.¹⁴⁸

9. MEDIDAS ALTERNATIVAS PUESTAS EN PRÁCTICA EN EUROPA¹⁴⁹

En la actualidad no se analizan nuevas alternativas al encarcelamiento bajo los auspicios del Consejo de Europa. Desde su creación en 1957, el Comité Europeo sobre Problemas del Crimen ha discutido muy a menudo la reducción de las sentencias a penas privativas de libertad. Durante los años sesenta y principios de los setenta básicamente se utilizó la *probation* como medida alternativa y fue precisamente en el transcurso de esos años cuando comenzó la preocupación por utilizar nuevas penas alternativas. De ello resultó la adopción de una resolución (la número 10) que adoptó el Comité de Ministros en marzo de 1976 y que se conoce con el nombre de “Algunas medidas penales alternativas al encarcelamiento”. Esta resolución y el informe correspondiente sin duda han contribuido a que el tema de remplazo de una sentencia a pena de prisión por otras sanciones haya alcanzado tanta importancia en las reuniones científicas celebradas en la última década en los países europeos. El tema ha sido el centro de atención a nivel nacional e internacional, aunque nunca antes había sido incluido en la agenda de las anteriores reuniones de los administradores de prisiones.

¹⁴⁸ Duenkel y Roesner, *Imprisonment today and tomorrow*, cit., p. 213.

¹⁴⁹ El presente apartado es traducción del texto en inglés de la 7^a *Conferencia de Directores de Prisiones del Consejo de Europa*, publicado en Estrasburgo por dicho consejo en 1986.

Es por eso que ahora se ha querido discutir el problema y conocer su desarrollo, así como la experiencia de cada uno de los países miembros en forma individual.

El interés en las medidas alternativas al encarcelamiento (también llamadas ambulantes) ha ido en aumento tanto por razones económicas como ideológicas. En los años setenta apareció un cierto número de publicaciones especializadas apoyando las afirmaciones acerca de los limitados efectos positivos del encarcelamiento. Los estudios en este campo son coincidentes en sus conclusiones con respecto a las ventajas terapéuticas de las sanciones que no se basan en el encarcelamiento. Por otra parte, los costos para mantener establecimientos penitenciarios se han elevado a tal grado que el aspecto económico ha sido en algunas ocasiones factor decisivo en el desarrollo de la política criminal.

Los encargados de la ejecución de las penas de prisión se enfrentan no sólo al problema de la sobre población, sino también a otras dificultades que por motivos económicos ahora surgen.

Gran cantidad de investigaciones sobre los efectos dañinos del encarcelamiento han contribuido a que se revisen constantemente sus contenidos. Dentro del Consejo de Europa se ha dedicado mucha atención a estos temas; prueba de ello son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros. Se ha luchado por sus derechos, se han aumentado los permisos de salida, etcétera. Se han hecho y se siguen haciendo grandes esfuerzos para ajustar las prisiones al nuevo desarrollo social y conforme a los nuevos conocimientos. En el debate político-criminalidad se ha asegurado que la humanización que ha caracterizado a las prisiones durante los últimos quince o veinte años ha contribuido a consolidar el uso de la pena privativa de libertad. Este punto de vista debe ser rechazado. Por otra parte, no es conveniente permitir que esta opinión impida las reformas que en ese sector deben hacerse y que parecen respuestas para un cierto tipo de delincuencia. Si los cambios son evitados (por cualquier razón) no hay duda de que continuarán aumentando las demandas de limitar el uso del encarcelamiento por otras penas alternativas.

Considerando el interés que el tema de las alternativas ha tenido —y que afortunadamente continúa teniendo— los especialistas del Consejo de Europa reunieron los materiales necesarios para realizar un estudio acerca de las condiciones imperantes en cada uno de los estados miembros.

En julio de 1988, la división de problemas criminales de la dirección de asuntos jurídicos del Consejo de Europa, pidió a los correspondentes de sus

estados miembros, que elaborasen un informe relativo a las medidas alternativas a la pena de prisión existentes en su legislación, su práctica y las tendencias futuras. En la división se evaluaron los resultados y se examinaron de manera conjunta.

El análisis sobre medidas alternativas cubre una vasta área. Los especialistas acordaron (en vista del poco tiempo de que disponían) limitar su análisis a los sujetos una vez que han sido declarados culpables (a lo largo de este trabajo se les ha denominado delincuentes). Convinieron también en considerar las medidas aplicables a menores y a adultos, y cualquier otra que pudiera ser analizada por haber sido impuesta como respuesta a un delito cometido.

Trece estados miembros contestaron y enviaron el cuestionario; la información fue ampliamente procesada para trabajar en forma ordenada. El capítulo 1 contenía una descripción de la situación vigente en los estados miembros, incluyendo las alternativas puestas en práctica. El capítulo 2 se refería a la frecuencia de la práctica de esas alternativas y la extensión de su uso, principalmente en comparación con el uso de penas privativas de libertad y las limitaciones existentes. En el capítulo 3 se registraron las experiencias y la evaluación de los resultados obtenidos con el uso de la medida alternativa y el grado de aceptación que tuvo. El capítulo 4 registraba las opiniones acerca de futuros desarrollos. En conclusión, se obtuvo un panorama general por lo que se refiere al uso de nuevas alternativas, así como de los problemas derivados del uso de sanciones ambulatorias.

A. Medidas alternativas utilizadas en los estados miembros

El Comité Europeo para Problemas Criminales ha elaborado un estudio de la aplicación de medidas alternativas. El punto de partida es el reporte que presentó un subcomité en 1986, y que contribuyó a la adopción de la Resolución 76 del Comité de Ministros. Este amplio informe constituye un punto clave en la historia de las alternativas, ya que fue la primera vez que se les describió en forma particular y se les analizó científicamente. Desde entonces se han desarrollado y aplicado nuevas medidas, por lo general después de un corto periodo experimental.

Ha llegado el momento de revisar ese análisis a la luz de las recientes reformas a la legislación penal de algunos estados miembros, y la mejor manera de hacerlo es clasificar las alternativas en distintas categorías, indicando en cada caso las semejanzas y diferencias entre los países. De

hecho, la comparación tiende a mostrar las distintas variedades resultado de la diversidad de los sistemas legales, más que de distintas concepciones en ellas mismas. Se pueden distinguir tres categorías, de acuerdo con su efecto sustitutivo: *a)* medidas que intentan sólo modificar la aplicación de las penas privativas de libertad; *b)* medidas alternativas que imponen sanciones diferentes a las privativas de libertad; y *c)* medidas que tienden a evitar la imposición de una pena privativa de libertad o, en general, cualquier tipo de sanción.

Hay que señalar que para efectos de esta investigación realizada por el Consejo de Europa, las únicas medidas coincidentes aplicadas en sustitución del encarcelamiento son las descritas en el inciso *b*.

a) **Medidas relacionadas con la imposición de una pena privativa de libertad.**

En esta categoría se incluyen medidas que no son propiamente tales, sino más bien acuerdos, tomados en el momento en que se dicta la sentencia, con la intención de modificar las sentencias de encarcelamiento. Su propósito es permitir una privación de libertad parcial, ya sea en forma intermitente o en un establecimiento fuera del sistema de prisiones, incluso en el hogar del delincuente. En otras palabras, son medidas que tienden a restringir parcialmente la libertad lo menos posible, con el fin de evitar que los sentenciados corran el peligro de ser afectados en forma negativa en las prisiones, anulando con ello las posibilidades de la persona de reincorporarse a la sociedad. Ellas son:

Semidetención. Por ésta se entiende una detención parcial que permite al preso salir del establecimiento a trabajar, seguir estudiando o someterse a tratamiento médico. El tiempo que pasa privado de su libertad se limita, generalmente, a las horas de la noche o al tiempo que no está ocupado por la actividad materia del acuerdo (ya sea un trabajo, instrucción o tratamiento médico). La semidetención se practica en Bélgica, Italia (donde el ofensor es obligado a pasar al menos diez horas al día en prisión, además de sujetarse a algunas otras restricciones), Suiza, los Países Bajos, Portugal, España y Francia (la imponen los tribunales cuando las penas de prisión no exceden de seis meses, siempre y cuando el reo tenga empleo, esté inscrito en un curso o sujeto a tratamiento médico). Esta privación de libertad parcial también se aplica en la legislación penal de Irlanda (permite al reo salir de la prisión en ciertas condiciones, como sujetarse a tratamiento, tener un

trabajo de tiempo completo o acudir a un centro de tratamiento y bajo vigilancia de un asistente de *probation*).

