

# Ejecución e incumplimiento de las penas comunitarias

La revocación de la suspensión de la pena de prisión con reglas de conducta y el quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad

Consuelo Murillo Avalos

---

TESI DOCTORAL UPF / 2016

DIRECTOR DE LA TESI

Dra. Elena Larrauri Pijoan

DEPARTAMENT DE DRET





## AGRADECIMIENTOS

Me gustaría agradecer a Elena Larrauri. Fue un privilegio “sufrir” sus correcciones y verla pensar en vivo, cuando intentábamos buscar una solución a alguna de las muchas tensiones que despertaba esta investigación.

Una tesis doctoral es, en parte, fruto de un grupo de investigación. En este caso, tengo que agradecer al grupo de investigación en Criminología y Sistema Penal de la UPF, compuesto por académicos rigurosos que aportaron comentarios y sugerencias que enriquecieron esta tesis. A Jorge Rodríguez, Albert Sales, Rocío Velazquez y Cristina Guerri. Y en especial a Ester Blay, por enseñarme su pasión por la penología. A mis compañeros Cristina Sobrino y Marti Rovira, con quienes tuve el privilegio de compartir las alegrías y frustraciones durante este proceso. A Marta Marti, con quien disfruté de inolvidables conversaciones sobre derecho penitenciario. A Nahia Zorrilla, por tener una disposición a la entrega única. A Tadeo Luna y Chema López, que hicieron siempre la carga más liviana con su amistad.

A Lorena Anton y Tania Reneaum, por enseñarme el camino y regalarme sus valiosos consejos. A Ana Safranoff, Carina Alcoberro y Agustina Alvarado, por su amistad y compañía.

Tengo que agradecer al COST Action in Offender Supervision, a su director, Fergus McNeill y en especial a Kristel Beyens, Christine Morgenstern, José Cid e Ineke Pruin, por su calidez humana y la generosidad con la que comparten sus conocimientos.

A la universidad Austral de Chile, que me acogió en la etapa final de redacción de esta tesis, y en especial a Jose Angel Fernandez.

A mi madre, por motivarme siempre y porque junto a la Tere, ayudaron a que pudiera dedicarme a terminar esta tesis.

A Juan Sebastián, porque confió en mi cuando yo más dudaba y por su amor indispensable. A nuestro Fernando que dulcificó con sus caricias cada momento de dificultad.

La realización de esta investigación fue posible gracias a la beca para doctorado en el extranjero del Programa de Formación de Capital Humano Avanzado de Becas Chile – CONICYT  
2012-2016

## RESUMEN

Esta tesis ofrece un estudio de las penas comunitarias, de su ejecución y de su incumplimiento. El incumplimiento de una pena comunitaria constituye el fracaso de la misma y una oportunidad perdida para lograr los fines que se le atribuyen. En este trabajo, se hace uso del conocimiento criminológico para intentar dilucidar qué es el incumplimiento y cuándo se configura. Se valoran de forma crítica los supuestos de incumplimiento de las penas comunitarias españolas, para, por último, analizar las consecuencias que prevé el sistema penal para reaccionar ante los mismos.

## ABSTRACT

This thesis provides a study of execution and breach of community penalties, emphasizing the challenges for the implementation of such sanctions. Non-compliance with community penalties involves their failure and a missed opportunity to achieve the goals attributed to them. By reviewing the contributions from criminology, crime policy, and international standards to this subject, critical evaluation of the Spanish regulation of criteria for breach and its consequences is offered.



# ÍNDICE

Introducción .....	1
I. Las penas comunitarias y la evitación del uso de la prisión.....	7
1. Origen, evolución y discusión internacional.....	8
1.1 El mundo anglosajón.....	11
1.2 Europa continental.....	14
1.3 Introducción de las penas comunitarias en España.....	17
1.4 La unificación de suspensión y probation en Europa.....	19
2. Definiciones.....	20
2.1 Penas no privativas de libertad .....	22
2.2 Penas alternativas.....	23
2.3 Medidas penales alternativas (MPA).....	25
2.4 Sanciones intermedias .....	26
2.5 Penas comunitarias .....	27
3. Justificación y fines de las penas comunitarias .....	33
3.1 Teorías del merecimiento .....	34
3.2 Teorías utilitaristas.....	39
3.3 Sumario .....	51
4. Expansión de las penas comunitarias y las tasas de prisión.....	53
II. Penas comunitarias en España .....	63
1. Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad .....	67
1.1 Régimen legal. Especial referencia a la LO 1/2015.....	67
1.2 Formas de imposición.....	70
2. Trabajos en beneficio de la comunidad (TBC).....	78
2.1 Régimen legal .....	78
2.2 Formas de imposición.....	82
3. Datos sobre la imposición judicial y la aplicación administrativa de las penas comunitarias en España.....	85

4.	Reflexiones criminológicas en torno a las penas comunitarias .....	92
4.1	Administrativización .....	92
4.2	Discrecionalidad.....	96
4.3	Consentimiento y participación del penado .....	100
4.4	Intervención penal en la vida del penado.....	103
5.	El cumplimiento de las penas comunitarias.....	106
5.1	El cumplimiento como un constructo.....	106
5.2	Efectividad de la pena y cumplimiento .....	108
5.3	Razones y mecanismos de cumplimiento .....	111
III.	El incumplimiento de las penas comunitarias .....	117
1.	Marco normativo internacional que regula el incumplimiento de las penas comunitarias .....	119
1.1	ONU: Las Reglas de Tokio.....	120
1.2	Instrumentos europeos: Recomendaciones del Consejo de Europa ...	121
2.	La prisión como pena de apoyo de las penas comunitarias.....	126
2.1	Necesidad de una pena de apoyo .....	127
2.2	El problema de la prisión como pena de apoyo.....	128
3.	Incumplimiento de las penas comunitarias en España .....	133
3.1	La supervisión de penados en España.....	133
3.2	Actores que intervienen.....	137
3.3	Marco legal del incumplimiento en España.....	147
4.	Incumplimiento de TBC.....	149
4.1	Problemas en la fase inicial.....	149
4.2	Incidencias en ejecución del TBC .....	155
4.3	Decisión sobre el quebrantamiento de condena.....	162
5.	Incumplimiento de las condiciones de la Suspensión .....	170
5.1	Problemas en la fase previa .....	173
5.2	Causales de revocación de la suspensión .....	174