Permiso de trabajo. Con él, se permite a una persona sentenciada emplearse fuera de la prisión. Se aplica en Suiza y los Países Bajos. En Francia, la medida sólo puede ordenarse mientras se cumple la sentencia y debe dictarla el juez que impuso la pena.

Detención de fin de semana. Es una forma de privación de libertad en períodos, ya que sólo se cumple los fines de semana. Existe en Suiza, Bélgica, los Países Bajos, Alemania y Portugal. En esta categoría se incluye la modalidad alemana de “privación de libertad del tiempo libre”, que generalmente se cumple los fines de semana y se aplica a menores.

Arresto domiciliario. Éste permite al reo cumplir una sentencia corta en su casa. Se emplea en España y Turquía (cuando el reo es mayor de 65 años o si tiene una incapacidad médica que no le permita estar en prisión, y sólo si la sentencia no excede los treinta días).

Cumplimiento en una institución externa, en lugar de la prisión. Existe en Suiza y Alemania (la Ley de Drogas de 1981 permite a las personas procesadas ser admitidas en un centro de atención de alcohólicos o drogadictos, en el caso de sentencias no mayores de dos años de prisión). En el Reino Unido, el tribunal puede ordenar el internamiento en un hospital si comprueba que el procesado lo fue por un delito sancionado con pena de prisión, y antes de imponerle una pena se le beneficia con la imposición de esta medida. El reo debe ser admitido y confinado en un hospital determinado, o puesto bajo la tutela de la autoridad local.

b) Medidas alternativas que imponen sanciones diferentes a las privativas de libertad.

Hay casos en los que el tribunal puede ordenar como sanción principal una que no sea privativa de libertad. Existe gran variedad de medidas, pudiéndose agrupar en cuatro categorías: *a) sanciones pecuniarias y económicas en general; b) sanciones que restringen o suspenden derechos; c) diversas medidas de probation, y d) trabajo en favor de la comunidad.*

Sanciones pecuniarias y económicas en general

Históricamente, la primera sanción alternativa a la prisión fue la multa. Ello es lógico porque la pena de prisión ha sido la sanción principal, y la

multa ha ocupado el segundo lugar en importancia. Hoy en día ya no es ésta la situación, ya que en Alemania la sanción más utilizada es la multa.

El concepto de multa o el pago de una suma de dinero como sanción ha ido evolucionando y extendiéndose a tal grado, que ya no debe uno hablar sólo de “multas” sino del término genérico “sanciones pecuniarias”. El tema de la compensación a las víctimas, al que se da cada vez más importancia, ha sido incluido en este grupo de medidas.

En cuanto al empleo de las multas, la mayoría de los países europeos las han adaptado según la personalidad y circunstancias personales del delincuente. En Francia y los Países Bajos las multas son proporcionales a las posibilidades económicas del infractor. El sistema de los días multa permite, en teoría, una correcta individualización de la pena, porque combina los dos factores variables: la gravedad del delito y las circunstancias personales del delincuente, por un lado, y la posibilidad de pago, por el otro. El sistema de días multa se usa en Suecia, Dinamarca, Alemania, Austria y Francia.

En algunos sistemas, como el francés, las multas pueden ser pagadas a plazos, y el pago puede ser suspendido por el juez, después de que ha impuesto la sanción. No pagar las multas es, teóricamente, sancionado con encarcelamiento, ya que ellas no están exentas de la abominable regla que dice: “el no cumplir con una medida alternativa a la pena de prisión acarrea una sentencia de prisión perpetua”. En Italia y en la mayor parte de las entidades federativas de Alemania, es posible cambiar el incumplimiento del pago de la multa por trabajo en favor de la comunidad.

De las medidas relacionadas con las sanciones económicas, se mencionan las siguientes:

- a. El sistema francés de *ordonnances pénales* para delitos menores (llamados también de *bagatela*), y tratándose de primodelincuentes, puede el juez imponer una multa, siempre y cuando el delincuente acepte dicha decisión.
- b. El pago de una cantidad fija de dinero a una institución sin fines de lucro o de caridad. Esta medida alternativa se aplica en Alemania, tratándose de menores de 21 años.
- c. La confiscación o restitución de los productos o ganancias del delito, en el caso de delitos económicos. Se utiliza en los Países Bajos y en Alemania.
- d. En la compensación a las víctimas, el objetivo es ofrecer compensación o reparar el daño causado por el delito. Un ejemplo es la obligación de compensar el daño (medida utilizada en el Reino Unido), por medio de la cual el juez ordena al delincuente que le pague a la víctima una compensa-

ción por el delito cometido, debiendo cubrirle los daños personales, la pérdida o el daño sufridos.

Sanciones que restringen o suspenden derechos

La mayoría de los estados europeos aplican sanciones que restringen o suspenden derechos como penas principales. Es interesante saber la evolución de las legislaciones en este rubro, ya que aparecieron dentro de la búsqueda de alternativas a la prisión y en tanto sanciones secundarias (consideradas medidas de seguridad). En 1975 Francia las utilizaba como “medidas alternativas al encarcelamiento”, e igual hacía Luxemburgo, pero ya han dejado de ser sanciones secundarias para ser principales y aplicables en cuanto medidas alternativas a la prisión.

Entre las más importantes encontramos las que a continuación se señalan.

Inhabilitación para manejar automóviles. Se practica en el Reino Unido (se incapacita al infractor para utilizar y obtener una licencia de manejo por cierto periodo), los Países Bajos, Noruega y Francia (suspensión de la licencia para conducir un tipo o cualquier clase de vehículos).

Confiscación. Se establece en el código penal de Bélgica (confiscación de los productos del delito o de los objetos usados o preparados para ser usados, siempre que pertenezcan al delincuente), los Países Bajos, Alemania y Francia.

Restitución de los productos del delito. La encontramos en la legislación penal alemana tratándose de adultos.

Inhabilitación para dedicarse a determinada ocupación. Si ésta fue la que sirvió para la comisión del delito (Francia) o referente a la participación en empresas comerciales.

Medidas educativas. Existen en Francia (donde una corte para jóvenes puede imponer medidas educativas en vez de sanciones penales) y el Reino Unido (por ejemplo la obligación de vigilancia o la orden de presentación a lugar determinado), que requieren del delincuente su presencia en un centro de atención educativa por periodos que no excederán de tres horas diarias y por un máximo de entre 12 y 24 horas, para personas de entre 17 y 21 años). En Alemania se utiliza la “supervisión obligatoria de la educación”, durante la cual un asistente es responsable de proveer educación y orientación al joven delincuente, y debe además cooperar con sus padres con recomendaciones y consejos.

Sanciones morales. Como la amonestación (aplicada en Portugal cuando el delito está sancionado con prisión no mayor a tres meses y el daño ha sido reparado); la reprensión, utilizada sobre todo en menores (los Países Bajos, Alemania); o la imposición de ciertas obligaciones (por ejemplo, en Alemania se requiere reparar el daño, disculparse personalmente con la víctima y el pago de una cantidad de dinero a una organización de caridad).

Libertad sujeta a vigilancia. En Italia la impone el juez supervisor para remplazar una pena privativa de libertad que no exceda de tres meses, y consiste en cumplir ciertas obligaciones (llamar por teléfono una vez al día a la estación de policía) y respetar ciertas prohibiciones (no abandonar el lugar de residencia sin permiso, y éste sólo se concede por razones de estudio, trabajo, de salud o familiares; no poseer armas, etcétera). La vigilancia del cumplimiento de esta medida es responsabilidad de la policía.

Medidas probation

Las medidas consideradas *probation* ocupan un lugar preponderante respecto a las medidas alternativas a la prisión (o ambulantes). Remontándonos a la época antigua, ha sido la *probation* la única y más eficaz alternativa (aun por encima de la multa). Su objetivo no es sólo evitar el encarcelamiento para sustituirlo por otra forma de castigo, es decir, supervisar al delincuente fuera del sistema carcelario, sino fundamentalmente facilitar su rehabilitación (función que en apariencia no tiene la multa). No sólo evita los perjuicios que causa la prisión, sino que incluso aspira a contribuir de manera positiva al restablecimiento o reincorporación del delincuente a la sociedad.

Estas medidas se han establecido en las legislaciones penales europeas en diversas épocas, hoy día se aplican en la mayoría de los países, aunque con distintas formas. Por otra parte, a pesar de los esfuerzos hechos para persuadir a los jueces de que las apliquen más efectivamente, aún están en proceso de desarrollo en muchos lugares.