5.3	Decisión sobre la revocación de la suspensión .....	190
6.	Datos sobre la declaración judicial del incumplimiento de penas comunitarias .....	192
	Conclusiones.....	199
	Bibliografía.....	213
	Leyes y normativa .....	225
	Jurisprudencia.....	227

## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1 Modelo de Sustitución limitada (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989)	37
Ilustración 2 Penas comunitarias en España. Formal vs material. ....	66
Ilustración 3. Suspensiones. De Barquín y Luna (2013; 430).....	86
Ilustración 4. Informe General 2013 DGIP (2014; 55) .....	87
Ilustración 5 Una tipología revisada de los mecanismos de cumplimiento (Bottoms 2015) .....	112
Ilustración 6 Visualización de los Mecanismos de cumplimiento (Bottoms 2015)	116
Ilustración 7 Mecanismos de supervisión en España.....	134
Ilustración 8 Diagrama decisión judicial .....	148

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Elementos PC .....	31
Tabla 2 Sumario justificación.....	51
Tabla 3. Tasa de reclusos. De González (2011) .....	57
Tabla 4. Ingresos prisión. De González (2011) .....	57
Tabla 5 Penas comunitarias Resto de España (Nº) .....	88
Tabla 6 Penas comunitarias Cataluña (Nº) .....	88
Tabla 7 Uso relativo de Probation y TBC en cada Administración.....	90
Tabla 8 El peso relativo de las penas comunitarias .....	91
Tabla 9 Incumplimiento CAT 2014.....	193
Tabla 10 Incumplimiento CAT 2015.....	193
Tabla 11 Cumplimiento en Cataluña .....	194

# INTRODUCCIÓN

Esta tesis se dedica al estudio de las penas comunitarias y, en particular, de la ejecución e incumplimiento de las mismas. En el marco de esta investigación, defino pena comunitaria como **aquella que impone una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad, y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal**. Este es el caso de la obligación de desarrollar trabajos en beneficio de la comunidad y la obligación de participar en un programa formativo en el marco de una suspensión de la ejecución de una pena de prisión.

La investigación de las penas comunitarias detenta gran relevancia ya que se trata de penas que exigen, por una parte, de la cooperación del penado para su ejecución y, por otra, de un esfuerzo por parte de la Administración, que se encarga de la supervisión del penado. Además, una de las pocas afirmaciones que casi no genera discusión en la penología europea es el incremento en su uso (McNeill 2013). Pese a lo anterior, mientras la prisión masiva o *mass incarceration* ha generado toda una línea de investigación en criminología, la supervisión masiva o *mass supervision* es un fenómeno que ha generado un menor interés hasta hace poco<sup>1</sup> (McNeill y Beyens 2013, 3-4; Klingele 2013, 1018;

---

<sup>1</sup> Destacan entre quienes se dedican a su estudio, por ejemplo, el trabajo que desde 1981 realiza la CEP (Confederación europea de Probation), el grupo de trabajo en Sanciones Comunitarias de la Sociedad Europea en Criminología (desde 2007), la iniciativa de investigación que allí germinó: Offender Supervision in

Robinson 2016; Aebi, Delgrande, y Marguet 2015). Entre las razones que explican este aparente desinterés académico, se afirma que puesto que se trata de penas que no afectan de forma absoluta la libertad de las personas como la prisión, parece un tema que, cuanto menos, no es urgente de tratar. Además, la discusión se vuelve más compleja y resulta hasta cansadora si se piensa que una vez que se criticó la prisión, surgieron las alternativas y luego se critican las alternativas, puede parecer un inconformismo extenuante y sinsentido cuando se considera que, además, se trata de penas que son “invisibles” (Worrall y Hoy 2005, xiii; Larrauri 1991, 55; Robinson 2016).

En cuanto a la relevancia específica del estudio de la ejecución y del incumplimiento de las penas comunitarias, cabe destacar que, en primer lugar, el incumplimiento de una pena comunitaria puede implicar la entrada en prisión del penado. Ello implica que la causa inmediata del encarcelamiento sea una infracción que no consiste en delito y, con ello, conlleve la frustración de uno de los fines de las penas comunitarias, que es el de constituir una alternativa a las penas de prisión. En segundo lugar, al exigirse la cooperación del penado, la ejecución de las penas comunitarias presenta una serie de dificultades prácticas y tensiones normativas, en la medida que se trata de penas que no admiten su “ejecución forzosa”, como sí la permite la pena de prisión. En tercer lugar, la labor de la Administración en la supervisión tiene un matiz relevante al cumplirse estas penas en libertad. Tanto así, que muchos de quienes estudian estos asuntos a nivel internacional, han mutado el objeto de estudio directamente a la “supervisión de penados”, poniendo el foco en esta actividad que cumple la administración, sus dificultades y su capacidad para incidir en el cumplimiento propio de las penas y en la rehabilitación del penado.

Por su parte, en esta tesis se sostiene que el estudio de la ejecución administrativa de las penas comunitarias es presupuesto necesario para la comprensión del incumplimiento. De este modo, se prestará atención a la ejecución de la pena y los agentes que intervienen en la misma, para luego detenernos en el incumplimiento de las penas comunitarias.

Respecto de las penas comunitarias, interesa especialmente la construcción de su incumplimiento y las consecuencias que prevé el sistema de justicia penal para responder a tales infracciones. Se define incumplimiento aquí como **la inobservancia injustificada de**

---

Europe COST Action (2012-2016), el Observatorio europeo en alternativas a la prisión (2014-2016), entre otros.

**los requerimientos de la pena comunitaria.** Se sugiere que, en este contexto, el incumplimiento no se puede interpretar como una conducta que realiza un penado (acción de incumplir), sino que consiste en la valoración acerca de la conducta realizada por los agentes de decisión involucrados (efecto de incumplir) y es por esto que interesa el incumplimiento que puede ser judicialmente declarado.

La tesis se desarrolla en tres capítulos. El primero limita y contextualiza el objeto de estudio. El segundo se dedica a las penas comunitarias en España y su cumplimiento. El tercero se dedica al incumplimiento de las penas comunitarias y la reacción del sistema penal al mismo.

El primer capítulo delimita el objeto de estudio. Para ello, se realiza un estudio de carácter histórico que permita comprender el contexto y la evolución de las instituciones y su actual lugar en el sistema penológico. Se explica el surgimiento y la evolución de las penas comunitarias, se hace una revisión paralela de los dos principales contextos en que surgen (anglosajón y europeo continental), para finalmente sugerir que, desde los años 90 a la actualidad, ambos contextos tienden a la convergencia y la unificación.

Se desarrollan los principales conceptos usados en el tratamiento de esta materia, para justificar la elección del de “pena comunitaria” como objeto de investigación. Se pretende describir cómo las penas comunitarias “se ven”, para ello se trazan los elementos característicos de las penas comunitarias, para intentar delimitar cuales instituciones pueden constituir penas comunitarias y cuales no.

Una vez delimitado el objeto de estudio y analizados cada uno de sus elementos distintivos, se revisan las diversas teorías que pueden justificar la penas comunitarias como respuesta punitiva a la comisión de delitos, para lo cual se recurre a las teorías de la justificación del castigo y se analiza el encaje de estas penas en cada uno de los modelos a que dan lugar las teorías. Este ejercicio permitirá destacar aquellos principios que tanto justifican su existencia, como critican sus rasgos distintivos.

Finalmente, se desarrolla una de las críticas más importantes realizadas a las penas comunitarias, cual es que una vez incorporadas a los sistemas penales, en vez de ser una real alternativa a la pena de prisión, pueden servir más bien para expandir la red penal, sin tener incidencia en la tasa de encarcelamiento y expandiendo el alcance del control social sobre la ciudadanía. Se analiza si acaso esa crítica iniciada en los años 80 tiene vigencia en la actualidad en Europa, en general, y en España. Interesa en particular y estudiar los

mecanismos mediante los que una pena que pretende ser alternativa, se transforma reamente en un aditivo al sistema penal (e incluso para algunos en un elemento capaz de engrosar la población penitenciaria).

El segundo capítulo se hace cargo, en primer lugar, de las instituciones que constituyen penas comunitarias en España. Se pretende recurrir a los elementos estudiados en el capítulo anterior, para sostener que en España efectivamente existen figuras que responden a sus elementos y dificultades, pese a la escasa difusión del concepto “penas comunitarias. Se da cuenta de la regulación de las penas comunitarias españolas, para luego revisar el uso concreto de estas penas, y así ilustrar las tendencias actuales de ejecución penal.

Ya insertos en los caracteres específicos de las penas comunitarias españolas, se destacan algunas de las tensiones más importantes cuestionadas por la doctrina en la ejecución de las penas comunitarias y que inciden en su valor dentro del sistema de penas, en su credibilidad y en su legitimidad como respuesta penal a la comisión de un delito, además de comenzar a ilustrar las tensiones que se manifestarán, también, en el estudio del incumplimiento de las penas.

Por último, se explican algunas teorías e investigaciones criminológicas que inciden sobre lo que se entiende (o debería entender) por “cumplimiento” de las penas comunitarias. Este cuerpo de investigación revisado permitirá comprender el carácter de constructo del cumplimiento y los factores concretos que inciden en la interacción de los distintos agentes en la ejecución de las penas comunitarias. Asimismo, se desarrollan los mecanismos la criminología usa para explicar el cumplimiento de las penas comunitarias, cuestión que tendrá una importancia fundamental para evaluar la regulación del incumplimiento.

El tercer capítulo, se dedicará al del incumplimiento de las penas comunitarias. Para comenzar con el estudio del régimen de reacción penal al incumplimiento de las penas comunitarias, resulta adecuado dar un contexto internacional, por lo que en primer lugar, se abordarán los estándares que establece la normativa internacional. Para ello se hará un énfasis en los instrumentos europeos que se han ocupado específicamente de la implementación de las penas comunitarias.

En segundo lugar se explicará la problemática que genera la falta de cooperación del penado en la ejecución de una pena cuya ejecución forzosa no está permitida, por lo que se

ha afirmado que se requiere alguna respuesta penal al incumplimiento de las penas comunitarias. La sanción a que da lugar esta respuesta se ha denominado “pena de apoyo”. Se podrá énfasis en los problemas que plantea el recurso a la pena de prisión como pena de apoyo, para lo que se hará uso de perspectivas tanto normativas, como criminológicas.

En tercer lugar, se estudiará el régimen de reacción penal ante el incumplimiento de las penas comunitarias en España. Para ello, será necesario describir la etapa de ejecución de las penas y la actividad de supervisión de penados que desarrollan los diversos actores en la misma. Se expondrán los actores que intervienen en dicha supervisión, sus interacciones y sus procesos de toma de decisiones, ya que será en dicho contexto en que se construya el incumplimiento de las penas comunitarias. Se intentará aunar los elementos comunes de la ejecución de las principales penas comunitarias españolas, para ofrecerse un modelo general de ejecución e interacción.