Formas legales de la probation

El término *probation* debe entenderse en sentido estricto, es decir, como una forma alternativa de sancionar caracterizada sobre todo por su forma de cumplimiento, que deja libre al delincuente, quien se obliga a cumplir determinadas obligaciones, bajo la supervisión de un encargado (asistente)

de *probation*; éste, como trabajador social que es, tiene la labor de apoyarle moral y materialmente para facilitarle su rehabilitación.

Este tipo de sanciones se pueden cumplir de dos maneras diferentes. Por un lado, mediante aplazamiento o prórroga de la sentencia, una vez que el delincuente ha sido declarado culpable. Así se aplica en el Reino Unido y en Dinamarca. Durante el periodo de prórroga ordenado por el tribunal, el sujeto a prueba debe cumplir determinadas obligaciones. El sistema italiano, por su parte, establece una sanción muy especial (*affidamento in prova al servizio sociale*) consistente en que el sujeto debe someterse por lo menos a un periodo de tres meses de observación privado de su libertad. Si la vigilancia y varias pruebas de personalidad resultan positivas, la pena de prisión es remplazada por la libertad del delincuente, quien queda en manos de una oficina administrativa del servicio de prisiones.

Últimos desarrollos de la probation en los estados miembros

Debemos apuntar que en sus inicios los aspectos procesales de la *probation* fueron muy importantes. Ahora ya han pasado a segundo término. Por ejemplo, Portugal la introdujo en su código penal como parte obligada en el sistema de sentencias suspendidas. España parece seguir el mismo sistema. Francia adoptó un nuevo procedimiento en 1975 basado en el modelo británico (*a journement avex mise à l'épreuve*), que le permitió suspender la ejecución de las sentencias. Sin embargo, la institución *probation* ha evolucionado considerablemente en los países europeos, y ahora se encuentra prevista en diversas formas, adaptadas al sistema legal de cada país. A veces cumple un amplio campo de necesidades, como en los Países Bajos, donde puede aplicarse en unión con la suspensión del procedimiento, y es tan frecuente su aplicación que se ha llegado a considerar un tercer sistema de ejecución de las penas, con la misma importancia jerárquica que la prisión y la multa.

En cuanto al método de tratamiento, también han ocurrido cambios. El principio tradicional que disponía una estrecha relación entre el asistente de *probation* y el delincuente está cambiando con miras a lograr una mejor eficiencia. Algunos de los métodos utilizados son: *a*) la “supervisión especial”, puesta en práctica en Suecia y el Reino Unido, que consiste en una supervisión intensiva de ciertas categorías de delincuentes por el servicio encargado de la *probation*; *b*) el conjunto de experimentos de *probation*, en los cuales se trabaja para analizar diferentes situaciones; *c*) el

tercer método está cobrando fuerza últimamente y consiste en asignar dos trabajadores sociales a cada sentenciado (en el Reino Unido, Francia y Holanda), con lo que se obtiene un conocimiento casi completo del delincuente y sus problemas, y *d)* el último de los métodos se utiliza en el Reino Unido para grupos especiales de delincuentes que son sometidos a una instrucción diaria.

Servicio (o trabajo) comunitario

Probablemente el servicio o trabajo comunitario sea la medida alternativa más avanzada introducida en el derecho penal europeo en los últimos diez años, y es la que más esperanzas despierta entre los expertos en la búsqueda de alternativas a las sanciones privativas de libertad. La medida está basada en el principio de que al delincuente no detenido, se le ordena que desarrolle un trabajo sin remuneración económica por un número específico de horas, ya sea en una institución o para personas individuales. El trabajo se supone va a beneficiar a la comunidad globalmente considerada, como una forma de compensar el daño causado por el delito. La gran originalidad de la medida reside en el hecho de que la comunidad toma parte en el proceso judicial (ya que las personas que integran el aparato judicial son vecinos de la comunidad), a través de las instituciones donde se lleva a cabo el trabajo, y no sólo en la ejecución de la sentencia, sino en la rehabilitación del delincuente. En comparación con la *probation*, el trabajo en favor de la comunidad constituye un gran avance en el cumplimiento de sentencias sin privación de libertad. Las tradicionales figuras del sentenciado y el asistente de *probation* se han unido para dar como resultado una tercera persona: la comunidad, que será representada por la persona a cargo del cumplimiento de la tarea destinada, así como por los compañeros de trabajo y otros miembros de la misma institución.

La puesta en práctica varía de acuerdo con el sistema legal de cada país miembro. En el Reino Unido (Ley de Justicia Penal de 1972) un delincuente de 17 años o más que ha sido encontrado culpable de un delito castigado con cárcel, puede ser sentenciado a desempeñar un trabajo sin pago por un cierto número de horas no menor de 40 ni mayor de 240. Dicho trabajo normalmente deberá cumplirse en los siguientes doce meses a que se dictó la sentencia. Antes de que el juez lo disponga, deberá solicitar un informe del asistente de *probation* relacionado con el delincuente y su personalidad. Se requiere que el juez esté convencido de que se trata de una persona

confiable y adecuada para recibir tal sentencia. La disposición está en vigor desde 1983 y tratándose de menores, el periodo de trabajo va de 20 a 120 horas.

En Francia, el *travail d'intérêt général* (legislado desde junio de 1983 y en vigor desde el 1 de enero de 1984) consiste en realizar una actividad no pagada por un tiempo que va de 40 a 240 horas, en los siguientes 18 meses dictada la sentencia, y deberá ser para un fin benéfico, un servicio público, un establecimiento público o una asociación de caridad. Puede dictarse como pena principal (se requiere para ello que el acusado no haya sido previamente condenado por un delito cuya pena excediese de cuatro meses) o como una obligación impuesta en unión a una sentencia suspendida. Tratándose de menores, el periodo va de 20 a 120 horas, y deberá ejercerse en el plazo de un año.

En Portugal (código penal de enero de 1983) el trabajo comunitario consiste en realizar una actividad no remunerada (desde nueve hasta 180 horas) fuera de las horas de trabajo, y puede ordenarse solamente en el caso de delitos sancionados con no más de tres meses de prisión.

En Luxemburgo, el trabajo comunitario (*travaux aux profit de la communauté*), en vigor desde 1986, puede ordenarse como respuesta a la solicitud de clemencia presentada por el delincuente una vez sentenciado. De las formalidades se encarga el Servicio Central de Asistencia Social, que es también el encargado de hacer los trámites para conseguirles empleo. De hecho no constituye una pena propiamente dicha, pero sí es un sustitutivo para la pena privativa de libertad, ya que no recurre al encarcelamiento en ningún momento. El perdón surte efectos sólo si el trabajo ha sido cumplido satisfactoriamente.

El sistema en los Países Bajos (desde el 2 de febrero de 1981) ha producido resultados muy alentadores. El campo de aplicación es muy amplio porque se le puede imponer incluso mientras el juicio se lleva a cabo. La medida la ordena un juez y su propósito explícito es remplazar la pena de prisión. Puede ser ordenada junto con una sentencia suspendida (en la mayoría de los casos) o junto con *probation*. Teóricamente, los límites del trabajo van de treinta a 150 horas, pero a menudo el límite máximo es excedido por el tribunal.

En Dinamarca, el trabajo comunitario fue introducido en fase experimental en 1982 sólo en Copenhague. En vista del éxito, se decidió extenderlo a todo el país en 1985.

Alemania aplica el trabajo comunitario desde 1953, aunque sólo para delincuentes juveniles. En gran número de entidades federativas es utilizado en los casos en que los adultos no pueden pagar las multas.

Igualmente en Italia, el trabajo comunitario se usa como medida alternativa sólo con los que se declaran incapaces de pagar una multa.

En Noruega, el sistema se basó en los modelos británico y danés; está en vigor desde 1984.

c) Medidas tendentes a evitar la imposición de una pena

Las medidas que tienden a evitar la imposición de una pena son un rubro abarcador de un amplio grupo de recursos que permite a los tribunales, una vez declarada la culpabilidad del sujeto, no imponerle ninguna sanción. Pueden clasificarse en tres categorías, de acuerdo con sus propósitos: *a)* suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, *b)* posponer la sentencia, y *c)* no imponer sanción alguna.