Finalmente, se procederá a explicar los diversos supuestos de incumplimiento de las distintas penas comunitarias en España, junto con las posibles consecuencias legales que acarrearán cada uno de ellos. Para esto, se realiza un análisis jurídico de los criterios concretos para la declaración judicial del incumplimiento, no sólo de leyes, sino de normas infra legales, así como de otros instrumentos como circulares e instrucciones, que modelan la ejecución de las penas comunitarias, y que, si bien por su rango normativo no pueden definir ni determinar las consecuencias de un incumplimiento, inciden en su interpretación. Se hará uso de jurisprudencia relevante (mayormente de Audiencias Provinciales) para ilustrar la apreciación judicial de las conductas infractoras que determinen la declaración judicial de un incumplimiento. Se hará un estudio sistemático las diversas consecuencias previstas para el incumplimiento y el ámbito de discrecionalidad de que goza el juez sobre el que recae la decisión final. Se realizará un análisis crítico del régimen legal de la revocación de la suspensión y del quebrantamiento de condena en España, haciendo uso de los principios que se habrán descrito en los capítulos anteriores, como de los estándares propuestos en la normativa internacional. Finalmente se intenta dar cuenta de la incidencia de incumplimientos declarados judicialmente.





## **I. LAS PENAS COMUNITARIAS Y LA EVITACIÓN DEL USO DE LA PRISIÓN**

Este capítulo se dedica a delimitar el objeto de estudio, se recurre al origen y evolución de las penas comunitarias, para proceder a definir las, y se desarrollan las funciones que se les han atribuido para continuar delineando sus contornos y su justificación.

En primer lugar, se explica el nacimiento y primera evolución de las penas comunitarias, cuestión que ayudará a comprender las ideas que subyacen a este tipo de penas y el panorama general de penas en que se insertan. En segundo lugar, desarrollaré brevemente los distintos conceptos con que las penas comunitarias suelen limitarse, para finalmente estudiar el concepto de pena comunitaria y los elementos que la doctrina ha resaltado de estas penas. Así, se limita el objeto de estudio formulando un concepto de pena comunitaria, que se utilizará durante toda la investigación. En tercer lugar, se dedica un apartado a la justificación y utilidad de las penas comunitarias, para lo cual se hace referencia a las teorías de justificación de la pena. Por último, se desarrolla la teoría de la expansión de la red penal, puesto que, de las críticas hechas a las penas comunitarias, es la que está mayormente vinculada con el tema que interesa a esta tesis: el incumplimiento de las penas comunitarias.

Antes de comenzar la parte sustancial de ese capítulo, puede resultar clarificador adelantar que en el marco de esta tesis, defino pena comunitaria como aquella pena que impone una restricción de carácter personal al penado, consistente en el cumplimiento de obligaciones en libertad, y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo.

## 1. Origen, evolución y discusión internacional

La historia de las penas comunitarias, es la historia de uso de la supervisión del sujeto, por parte de un agente, como respuesta del sistema penal ante un delito<sup>2</sup>. Para ello, es necesario separar dos grandes grupos de jurisdicciones: las anglosajonas y las pertenecientes a Europa continental. Mientras en el primer grupo se puede hacer un estudio de las penas comunitarias siguiendo su origen en la *probation*, en Europa continental, en cambio, se hace necesario realizar un estudio de la incorporación de ideas de supervisión en la historia de las alternativas que le preceden, puesto que el surgimiento de las penas comunitarias es bastante posterior.

Es un lugar común comenzar todo tipo de estudio sobre penas haciendo una referencia a su nacimiento y evolución. Repetiré esta práctica ya que resulta fundamental para comprender sus principales características y funcionalidades, como asimismo las tendencias más actuales en esta materia. También es una buena práctica comenzar dicha historia haciendo una referencia a la prisión y su crisis por su estrecha vinculación con el desarrollo y expansión del objeto de estudio de esta tesis (Maqueda 1985, 29-31).

La consolidación del sistema penal moderno con la pena de prisión como piedra angular del mismo, se ha considerado como el paso más relevante en un supuesto proceso de “humanización” de las penas. Este proceso implicó un gran avance para el siglo XIX, abandonando los castigos corporales y la de la ejecución, por el encierro, que pasó a ocupar todo el espacio penológico entre la pena de muerte y las penas leves<sup>3</sup>. Previamente no se conocía el encierro como castigo en sí mismo, sino como la forma para que los acusados

---

<sup>2</sup> En este sentido, no concuerdo con la opción de Durnescu (2014) en el sentido de iniciar su estudio en el “binding over” inglés y la suspensión de la pena de Europa continental, lo cual puede ser adecuado al estudiar la historia de las penas alternativas, pero no necesariamente el de las penas comunitarias si no se hace la prevención. La historia de las penas comunitarias para la Europa continental habría de comenzar efectivamente en la suspensión, pero porque es la figura que posteriormente se adapta integrando el elemento de supervisión. Mientras que en el mundo anglosajón habría de iniciarse con la *probation*, que es la primera figura que integra supervisión, naciendo de forma originaria (no de otra institución que mute).

<sup>3</sup> Véase la historia de la prisión en Morris y Rothman (1998), y la historia de la prisión en España en Roldán (1988).

esperaran el juicio, o la ejecución de una pena, como el destierro o los trabajos forzados (Foucault 2009, 133 [1975])<sup>4</sup>. Esta transición se consideró, en primer lugar, como un logro de la ilustración, específicamente del ideario liberal diseñado a través de los escritos de Bentham y Beccaria. Desde esta perspectiva “la fuerza motriz que ocasionó los cambios se sitúa en el terreno de las ideas: ideales, visiones, teorías, intenciones, adelantos científicos”, de manera que cualquier fallo en el sistema, se interpreta como un problema de implementación que puede solucionarse con más del mismo sistema (Cohen 1988, 39 [1985]).

No obstante, este ideario liberal fue prontamente cuestionado. Se hacía imperioso reconocer que había problemas en el sistema de encarcelamiento puesto que no lograba reformar al penado, ya no por problemas de implementación, sino por la ausencia de una intervención individual para lograrlo o por un defecto de carácter estructural de la institución que debía conseguirlo. En consecuencia, se crean programas de tratamiento individualizado, de trabajo y de supervisión para la resocialización (Rothman 2002, 43 ss. [1980]; Cohen 1988, 42-43).