Medidas que suspenden la ejecución de la pena

Con las medidas que suspenden alguna ejecución, el tribunal impone una pena de prisión, pero difiere su cumplimiento. Pueden mencionarse las tres siguientes:

Primera. La institución británica de la “pena de prisión suspendida” consiste en ordenar que la sentencia que condena a pena de prisión inferior a dos años, no surta sus efectos, a menos que el delincuente cometa otro delito sancionado con prisión. Si se dicta una sentencia carcelaria superior a seis meses de cárcel, el tribunal puede poner al sujeto bajo la supervisión de un asistente de *probation*. Este sistema se usa también en Chipre.

Segunda. La sentencia condicional (originada en los países escandinavos) por la cual una sentencia es suspendida condicionalmente por un periodo de prueba de dos años. Se utiliza para delincuentes ocasionales con alta probabilidad de lograr un restablecimiento satisfactorio.

Tercera. El sistema continental de suspensión (*sursis*), como el italiano (suspensión condicional del encarcelamiento), es aplicable en los casos de: *a)* sentencias a prisión no mayores de dos años, *b)* tratándose de delitos comunes, por un periodo de cinco años, y *c)* para delitos de bagatela, de dos años, pero aplicable una sola vez para delincuentes primarios, y sujeto además a que no cometa un delito del mismo tipo y al cumplimiento de

ciertas obligaciones como el pago de los daños. El *sursis* simple que aparece en el Código de Procedimiento Penal francés, es una institución similar (sujeto a que no se cometiera un segundo delito del mismo tipo en un periodo de cinco años; además, la medida no podrá ordenarse a menos que el delincuente no haya sido sentenciado durante los cinco años anteriores al proceso y que se trate de un delito con pena mayor a dos meses). Un sistema similar de suspensión existe en Portugal (en casos en que la comisión del delito no sea castigada con más de tres años de prisión, y también está sujeto al cumplimiento de obligaciones específicas en un periodo de *probation* de entre uno a cinco años); y en España (donde la suspensión condicional se concede cuando la pena de prisión no excede un año; el periodo suspensivo será entre dos y cinco años, y asimismo estará sujeta a que la persona no cometa de nuevo un delito).

Medidas encaminadas a diferir la sentencia

El sistema de posponer la sentencia una vez que se ha comprobado la culpabilidad del sujeto, se aplica actualmente en varios estados miembros y de distintas maneras.

Aplazamiento de la sentencia (Reino Unido). El fallo dictado por el juez a un delincuente puede ser diferido hasta por seis meses con el propósito de facilitar que el tribunal considere la conducta del sujeto antes de sentenciarlo. Para ello se requiere el consentimiento del acusado.

En Suecia se aplica una medida similar en los casos de sujetos adictos a las drogas, para evitarles el ingreso a prisión. El aplazamiento debe ir acompañado por un “compromiso de sujetarse a un tratamiento” durante un año, y que debe ser aceptado libremente por el delincuente.

Sentencia diferida. Se emplea en Noruega, Dinamarca, Irlanda y Bélgica. En Francia puede ordenarse un *ajournement du prononcé de la peine* si las perspectivas de rehabilitación del delincuente son satisfactorias, se ha reparado el daño y las molestias causadas por el delito han cesado.

En Luxemburgo se aplica bajo condiciones especiales y sólo en casos de sujetos adictos a las drogas; en Alemania solamente los menores son sujetos de este beneficio.

Medidas encaminadas a la no imposición de pena

En estos casos, el efecto de sustitución es total ya que el tribunal se abstiene de imponer sanción alguna. Son varias las posibilidades de aplicar este sistema.

La no imposición de pena (Reino Unido y Chipre) permite al tribunal terminar el proceso sin imponer pena alguna, si está convencido de que ella no es necesaria. Se emplea en casos concretos y está sujeto a que el delincuente no cometa ningún delito con posterioridad, dentro de un periodo fijado previamente.

El sistema de *binding over* es cuando el reo debe depositar una cantidad de dinero que le avale en concepto de fianza y en los casos en los que la sentencia le obliga sólo a comportarse correctamente durante un tiempo determinado. Si infringe ese compromiso, pierde la fianza y recibe la sentencia adecuada al hecho que motivó el *binding over*, el utilizado en el Reino Unido y en Chipre implica que una vez declarada la culpabilidad del reo, el tribunal no dicta sentencia (el sistema anglosajón se caracteriza por declarar la culpabilidad primero —tarea que por lo regular corresponde al jurado— y posteriormente el juez dicta la sentencia) con la condición de que el acusado prometa tener una buena conducta durante un cierto periodo. Una medida similar se aplica en Irlanda (*binding to keep the peace*).

En Francia, el tribunal puede ordenar una *dispense de peine* sujeta a tres condiciones: rehabilitación del delincuente, la disposición para reparar el daño causado y el cese de las molestias producidas por el delito. La orden puede dictarse una vez que la ejecución de la sentencia ha sido suspendida.

El sistema de eximir de pena en Portugal está copiado de la legislación francesa (no se impone pena alguna tratándose de delitos sancionados con prisión no mayor a seis meses, para delitos de bagatela, una vez que el daño resultado del delito se ha reparado y que dicha decisión judicial no se oponga a los requerimientos de orden público). Una medida similar se aplica en Alemania para los casos en que las consecuencias del delito son de poca gravedad y no requieran sanción.

El perdón judicial se aplica en los Países Bajos en los casos de delitos de bagatela. También se utiliza en Italia en los casos de menores sentenciados a menos de dos años de prisión.

B. Puesta en práctica de medidas alternativas en los estados miembros

Cualquier listado de medidas alternativas que se limite a la mera enumeración de ellas no nos serviría de mucho para valorar su efectividad. Aunque no hay duda de que es interesante saber con cuáles alternativas cuenta la legislación penal de cada país, es esencial saber con qué frecuencia se utilizan por el sistema judicial de cada Estado miembro. La parte práctica de la utilización de cada medida es también valiosa para hacer su valoración.

Debemos advertir que los datos de esta sección están incompletos, debido a la información enviada por los representantes de cada país, lo que nos hace suponer que no se están aplicando correctamente las medidas alternativas.

a) Análisis de la aplicación de las medidas alternativas

Este apartado está basado en la información que proporcionaron los países miembros y, como se expresó líneas arriba, la disposición para utilizar medidas sustitutivas no es unánime en todos los jueces, ya que algunos mantuvieron gran discreción respecto a sus opiniones personales sobre el tema. Al comparar el uso de las sentencias a penas privativas de libertad fue posible descubrir algunas coincidencias en los sistemas judiciales, lo que nos ayudó a clarificar la situación.

Pese a que la sanción impuesta con mayor frecuencia por los tribunales es la multa, no podemos inferir de ese hecho que esta pena sea invariablemente el sustitutivo de la prisión, pues en la mayoría de los casos se usa cuando el encarcelamiento no es aplicable. Sigue también que en ocasiones no se aplican las penas alternativas por otro tipo de razones como corrupción, presentación de falsas evidencias o evasión del procesado.

La suspensión de la sentencia es el caso más generalizado. En Francia, por ejemplo, el *sursis simple* es la sanción que sigue en importancia a la multa.

La *probation* ocupa también un lugar importante, pues a menudo se utiliza en sustitución de las multas y la suspensión de las sentencias. En el Reino Unido y Alemania frecuentemente se utilizan las llamadas sanciones restrictivas o suspensivas de delitos y las medidas coercitivas y educativas.

En el Reino Unido las condenas a trabajo en favor de la comunidad son muy frecuentes, aunque se utilizan en menor escala que la *probation*.

En términos generales, en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros existen medidas alternativas. Por ejemplo, en Francia se utilizan con poca frecuencia las sanciones restrictivas o suspensivas de derechos, que fueron incorporadas a su legislación como alternativas en 1975.

b) Consideraciones en cuanto al uso de medidas alternativas

Conforme a lo anterior, es importante destacar que las sanciones alternativas (han sido llamadas así por los legisladores preocupados por encontrar nuevas formas de reducir la población penitenciaria), en cuanto a la extensión de su uso han jugado un papel importante en coadyuvar al problema de la sobre población en las prisiones. Pero el conflicto surge cuando la decisión corresponde tomarla al juez. Es difícil, si no imposible, adivinar los elementos que toma en cuenta un juez al momento de dictar su fallo. Un análisis retrospectivo demuestra lo que podría ser calificado como un proceso de “deslizamiento” de una institución a otra, esto es, el uso de una medida alternativa en casos en los que un tribunal normalmente no habría impuesto una pena privativa de libertad, sino una sanción menor, por ejemplo una multa. En otras palabras, el concepto integral de una alternativa al encarcelamiento es tan sólo relativa.

Así las cosas, es posible afirmar que las penas alternativas impuestas a menudo (económicas, de *probation* o restrictivas de derechos) se aplican para evitar el encarcelamiento.

Con respecto a las sanciones menos aplicadas en algunos países, frecuentemente porque han sido apenas incorporadas a su legislación penal, es difícil llegar a conclusiones contundentes al respecto. Debemos añadir que los jueces, quienes en la mayoría de los países tienden a ser conservadores, son a menudo reacios a hacer uso de las penas alternativas, ya sea porque no estén familiarizados con ellas, o porque su imposición implica más esfuerzo que la aplicación de una sanción tradicional (con las sanciones alternativas se deben recoger más datos sobre la personalidad del condenado, y a menudo explicarle larga y detalladamente en qué consiste la sentencia). También sucede con frecuencia que los jueces desconfían del efecto punitivo de las “nuevas penas”, las cuales no son consideradas como auténticas penas por algunos jueces.

La renuencia por parte de los jueces a hacer uso de las sanciones alternativas puede resultar en un uso deficiente de las medidas existentes, y propiciar excesivas restricciones para su aplicación, no consignadas en la

ley, impuestas por cuestiones políticas o que surgen en la práctica diaria. Tales restricciones están sobre todo relacionadas con la edad del delincuente que tiene derecho al beneficio de la medida alternativa, el tipo de delito o los antecedentes penales del condenado.

Con respecto a las restricciones debidas a la edad, el principal problema es determinar si las medidas pueden ser aplicadas tratándose de menores. Muchos países excluyen su uso en el caso de delincuentes juveniles (por ejemplo en los Países Bajos respecto a la suspensión de la sentencia, en el Reino Unido la *probation*, y las multas en Alemania). A veces las condiciones bajo las cuales se aplican ciertas medidas deben ser adaptadas para hacerlas más flexibles (por ejemplo el *travail d'intérêt général* en Francia, el servicio comunitario en el Reino Unido y la *probation* en Italia) por estar menores involucrados. Existen también otras medidas alternativas específicamente designadas para menores, como la reprimenda en los Países Bajos, el trabajo comunitario en Alemania o la inscripción obligatoria en un centro de atención en el Reino Unido. En Dinamarca, mientras el servicio comunitario está específicamente recomendado para delincuentes juveniles, en la práctica los tribunales lo imponen también a los adultos.

En cuanto a las restricciones relacionadas con la naturaleza o gravedad de los delitos, se pueden mencionar muchos ejemplos, como el experimento noruego con el servicio comunitario, que excluye su uso en el caso de violaciones a la legislación sobre drogas. En Dinamarca, el servicio comunitario se recomienda principalmente para culpables de delitos contra la propiedad y falsificación, pero excepcionalmente para los procesados por hechos violentos. En Alemania no existe la alternativa de imponer una multa (en el sistema de días multa) en lugar de cárcel tratándose de ciertos delitos graves. En Italia, la *probation* no puede imponerse para los delitos de robo, robo agravado, extorsión y extorsión calificada, secuestro por motivos económicos o de extorsión y asociaciones de tipo “mafia”.

En algunos casos existen restricciones relacionadas con la naturaleza de los delitos con el propósito de preservar el aspecto sustitutivo de la medida. En los Países Bajos se establece que el objetivo principal del servicio comunitario es remplazar la pena de prisión menor a seis meses: en Italia, la mayoría de las sanciones alternativas se aplican sólo en los casos en que el tribunal no impone una pena de prisión; en estos casos se sanciona con detención parcial por seis meses, con libertad vigilada durante tres meses o con *probation* por dos años y medio.

Existen muchas restricciones en cuanto a los antecedentes penales del delincuente. Por ejemplo, en Italia no pueden imponerse las sanciones económicas o la detención parcial para remplazar una pena privativa de libertad en el caso de personas sentenciadas a ella, si en el curso de los cinco años anteriores a la comisión del delito fue una o más veces sentenciado a prisión por más de dos años.

La legislación francesa respecto al trabajo comunitario es vacilante, ya que muestra entre permitir una aplicación amplia de medidas alternativas, o hacerlo en forma restringida, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, especialmente la falta de antecedentes penales. Esto quedó claro durante la campaña que llevó a cabo el ministro de justicia para informar a los jueces y las organizaciones que podían ofrecer empleos a los condenados. Existe otro obstáculo respecto a la extensión del trabajo comunitario. No podrá utilizarse como pena principal a menos que el delincuente no haya sido nunca antes sentenciado a una “ pena criminal”, o no se le haya dictado una sentencia suspendida hasta por cuatro meses de prisión, pero sí podrá ser impuesta junto con la suspensión de la sentencia a encarcelamiento, sin importar sus antecedentes penales.

En términos generales, el problema de si para elegir una pena hay que tomar en cuenta los antecedentes penales del condenado, ha sido ampliamente discutido. No puede negarse que en la práctica, un tribunal no puede desdeñar el hecho de que una persona ha sido antes condenada por la comisión de un delito, y que ello es un factor agravante en el momento de dictar sentencia. No debería, sin embargo, influir cuando en lugar de aplicarle una pena se le aplique prisión, en tanto la sanción cumpla con el objetivo de readaptar al delincuente y prevenir la comisión de futuros delitos, además de que esté adecuada a sus circunstancias personales.

Sería interesante saber cuáles restricciones tienen un efecto positivo en la imposición de sanciones alternativas. Se tienen argumentos en dos distintos sentidos. Un primer ejemplo es la prohibición de conducir vehículos, como se practica en el Reino Unido y Francia. En el Reino Unido la inhabilitación se aplica sólo si la persona fue procesada por un delito relacionado con un vehículo de motor. Por otro lado, en Francia la suspensión del permiso de conducir puede aplicarse como pena principal sin importar el tipo de delito, y no está restringida a los llamados “delitos cometidos por el tránsito de vehículos”. En otras palabras, el abuso en las restricciones en la ley no tienen efecto en la aplicación de la sanción. Un ejemplo de la situación opuesta serían las condiciones implícitas en las

condenas a *probation* en la legislación francesa. Hasta 1975, la ley mantenía una condición restrictiva para el uso de sentencias suspendidas con *probation* con respecto a los antecedentes penales del delincuente. La legislación en vigor ya no contiene dicha restricción, y el resultado fue un incremento considerable en el uso de estas penas por los tribunales. En este caso particular, la ausencia de restricciones dio lugar a un incremento en el uso de esta sanción.

Cualquiera que sea su naturaleza y objeto, el problema que surge es saber cuáles restricciones deben mantenerse. ¿Constituyen únicamente obstáculos para el desarrollo de medidas alternativas? No puede negarse que son necesarios ciertos límites como un medio de poner en práctica una institución para encontrarle su lugar exacto dentro del sistema legal, especialmente si éste incluye diferentes tipos de medidas alternativas. Las restricciones pueden también ser útiles para el caso que se desee experimentar con medidas nuevas. No obstante, podrían ser reducidas al mínimo, permitiendo así a los jueces que apliquen libremente cualquier tipo de sanción que consideren la más adecuada, conforme a las circunstancias del caso, a la personalidad del sentenciado y sus posibilidades de reintegración.

Algunos países parecen estar enfocando su atención a este problema. El Reino Unido, por ejemplo, decidió extender el campo de aplicación del trabajo comunitario al grupo de delincuentes entre 16 y 17 años, mientras que Italia eliminó algunos de los obstáculos para elegir la *probation* (entre otros, suprimió la necesidad de tener al delincuente en observación por un cierto periodo, dentro de una institución, para el caso de personas sentenciadas a una pena corta).

C. Experiencias y evaluación de resultados

a) ¿Alternativas a qué?

Uno de los principales objetivos de la introducción de alternativas al encarcelamiento es reducir el grado de injerencia en el ámbito personal del condenado. Una objeción contra la introducción de nuevas alternativas es que ellas no remplazan al encarcelamiento, sino que son sólo otro tipo de sanción aunque, en cierto sentido, menos radical (como la *probation*). En otras palabras, se intensifica un patrón diferente de sanciones: ya no se priva de la libertad pero se incrementa el grado de injerencia. Por lo tanto, es

importante analizar el problema, porque de ser cierto, algo deberá intentarse para contrarrestar el riesgo.