Además, las teorías revisionistas dieron cuenta de una forma alternativa para explicar el surgimiento de la prisión y cuestionar la historia oficial de la misma mediante explicaciones de carácter económico y político. Esta nueva (en palabras de Cohen “pesimista” y “radical”) forma de interpretar los procesos de reforma, consiste en afirmar que la prisión no ha fracasado jamás, ni en un primer momento cuando se quiso aislar a los penados para lograr su natural reforma, ni en un segundo momento cuando se intentó rehabilitarlos mediante intervención individualizada, puesto que la prisión y su reforma tenían otros objetivos, diferentes de los oficiales. El discurso humanizador escondía que la prisión, y todo el sistema penal, incluyendo las alternativas, se adecuaba a los cambios en el proceso productivo y disciplinar a los que servía (Foucault 1977, 157 ss., 266 ss.; Baratta 1977, 347 ss.; Cohen 1988, 44 ss.). Por otra parte, en el mismo espíritu escéptico, en el momento en que se estaba poniendo en evidencia las verdaderas razones del supuesto proceso humanista de reforma y se criticaba a la prisión, se evalúa de forma igualmente crítica el nuevo impulso de las alternativas (Larrauri 1991, 45-46).

---

<sup>4</sup> Por su parte, en derecho civil era de general aplicación no como castigo, sino como garantía en que la prenda es la persona y su cuerpo (Foucault 2009, 138 [1975]).

De acuerdo a lo revisado, el surgimiento de la prisión tendría varias explicaciones (una oficial y varias revisionistas) que se pueden denominar disyuntivas o complementarias, pero globales (no se diferencian de acuerdo al contexto cultural). En cambio, el nacimiento de las penas comunitarias y de las alternativas a la prisión no tiene una explicación de carácter global, sino que depende de su lugar de origen. Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgen las instituciones de *probation* en el mundo anglosajón y de suspensión de la pena en la Europa continental y estas son las piedras angulares de la historia de las alternativas en cada sistema.

Como se verá a continuación, cuando se habla del surgimiento de las penas comunitarias, . Esto es justificable puesto que mientras que en el Reino Unido y los Estados Unidos surge la *probation* como figura autónoma, en la Europa continental, las penas comunitarias surgen mediante la mutación o adaptación posterior del modelo de *sursis*. En cuanto al origen, en los sistemas de *common law* se data al inicio de las prácticas en diferentes jurisdicciones, mientras en los sistemas continentales fechan su inicio en las primeras leyes que acogieron las alternativas. Esto parece coherente con las diferencias entre los sistemas del *common law* donde hay mayor espacio para la creación jurisprudencial, y el continental más legalista. El primer antecedente de la *probation* anglosajona suele datarse en 1841, mientras que en la Europa continental en los años 1888 (Bélgica) y 1891 (Francia). Para España, se data en 17 de marzo de 1908, cuando la Ley de Condena Condicional introdujo por primera vez en la jurisdicción española la suspensión de la ejecución de la pena en su modalidad de *sursis*. Se suspendía la ejecución de la pena una vez impuesta, manteniéndose el cumplimiento de las accesorias (Maqueda 1985).

Cid y Larrauri (2005, 21-27) han organizado las explicaciones sobre el surgimiento y la evolución histórica de las penas alternativas a la prisión, llegando a la conclusión de que en ambos contextos responde, principalmente, a los diferentes ideales que llevaron a su nacimiento. En uno un ideal rehabilitador que ve en la pena alternativa un mayor potencial para la rehabilitación, y otro que pretende evitar la desocialización del delincuente ocasional en prisión.

A continuación describiré brevemente el surgimiento de las penas comunitarias en cada ámbito, para finalmente realizar algunas reflexiones en torno a la evolución simbiótica entre ambos grupos de jurisdicciones y la tendencia a la unificación europea con sus consecuencias.

## 1.1 El mundo anglosajón

Las dos instituciones que protagonizan los discursos y la práctica de las penas comunitarias son la probation y los trabajos en beneficio de la comunidad (Raynor 2012, 929-30), pero la primera pena comunitaria es la probation<sup>5</sup> (Nellis 2001, 19-20), por lo que la historia sobre el surgimiento de las penas comunitarias coincide con la historia de la probation<sup>6</sup>. Los elementos contextuales que explican mejor el surgimiento exitoso de la probation (y el ideal rehabilitador que la sustenta) son: la conjunción histórica de una sociedad victoriana en el caso inglés (Cohen 1985; Rowbotham 2009; van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015), el progresismo americano en el caso estadounidense (Rothman 2002 [1980]), la flexibilidad creativa del *common law* y el soporte teórico de las escuelas criminológicas sociológicas. Se denominó “bienestarismo penal” por Garland a la idea de trasfondo del sistema punitivo que surgía o, más bien, de su reforma: usar la pena no para excluir, sino para incluir a la clase trabajadora, proveyéndola de la disciplina necesaria para integrarse en las estructuras sociales dominantes (Bottoms, Rex, y Robinson 2004).

Se considera que la persona que comete un delito puede rehabilitarse mediante cierta supervisión y ayuda por parte de un agente (Rothman 2002) que tiene un rol crucial en el proceso rehabilitador que consiste originalmente en “aconsejar, asistir y ser amigo” (*advise, assist and befriend*) (Durnescu 2014, 410). Este agente es un voluntario en el origen de la probation, posteriormente pasa a ser un funcionario estatal (miembro de la administración o funcionario del poder judicial, según el caso).

---

<sup>5</sup> Para esta tesis preferí no traducir el concepto de probation, ya que si bien se ha intentado en ocasiones con “libertad vigilada” por ejemplo, puede generar problemas en cuanto este concepto español puede significar cosas distintas en diferentes contextos. Así por ejemplo la en la versión en lengua española de las European rules on community sanctions and measures, se tradujo probation como “libertad vigilada”. En la normativa concreta española, libertad vigilada efectivamente es el equivalente funcional de la probation en la legislación penal de menores (artículo 7.1 h). El problema se genera puesto que se utilizó el mismo concepto “libertad vigilada” en la Ley 5/2010 de 22 de junio para denominar a una nueva medida de seguridad post penitenciaria, haciendo referencia –evidentemente– a una realidad completamente ajena a la probation. Críticas a la opción conceptual legislativa en Ortiz de Urbina (2010, 2). En cambio Martínez sostiene una definición amplia de libertad vigilada, comprensiva tanto de medida de seguridad, alternativa al fallo, pena, medida cautelares, alternativa a la prisión y forma de cumplimiento de la pena de prisión (2012). Huyo también de la posibilidad de utilizar “probación”, ya que su uso promovido por algunos traductores no ha sido generalmente aceptado por los autores dedicados al tema. Cid (2009), por ejemplo, que opta por no traducir el término al español sugiere que quienes deseen hacerlo utilicen “sometimiento a prueba”. La misma decisión de dejar el término Probation sin traducir adopta el Ministerio del Interior Español al traducir para España las Reglas Europeas de la Probation (en [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REGLAS\\_DEL\\_CONSEJO\\_DE\\_EUROPA\\_RELATIVAS\\_A\\_LA\\_PROBATION\\_2.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REGLAS_DEL_CONSEJO_DE_EUROPA_RELATIVAS_A_LA_PROBATION_2.pdf), consultado en 15 de enero de 2016).

<sup>6</sup> Para profundizar en la historia del surgimiento de la probation ver Rothman (2002 [1980]) en Estados Unidos. En el Reino Unido Vanstone (2004). Para ver la evolución moderna de la figura consultar Bottoms, Rex, y Robinson (2004).

En los Estados Unidos, se considera como padre de la probation a John Augustus, un zapatero de Boston quien en 1841 persuadió a un juez de liberar a un delincuente alcohólico bajo fianza bajo su supervisión personal en vez de imponerle una pena de prisión, cuestión que repitió por más de 1.800 imputados más desde ese momento (Petersilia 1997, 155; Petersilia 1998a, 32; Rungay 2009). Esta práctica sirvió de modelo y progresivamente se adoptó por diversas jurisdicciones (por ejemplo, se instauró para adultos en 1901 en Nueva York). Pero señala Rothman (2002 [1980]) que aunque su surgimiento es en dicha fecha, en realidad su auge se inició entre 1900 y 1920<sup>7</sup>, cuando para “la América progresista”, el delincuente era una persona necesitada de un tratamiento individualizado a sus necesidades específicas. Sería esta la ideología que da lugar a una serie de alternativas que incluyeron probation, libertad condicional, penas indeterminadas, tribunales juveniles, rediseño de prisiones para facilitar la individualización del tratamiento, etc. El soporte criminológico de esta institución vendría dado por las ideas criminológicas imperantes en la época, de acuerdo a las cuales ciertas personas o grupos sociales no habían participado plenamente de los bienes sociales y por tanto, mediante la sanción, debía atenderse dicha condición.

En Inglaterra, el modelo nace paralelamente<sup>8</sup>. Sus primeras raíces también se rastrean por algunos autores hasta 1841, a la práctica de un juez de Birmingham, que ponía a delincuentes juveniles bajo la supervisión de padres, tutores u otros voluntarios. Se institucionaliza con éxito en 1907 (Probation of Offenders Act) gracias, en parte, al contexto proporcionado por una sociedad civil victoriana caracterizada por un fuerte moralismo, que, acompañado del rol preponderante de la caridad, dio lugar a diversas instituciones que perseguían la salvación de los delincuentes (Rowbotham 2009). La Ley de 1907 creó tanto la *probation order* como los “agentes de probation” para la supervisión de imputados.

De este estudio histórico, se puede colegir que el modelo nació casi simultáneamente en los Estados Unidos e Inglaterra<sup>9</sup>, inicialmente, como una forma de evitar la imposición formal del castigo por completo, reemplazándolo con alguna forma de supervisión en la comunidad. No se trataría de una pena alternativa, sino que podría verse

---

<sup>7</sup> Mientras en 1900 sólo 6 estados contaban con la probation en su sistema de sanciones, en 1915 eran 33 (p. 44).

<sup>8</sup> Si bien el nacimiento es simultáneo, su desarrollo es muy influenciado por la evolución estadounidense de la figura (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015, 6).

<sup>9</sup> Se destaca el efecto expansivo a las colonias propio del contacto con las mismas (Durnescu 2014, 409-10).

como una alternativa al castigo. Se paralizaba la decisión sobre la culpabilidad y el hipotético consecuente castigo, liberándose al penado bajo condición de que volviera para ser evaluado en fecha futura, cuando su comportamiento sería revisado. En este periodo la persona debía mantener contacto con un agente de probation, mantener un buen comportamiento y llevar una vida provechosa. Si completaba el periodo de supervisión exitosamente, no se tomarían más medidas respecto del delito original.

Hay que remarcar el “inicialmente”, puesto que con posterioridad la probation dejó de ser una forma de suspender la condena para ser una consecuencia de la misma. Ya no se impone “probation suspensiva” de la condena, sino que “se condena a” probation. Incluso en la actualidad, la naturaleza de la probation es, en muchas ocasiones, la de un castigo de prisión suspendido, así por ejemplo en algunas jurisdicciones de los EEUU (vid Petersilia 1997). En el Reino Unido, en 1991 la *probation order* se transformó en condena (sentence) y a día de hoy, la pena de probation ni siquiera existe por sí misma, sino como un elemento presente en el contexto de una *community order* (Criminal Justice Act 1991; Crime and Courts Act 2013). Lo relevante es que pese a los cambios formales que ha sufrido la institución (y que tienen cierta incidencia en las consecuencias del incumplimiento y en lo referente a los antecedentes penales, por ejemplo), en su contenido mantiene sus elementos originales, por lo que incluso los cambios de nomenclatura se han resuelto siendo ignorados tanto por los agentes del sistema como por el mundo académico, quienes siguen hablando de probation.