De la lectura de los preceptos legales se desprende que la intención del legislador al reformar la ley fue fomentar el uso de penas no privativas de libertad. Cuando se incorporó el trabajo en favor de la comunidad en la Ley de Justicia Penal de 1972 en Inglaterra, se aseguró en el proyecto enviado al parlamento, que la finalidad era “contar con una sanción que pudiera remplazar al encarcelamiento”. De la actual redacción de la ley aparece que “deberá tratarse de un delito que esté sancionado con cárcel”. Por lo tanto, no es condición necesaria que la sentencia a trabajo comunitario evaluada en forma concreta deba remplazar a la pena de prisión. No se creyó recomendable la aplicación de esta nueva sanción para delitos que normalmente no resultarían sancionados con una pena de prisión (por ejemplo para violaciones de la Ley de Tránsito de Vehículos).

Es difícil apreciar en la práctica, en qué grado ha sustituido el trabajo comunitario a la prisión, pero hay estudios que indican 50% de los casos, y en la parte restante ha sido permutado por otra sanción no privativa de la libertad. Cuando se introdujo el trabajo comunitario en forma experimental en el sistema penal danés se decidió que mientras durara la etapa experimental el trabajo comunitario sería utilizado como sustitutivo de la prisión en casos muy concretos, y la respuesta oficial a este respecto fue clara y contundente. A raíz de ello se formó un grupo de jueces, ministerios públicos, defensores e investigadores a quienes les fue encomendado el trabajo de evaluar si los deseos del legislador eran cumplidos.

En el caso irlandés, la legislación ha sido cuidadosamente redactada para asegurar que el trabajo comunitario sea una alternativa al encarcelamiento, y del mismo modo en Holanda se aseguró que el verdadero objetivo de esta sanción fuera remplazar las penas de prisión de hasta seis meses.

En vez de suprimir o aumentar más requisitos para imponer una sanción alternativa, es recomendable, a través de instrumentos legales, reglamentar la relación entre sanciones privativas y no privativas de libertad. En el código penal sueco, por ejemplo, el tribunal deberá tener siempre presente que la sanción debe servir para favorecer la readaptación a la sociedad de la persona sentenciada. Es difícil medir el efecto de tal disposición.

Otro ejemplo de limitaciones legislativas al uso del encarcelamiento es la disposición introducida en el código penal alemán en 1979, referente a las penas cortas de prisión. La disposición tiene como finalidad favorecer el uso de las multas y las sentencias suspendidas en lugar del encarcela-

miento, al ordenar que sólo se podrán imponer penas privativas de libertad inferiores a seis meses cuando las circunstancias en que se cometió el delito, o por circunstancias personales del delincuente, las hagan especialmente necesarias. La reacción inmediata fue un incremento sustancial en la utilización de las multas, con el correspondiente descenso en el uso de las penas cortas de prisión.

La ley británica también contiene restricciones generales para el uso del encarcelamiento, sobre todo tratándose de delincuentes primarios menores de 21 años. Las personas de mayor edad a ésta, sin antecedentes penales, tampoco pueden ser enviadas a prisión, a menos que no exista ninguna otra opción.

A menudo se presentan actos encaminados a incrementar el uso de un tipo específico de sanción a través de, por ejemplo, disposiciones administrativas, complementadas con frecuencia por reuniones, conferencias y seminarios, con la participación de todos los actores del drama penal y la distribución del material respectivo. Estas reuniones han sido una experiencia frecuente y se ha logrado una cercana y fructífera cooperación entre la autoridad supervisora (o responsable) de la ejecución de las sanciones no privativas de la libertad y los encargados del Poder Judicial, de la que ha resultado un uso más difundido de las sanciones alternativas al encarcelamiento.

En este contexto, debemos mencionar que al mismo tiempo que en Dinamarca se experimentaba con el trabajo comunitario, la práctica exigía que los tribunales, los ministerios públicos y los defensores fueran permanentemente informados de manera individual sobre la evolución de cada condena, esto es, si el resultado obtenido era el deseado. Las autoridades, en colaboración con las oficinas que controlan la *probation*, normalmente sólo se enteraban si las cosas iban mal. Con esta nueva medida se logró una muy satisfactoria retroalimentación; así, los jueces se han sentido alentados a seguir utilizando sanciones alternativas.

Otro medio de control es el uso de la información estadística y científica referente al uso de una sanción alternativa. El problema estriba en que no basta que sólo se describa el uso de una sanción o para qué tipo de delitos y personas se aplica, sino también averiguar exactamente cuál sanción se está remplazando. La pregunta es difícil de responder sólo por medio de las estadísticas. A menudo es necesario recurrir a estudios más profundos para llegar al fondo de este problema. Con los resultados obtenidos con la información que proporcionaron los estados no se pudo obtener resultados

completos. En Munich, Alemania, comenzaron un Proyecto Puente y después, a través de un estudio científico, demostraron que la Corte Juvenil de Munich imponía con poca frecuencia la sanción de privación de libertad. Una alternativa a estas investigaciones más modesta, y a juicio de los científicos también menos confiable, consistió en evaluar los casos concretos para afirmar cuándo una pena de prisión habría sido suspendida. Este método se usó mientras duró la fase experimental del trabajo comunitario danés.

Si nos preguntamos cuánto afecta la transgresión de disposiciones o el incumplimiento de las condenas dictadas cuando el sujeto se vio beneficiado con una pena alternativa (y sabemos de ello porque el asunto llega de nuevo al juez correspondiente), el resultado nos ofrece un margen de referencia de cuáles alternativas remplazaron una pena de prisión. No quiere esto decir que el resultado pueda usarse como evidencia directa, en especial si una parte de la sanción alternativa habría sido ya cumplida antes de que las condiciones fueran violadas.

Con base en la información disponible, los tribunales parecen tener cierta flexibilidad en la valoración de si la violación de las condiciones impuestas para tener derecho a una sanción no privativa de libertad, debería conducir necesariamente a una pena de prisión. Además de un viejo informe británico sobre el trabajo comunitario, no se conocen otros estudios de consecuencias al incumplimiento de lo ordenado. Sin embargo, en Holanda y Dinamarca se establece que dicho incumplimiento conlleva a una pena de prisión. Igual sucede con Francia en relación con el trabajo comunitario, cuando es impuesto como sanción alternativa.

b) La reincidencia en conexión con las alternativas

La pregunta de cómo introducir alternativas a la prisión en estos casos puede ser formulada de diferentes maneras: uno podría preguntarse qué beneficios se han obtenido con no utilizar la costosa infraestructura carcelaria ya existente. También podríamos preguntarnos si los sentenciados después de haber cumplido su condena están menos resentidos, han sufrido menos perjuicios mental y socialmente, o podríamos dudar si los que cometieron un delito de poca importancia tendrían poca o nula posibilidad de cometer otro de no haber sido enviados a prisión. La pregunta que con más frecuencia se plantea es si las personas condenadas a una medida alternativa cometan de nuevo un delito. El problema de la reincidencia en

su forma simple es relativamente fácil de contestar: se requiere sólo revisar los índices de delincuencia registrada; sin embargo, también pueden aportar elementos de juicio las distintas formas de sanciones. El problema radica en que es difícil medir los resultados en forma rígida. En el contexto actual, la mejor manera de medirlos es a través de las cifras de reincidencia; ello es válido, pero asimismo peligroso.

Como antes se dijo, algunos estudios sobre la reincidencia, especialmente los de Suecia, indican que las sanciones no privativas de libertad son, en forma global, más efectivas que el encarcelamiento, y en términos generales, mientras menos severa sea la sanción, se puede esperar un mejor resultado. Un estudio danés obtuvo la misma conclusión, mientras que los análisis británicos demostraron que las investigaciones en ese país no han podido demostrar que algún tipo de sanción sea más efectiva que otra para lograr la finalidad esperada.

Un estudio danés, enfocado particularmente al aspecto efecto preventivo general relacionado con diferentes sanciones, concluyó que sí existe una pequeña diferencia según se atienda a la función preventiva general o especial. Enfatiza que el encarcelamiento no tiene un efecto disuasivo mayor que las multas; asimismo, no parece más efectivo que la *probation*.