La evolución de las penas comunitarias en el mundo anglosajón está marcada por tres principales periodos, que de forma muy clara se encuentran explicados en el relevante capítulo “¿Cómo llegamos aquí?” y que procedo a resumir (Bottoms, Rex, y Robinson 2004). El primero, ya explicado con anterioridad es el de su nacimiento a principios del siglo XX y auge del ideal rehabilitador<sup>10</sup>, que pretendía, mediante la supervisión por parte de un agente, la rehabilitación del penado. Esta supervisión evolucionó desde el acompañamiento por parte de un voluntario de una iglesia, hasta más sofisticados e individualizados tratamientos psiquiátricos. Sin embargo el ideal se mantuvo constante. Este periodo acaba con el decaimiento del ideal rehabilitador, caracterizado principalmente por una crisis de efectividad y por el pesimismo por los modestos resultados en reincidencia que parecía obtener (*nothing works*)<sup>11</sup>, pero también acompañada por una crisis

---

<sup>10</sup> Se estudiará con mayor profundidad en el apartado 3.2.2 de este capítulo.

<sup>11</sup> Véase la repetida cita a Martinson (1974).

de recursos, debido al aumento de la población penitenciaria, y por una crisis ideológica<sup>12</sup>, debido a los abusos y arbitrariedad a los que dio lugar, en ocasiones, la discrecionalidad otorgada en nombre del “tratamiento”.

El segundo periodo se inicia en los años 70, y está marcado por la crisis recién explicada. Se desconfió en la probation y en el sistema desarrollado hasta entonces. Este periodo implica un regreso al modelo de justicia, la construcción de un modelo de no intervención y de alternativas a la prisión para evitar sus costos pero sin la intervención propia del periodo anterior (o al menos reducida).

El tercer y actual periodo, iniciado en los 90 se denomina del “castigo en la comunidad”, conlleva un resurgimiento de las penas comunitarias<sup>13</sup>, caracterizado por pretender ofrecer penas creíbles para los jueces mediante el uso de penas comunitarias en un modelo de merecimiento (*just deserts*), manteniendo las herramientas de supervisión e intervención para la adecuación de la pena. Es en este periodo en que el mundo anglosajón y la Europa continental parecen converger o al menos acercarse.

## 1.2 Europa continental

Las penas comunitarias en Europa continental son de más reciente incorporación, de manera que el estudio del origen de las mismas exige hacer un análisis de las penas alternativas que les preceden, pese a que carezcan de los elementos propios de una pena comunitaria (la supervisión y la restricción personal). Sólo en los años 60 se produce una tímida incorporación del elemento de supervisión en las alternativas en algunos países europeos, lo que las transforma en penas comunitarias. Incluso en la actualidad, las penas comunitarias parecen ocupar un lugar residual dentro del sistema penológico de Europa continental (aunque en incremento paulatino) y, normalmente, parecieran ser defendidas por su capacidad de reducir las tasas de encarcelamiento y no a partir de la evidencia sobre su capacidad para incidir en la rehabilitación de los penados como sucede en los países anglosajones (McNeill y Robinson 2016, 234)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Para Allen, la crítica a la que se sometió el ideal rehabilitador se basaba en tres proposiciones: constituye una amenaza a los valores políticos de las sociedades libres, es vulnerable a ser degradado para la persecución de otros fines otros fines sociales y falta una técnica rehabilitadora en el sentido de que “no sabemos cómo prevenir la reincidencia cambiando el carácter y el comportamiento de los penados” (2009, [1981]).

<sup>13</sup> Ver desarrollo más adelante en este capítulo (2.5).

<sup>14</sup> En el texto citado, los autores dan cuenta de un estudio comparado de 11 países europeos, destacando la dificultad que representa realizar un análisis a partir de elementos de interpretación anglosajones. En este sentido, reiteran que la relevancia de la rehabilitación como elemento legitimizador de las penas comunitarias



Las penas alternativas en Europa continental se caracterizan por tener una naturaleza no interventora y por existir principalmente en una fase posterior a la condena. Es necesario que me remita al origen de la pena alternativa por excelencia (la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad), pese a no tratarse de una pena comunitaria, puesto que es dicha institución la que muta para transformarse en ciertos supuestos en pena comunitaria.

En la época del surgimiento de las alternativas (finales del XIX y principios del XX), en Europa continental primaba un modelo de derecho penal clásico proporcionalista que se asocia con “la legalidad idealista del código francés de la Revolución, de 1791 que gradualmente contagió la Europa occidental” (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015, 5; Durnescu 2014, 410). Este modelo clásico se nutría de la idea fundamental de que el delito era resultado de la elección libre del penado. Esta idea habría sido desafiada por la escuela criminológica positivista, quienes desarrollaron una tipología criminal en la que se diferenciaba al delincuente habitual del ocasional, cuyos delitos eran el resultado de las circunstancias. Es este prototipo de delincuente ocasional, el que evidencia la necesidad de alternativas en un modelo que las admitiría entonces como una cuestión excepcional.

Los principales promotores de las alternativas están en la Escuela Positiva italiana y en la Unión Internacional de Derecho penal fundada por los célebres Van Hamel, Von Liszt y Prins (Maqueda 1985, 36-37; Cid y Larrauri 2005, 22-23) y encuentran su principal fundamento en la conveniencia de evitar la pena de prisión para autores de delitos leves que, desde el punto de vista criminológico, han de considerarse meramente ocasionales.

La Unión Internacional de Derecho penal, en sus estatutos, afirmaba nueve tesis de una marcada tendencia político-criminal e ideológica<sup>15</sup> que muestra de forma prístina las ideas que explican el surgimiento de alternativas no interventoras. Entre estas tesis se sostenía por ejemplo la necesidad de distinguir entre delincuentes habituales y ocasionales como base para la legislación penal (tesis 4); que la pena de prisión ocupa justamente el primer lugar en el sistema penal (tesis 6); y que pese a lo anterior, respecto de las penas privativas de libertad cortas se considera que “es posible y deseable la sustitución de la prisión por medidas de una eficacia equivalente” (tesis 7).