En la actualidad se están utilizando métodos adicionales a la medición del número de personas que delinquieron de nuevo en un periodo determinado. El sistema sueco de prisiones y la oficina encargada de la *probation* en Suecia, han tratado de aplicar los criterios de medición utilizados en la investigación contra el cáncer, donde —por ejemplo— las tasas de sobre-vivencia, los tiempos y la calidad de vida son también factores a tomar en cuenta. Una forma equivalente a medir los días de sobre-vivencia consistió en determinar el número de días transcurridos sin que el delincuente cometiera un nuevo delito, con un grupo de personas sentenciadas a *probation*. Aunque el resultado del estudio es menos preciso en este contexto, y tampoco existen bases para comparar, debemos mencionar que mientras una medición ordinaria de reincidencias muestra una cifra de 53% dentro de un periodo de 27 meses, tratándose de un sentenciado a una medida alternativa en ese mismo periodo la cifra sube a 66%. Lo interesante es que el alcance ofrecido por este simple método funciona para una medida menos rígida. Es obvio que la medición puede ofrecer más detalles particulares cuando se registran diferentes hechos sociales durante el periodo estudiado, pero se presentan también hechos que no quedan incluidos en las estadísti-

cas de delitos y otros semejantes. Los estudios se concretarán a dos parámetros: dinero y tiempo invertido.

Como se ha dicho, existen pocos estudios sobre la reincidencia y la aplicación de medidas no privativas de libertad. Los británicos estudiaron una muestra pequeña de tasas de reincidencia, y concluyeron que no hay evidencia de reducción en las tasas de reincidencia posterior a la aplicación de una pena a trabajo comunitario (44% en un año). Un estudio relativo a delincuencia juvenil demostró que había una relación muy pequeña entre tasas de reincidencia y penas privativas de libertad o no. Sin embargo, hay una ligera predisposición en favor de medidas ambulantes.

La administración de prisiones italiana llevó a cabo una investigación sobre reincidencia en los casos de personas sujetas a *probation* y prisioneros con permiso para salir a trabajar. La investigación muestra que estas medidas son preferibles al encarcelamiento; es decir, las cifras de reincidencia son más bajas. De conformidad con la información recibida, concluiremos en que hay indicios de que las penas no privativas de libertad son más adecuadas para la prevención de nuevos delitos que la prisión, pero ningún estudio ha arrojado resultados concluyentes que lleven a recomendar más alguna medida alternativa que otra. A pesar de los temores provocadas por los estudios sobre reincidencia, el reconocimiento de esta carencia nos debe llevar a reflexionar si sería conveniente realizar más estudios sobre este tema.

c) Otras formas de evaluar las alternativas

Los estudios sobre reincidencia no sólo sirven para demostrar si una sanción funciona o no. También se refieren a la factibilidad y aplicación de ella y los recursos que se requieren. Otro aspecto a considerar es saber si la sanción resulta conveniente para todas las partes involucradas, y no sólo para el condenado, por lo cual deben incluirse en este tema los derechos legales de los involucrados durante la ejecución de la pena.

Existen pocos estudios que nos ayuden a ilustrar este tema. En Francia y Dinamarca hay investigaciones enfocadas a saber cómo conciben a la sanción de trabajo comunitario los jueces y otros involucrados. También se investiga con los “empleadores” y los efectos sociales de la sanción. Los dos países han ordenado proyectos de investigación a largo plazo que abarquen a todos los sentenciados por un juez penal, sea cual fuere la sentencia. En Bélgica se han hecho estudios sobre el arresto de fin de semana

y el nocturno, que vinieron a demostrar que existe una gran variedad en el uso y administración de las sanciones de una jurisdicción a otra. El ministro italiano de justicia llevó a cabo estudios sobre la semidetención y la libertad vigilada, y la administración de prisiones hizo un seguimiento de los primeros cuatro años de aplicación de la *probation* y el permiso para salir a trabajar. Finalmente, un estudio sobre el experimento danés con el servicio comunitario fue publicado en 1984, y ahí se afirma que el 85% de los sujetos que participaron en él dijeron que había sido una experiencia positiva. Encuentran que la medida tenía más sentido que la prisión y mejoraba la conducta de los delincuentes. También afirmaron que una supervisión adecuada era una condición básica para un buen resultado. El 15% que se encontró no satisfecho dijo haberse sentido desilusionado.

En Italia se intentó entrevistar a todos los sujetos sentenciados a pena de servicio comunitario, pero sólo se logró hacer contacto con el 50%. Un aspecto por destacar fue que se mantuvo la reserva sobre sus identidades. Cerca del 90% indicó que habían sido bien aceptados por sus colegas temporales, y dos de cada tres mencionaron especialmente la colaboración y el buen ambiente de trabajo. Más del 90% de los entrevistados evaluaron el experimento como positivo. La mitad de ellos mantienen contacto con la gente de su ex-lugar de trabajo, la mayoría de manera informal (70%), otros como voluntarios (23%) y el 5% fue contratado con sueldo. Es interesante notar que dos de cada tres consideraron el trabajo comunitario como una verdadera sanción. El resto siente que solamente se trataba de un trabajo, como cualquier otro, o una reparación del daño, o bien, una mezcla de pena con otros elementos. El estudio incluye la opinión de los jueces, los fiscales, las barras de abogados y la oficina que organiza la *probation*. Dentro de este grupo, dos de cada tres estimaron el servicio comunitario como una verdadera pena. La proporción de personas que piensa de esta forma fue mayor entre los jueces y los asistentes de *probation*, pero menor entre los fiscales y los miembros de la barra. Casi 90% afirmó que el experimento había sido un gran éxito. Los fiscales y los jueces se mostraron más animados que los barristas.

Se les preguntó también para qué tipo de delito creían ellos que convenía imponer la pena de servicio comunitario y con qué amplitud podría sustituir al encarcelamiento, incluyendo penas largas de prisión, y por qué tipo de instituciones debía optarse. La conclusión de este informe es que el trabajo —o servicio— comunitario representa un paso importante y es esperanzador dentro de una reforma penal.

Se hizo esta relación tan minuciosa porque así se mostraría qué preguntas formular (y no sólo preocuparnos por la reincidencia) para apreciar si una nueva sanción es adecuada o no. Pese a que el estudio no contempló todas las preguntas pertinentes (a juicio del Consejo de Europa) el cuestionario puede ser calificado de recomendable para otros estudios similares, o con otras penas alternativas.

Un tema que no hemos tocado es el de los derechos humanos de las personas sentenciadas. Mientras los únicos sustitutivos de la prisión fueron la multa y la *probation*, este tema no fue nunca puesto en la mesa de las negociaciones. Hoy en día, las cosas han cambiado. El sistema de sanciones incluye diversas medidas alternativas a la pena de prisión, y cada vez son más los delincuentes de diversos tipos que gozan de estos beneficios, por lo que se ha vuelto necesario un control más férreo de ellos y de las autoridades administrativas, así como de las reacciones al mal comportamiento durante la ejecución de la pena alternativa. Ha llegado el momento de considerar unas reglas mínimas tratándose de sanciones ambulantes.

D. *Las alternativas y el público*

El deseo de abandonar el encarcelamiento y remplazarlo por diversas alternativas ha variado en intensidad en los países miembros del Consejo de Europa. A menudo se han visto influidos por los cambios políticos, pero ha sobrevivido y forma parte ya de la política criminal de todos esos países. En cuanto al “público”, no es fácil decir que se ha mantenido alejado de estos temas. Primero habría que definir este concepto. Se sabe poco qué es lo que piensa y no hay estudios sobre ello. En los debates sobre política criminal a menudo resulta ser que el “público” piensa siempre como la persona que en ese momento defiende un punto de vista. Se supone que en el público están incluidos los políticos, la prensa, los integrantes del sistema legal, los sindicatos y otros sectores similares. En lo que se refiere al cuestionario hecho llegar a estos grupos, las alternativas fueron vistas con positivo interés. En términos generales, los políticos tuvieron una actitud positiva. De la prensa puede decirse lo mismo; en Suecia, Luxemburgo, Holanda y Alemania no fue siempre positiva. En cuanto a la gente relacionada con el sistema de justicia penal la respuesta fue sin duda muy positiva. De los sindicatos nos interesó sobre todo su reacción con el trabajo en favor de la comunidad. Por razones obvias, la actitud fue muy variada. En Suiza fue francamente negativa, y en Dinamarca, excepto un número contado

de sindicatos, fue positiva. En general, se puede decir que las organizaciones permanecen neutrales al tema de las alternativas. Esta actitud tiene ciertas explicaciones, aunque la situación varía según el grupo. El punto decisivo es que la actitud fue positiva.

E. El uso futuro de las alternativas

a) Planes en ejecución. Alternativas todavía en fase experimental

En la mayoría de los países existen planes para una posterior extensión de las medidas ambulantes. En Alemania, Italia, Francia y Suecia se está considerando la posibilidad de suspender la sentencia manteniendo al sujeto bajo supervisión. En Francia se experimenta con una sanción similar a la *probation* inglesa, *L'ajournement avec mise à l'épreuve*. Ésta implica separar la *probation* de la suspensión de sentencia, y utilizar la no ejecución de la pena de prisión (en uso desde 1975) cambiándola por aplazamiento de sentencia. Se prevé ampliar el plazo de la *probation* a cinco años (actualmente es de dos años).

En Suecia se ha propuesto como sanción la obligación de sujetarse a un tratamiento especial para drogadictos y alcohólicos (básicamente consiste en que la persona encontrada culpable del delito, pueda, bajo ciertas circunstancias, ser beneficiada con el ingreso a este programa de tratamiento en lugar de recibir una pena de cárcel). La sanción de tratamiento obligatorio podrá usarse como alternativa al encarcelamiento de hasta dos años. Puede emplearse con los que abusan del alcohol y las drogas, que estén dispuestos a sujetarse al tratamiento para rehabilitarse. El adicto debe haber sido considerado apto para el tratamiento. Falta decidir si esta sanción se aplica como pena principal o en unión con otra.

Algunos países como Dinamarca y Suecia han considerado la introducción de una medida similar a la italiana de *liberté surveillée* (libertad vigilada), sanción que existe desde hace varios años en Finlandia.

En Noruega, Inglaterra y Dinamarca se estudia la posibilidad de sustituir las penas de cárcel con una especie de confrontación entre la víctima y el delincuente, tratándose de delitos en que se pueda reparar el daño. En Noruega existe otra sanción experimental: en el caso de delincuentes jóvenes, éstos son enviados con un conciliador profesional, quien actúa con ese carácter entre aquél y la víctima del delito para tratar de “componer” los daños ocasionados por el delito, digamos una compensación, que puede

o no ser en dinero. En Inglaterra, las autoridades locales encargadas de la *probation* han participado en una proyecto semejante. El gobierno deberá encargarse de proveer los fondos necesarios para su puesta en marcha.

Hay otros países que están considerando la privación de libertad parcial. En España se ha logrado que las sentencias a penas privativas de libertad de hasta dos años se reemplacen por arresto de fin de semana. Existe una propuesta británica para introducir el encarcelamiento nocturno o de fin de semana. Esta idea constituye otra alternativa a la pena de prisión.

En Francia se ha llevado a cabo una intensa campaña con el fin de que las sentencias a penas cortas de prisión se cumplan en régimen abierto. La preferencia la tiene la *semi liberty ab initio*, la declaración de libertad condicional inmediatamente después de que la sentencia se ha dictado, si ha pasado ya en prisión preventiva un tiempo suficiente; y el recurso de suspensión del cumplimiento de la sentencia o cumplirla en parcialidades. Los fiscales de ese país están convencidos de las bondades de estas medidas y hacen lo posible por persuadir a los jueces a que se pronuncien por ellas, con tal de que el condenado cumpla las condiciones y requisitos previstos.

En Dinamarca, Noruega, Suecia y Bélgica es marcado el aumento en el uso de las multas.

b) Relación entre la capacidad carcelaria y la cantidad de recursos invertidos.

En cuanto a la amplitud en el uso de alternativas, el creciente uso de las sanciones ambulantes implica que con ellas se reduce la necesidad de utilizar lugares cerrados. En otras palabras, la capacidad para la reclusión de delincuentes comienza a resultar mayor a la demanda. Desde luego que no ha sido posible suprimir el uso de las prisiones; aún más, en algunos países se ha extendido la capacidad construyendo anexos a los edificios ya existentes (Dinamarca y Luxemburgo). La explicación de este hecho tan desalentador es que en los últimos años en la mayoría de los países, ha habido tanto aumento en la cantidad de delitos, como en penas de prisión (aunque también se han utilizado alternativas, lo que ha contribuido a no sobreponer las prisiones existentes). Se presenta también el fenómeno de individuos sentenciados que tienen que esperar su turno para entrar en la cárcel (en los países donde no se acepta que haya más presos de los que pueden alojarse en los establecimientos).

La permanente incorporación de sanciones alternativas en los sistemas legales en vigor y en el sistema penitenciario ha sido acompañada por el compromiso político de ofrecer el apoyo legal y los recursos económicos para conseguir su consolidación. No creemos que la población penitenciaria se vaya a reducir notablemente en los próximos años, pero será alentador que no se rebase la capacidad actual. Hay que estar atentos a los desarrollos delincuenciales, al número de sentencias a penas privativas o no privativas de libertad, y a las ampliaciones a la capacidad del sistema penitenciario. Habría que actualizar el cuestionario repartido entre los países miembros año con año para tener información constantemente actualizada. Obtener información de la cantidad de recursos que se invierten en el sistema penitenciario y en las oficinas encargadas de las sanciones alternativas.

Estamos conscientes de que un cambio en la forma de fallar de los jueces para inclinarse por las sanciones ambulantes más que las de encarcelamiento no podrá lograrse sin el desarrollo de recursos adicionales para un tratamiento fuera de la institución. En esta época en que la situación económica nos obliga a economizar, habrá que tener en cuenta que el ahorro en este campo nos llevará a un gasto más grande: construir más prisiones. El personal requerido para organizar y administrar las medidas alternativas resulta considerablemente más barato que el de una prisión, pero desde luego no es gratis. Si continuamos por este camino, nos arriesgamos no sólo a defraudar a quienes se han involucrado en la búsqueda de mejores soluciones al problema, sino también a perder toda la credibilidad lograda por la aplicación de estas medidas.

F. Conclusiones

Una gran parte del camino ha sido recorrida: las medidas alternativas a la pena de prisión están siendo puestas en práctica en la mayoría de los países miembros. Esperamos que esta situación continúe en los siguientes años y, todavía más, que se amplíe su uso. Para dar un impulso definitivo a su uso, debería reforzarse la acción en tres distintos campos: *a) las alternativas y los jueces, b) las alternativas y la opinión pública, y c) las alternativas y los delincuentes.*

Las alternativas y los jueces

Es necesario ofrecer a los jueces, válidas y convincentes alternativas al encarcelamiento, nuevas opciones al momento de dictar sentencia. Debe convencérseles, así como a los fiscales, de que las medidas alternativas son verdaderas penas y están cumpliéndose en forma estricta, de ese modo, el juez se sentirá seguro de su decisión cuando falle una sentencia a una pena alternativa. Deberá estimularse el desarrollo de nuevas alternativas que tengan como base un componente socioeducacional, por ejemplo la *probation* o la supervisión por un trabajador social, o cualquier otra que ofrezca las condiciones para que la sociedad participe en la administración de justicia criminal (el trabajo en favor de la comunidad). Ello presupone que los tribunales tengan en sus manos decidir la sanción a utilizar con el pleno conocimiento de los hechos, no sólo las circunstancias del delito sino los datos de la personalidad del delincuente y las perspectivas de su integración. Es, por lo tanto, esencial aclarar todas las dudas respecto de estas nuevas penas antes de que el juez dicte su fallo. Cuando se dicta una sentencia a pena de prisión, existen diversas formas de cumplimiento. Debe incentivarse el uso de la prisión abierta, así como que su duración se limite a obtener el efecto disuasivo y utilizar ese tiempo para lograr la reintegración social del delincuente. Esa es la práctica corriente en Israel.

Las alternativas y la opinión pública

No exageramos al resaltar la importancia de explicar a la opinión pública el significado y el propósito de estas nuevas penas. El riesgo de no hacerlo es que ello sea visto como una conducta de lenidad por parte de los jueces. La sociedad debe involucrarse en los intentos por solucionar los problemas de delincuencia. Cuando se introduzcan en la legislación nuevas medidas, deben ser apreciados y valorados, el interés general de la sociedad y los intereses específicos de los individuos, particularmente los de las víctimas del delito. El proceso de informar a la opinión pública significa darlo a conocer a todos los grupos que la componen: políticos, sindicatos, grupos de presión, grupos de profesionales, los medios de comunicación, etcétera.

Las alternativas y los delincuentes

El punto de vista del delincuente no puede ser ignorado. La idea de las alternativas está centrada en ellos: sólo a ellos interesa la certeza y el contenido punitivo de la sentencia. En pocas ocasiones piensan en que se les pueda aplicar una pena distinta. El crecimiento y aumento de las medidas de tratamiento en lugares abiertos (o ambulantes) no deben hacernos olvidar la necesidad de respetar los derechos individuales y de poner límites a las nuevas técnicas de observación y métodos de control sofisticados para supervisar el cumplimiento de la sentencia.

La definición y aplicación de alternativas debe estar acompañada por la puesta en práctica de reglas mínimas para la ejecución de sanciones.