---

es propia de los países del common law, mientras que en los países de Europa continental, la rehabilitación es normalmente promovida como un derecho del penado.

<sup>15</sup> Que habría sido la causa de su decadencia, posteriormente resuelta con una reforma de los estatutos por unos menos controvertidos en 1895-1896 (Berdugo 1982, 15-18).

Los institutos promovidos en Europa continental carecen inicialmente de un carácter rehabilitador, sino meramente punitivo/retributivo (la multa) o intimidador (suspensión condicional pura de la pena de prisión). Y existen sólo para supuestos de delitos leves (Muñoz Conde 1979, 74). Explica Muñoz Conde que mientras la ejecución y cumplimiento de la pena privativa de libertad debe tener como meta la resocialización del delincuente, en los demás casos, tendrá como fin su intimidación o aseguramiento (prevención especial)". Continúa este autor afirmando que se entiende que no por el hecho de haber cometido un delito, la persona rompe su vinculación con la sociedad y deja de respetar la legalidad penal de ésta. Pone como ejemplo paradigmático los delincuentes ocasionales, los que cometen delitos de poca importancia o de tránsito automovilístico, todos los cuales no debieran ser objeto de resocialización (1979, 79). De acuerdo a esta lectura, la prisión sería el ente que está diseñado para la rehabilitación, y, por lo tanto debe evitarse cuando el penado no necesita dicha rehabilitación e, incluso, una pena corta de prisión podría tener efectos nocivos como el temido "contagio criminal". Es decir, se cree que la prisión es innecesaria en algunos casos y, cuando se administra por periodos muy cortos, puede generar efectos criminógenos, ya que no se cuenta con el tiempo suficiente como para realizar una intervención rehabilitadora (Cid y Larrauri 2005, 23)<sup>16</sup>.

Para algunos autores, otro elemento que sirve para explicar las penas no interventoras se encontraría en la cultura penal imperante en la Europa Continental: el ideal clásico que inspiró el código napoleónico al que me referí con anterioridad y que, pese a chocar con los principios esgrimidos por la Escuela Positivista, habrían coadyuvado para llegar al mismo resultado. Este ideal "clásico" desconfiaba de la discrecionalidad judicial y la extirpó del proceso. En el mismo sentido, se consideraba indeseable que los tribunales tuvieran el poder de ordenar intervenciones en la vida de los penados "a medida" (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015, 5). De manera que si bien el positivismo habría incidido en que se aceptara la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, se hacía con cierto automatismo en los requisitos que redujeran la temida discrecionalidad judicial. Al mismo tiempo, el suspenso de la pena servía de amenaza para el penado, que por tanto se seguía considerando libre y racional.

---

<sup>16</sup> Muñoz Conde (1979) destaca de entre las críticas que sufrió el ideal rehabilitador, las dudas sobre su realización práctica, su necesidad, la dificultad de controlar la actividad del Estado y las voces que desde la criminología crítica, denuncian con escepticismo toda herramienta de control social estatal. Además, explica los problemas que implica la resocialización en términos morales, ya que implica la imposición de una moralidad y unas creencias violando la autonomía y la libertad de los individuos. Se ahondará en esta crítica en el segundo capítulo de esta tesis (4.4).

El modelo adoptado (*sursis*) implicaba una decisión en dos etapas: primero el pronunciamiento de una pena de prisión, y luego la decisión de suspender la ejecución de la pena, mientras que el penado no cometiera nuevos delitos durante el periodo de prueba. Si otro delito se cometía, la suspensión era revocada dando lugar a la ejecución de la pena privativa de libertad (Maqueda 1985; Durnescu 2014)<sup>17</sup>. En 1888 en Bélgica y en 1891 Francia, se dictaron leyes que permitían la suspensión de penas cortas de prisión bajo la condición de no delinquir durante el periodo de suspensión. En los territorios que posteriormente serían Alemania se promulgó legislación similar en 1895, que perdonaba a penados bajo la condición que evitaran reincidir. Por su parte, la Ley de Condena Condicional Española vio la luz en 1908. Estos institutos europeo continentales tienen en común (y difieren, inicialmente, del modelo anglosajón) el hecho de que se aplica la alternativa para quien ya ha sido declarado culpable y condenado a prisión, y que no impone reglas de conducta adicionales a no delinquir.

En gran parte de los países de la Europa continental, la introducción de la supervisión como elemento de las penas se produce reformando el modelo de suspensión. Es la propia suspensión de la ejecución de la pena de prisión la que admitirá añadir, como condición a la suspensión, condiciones adicionales diferentes de la no comisión de delitos durante el periodo de prueba, entre las que se encuentra la sujeción a la supervisión por parte de un agente. Este cambio se produce en los años 60 entre algunos países como Bélgica (1964)<sup>18</sup>, Austria (1966), Francia (1958)<sup>19</sup> y Alemania (1951), estos últimos dos, en un ejercicio bastante notable de transferencia por parte Inglaterra (Herzog-Evans 2016; Durnescu 2014).

### 1.3 Introducción de las penas comunitarias en España

Las penas con un elemento de intervención y supervisión aparecieron en España tardíamente. Con anterioridad, la vigencia del ideal rehabilitador y sus mecanismos paradigmáticos de tratamiento individualizado ya se habían incorporado, aunque tardíamente, en el sistema penitenciario asumiendo los principios de tratamiento y de

---

<sup>17</sup> Mientras Maqueda, como muchos otros, distingue y confronta *sursis* y probation, Durnescu (a mi modo de ver, de forma equivocada o cuanto menos confusa) parece considerar la *sursis* una especie de probation, afirmando que para países continentales, la probation no era supervisión, sino suspensión de la ejecución de la pena (2014, 410).

<sup>18</sup> La medida de probation podía ser aplicada sólo como condición en el contexto de una suspensión (Beyens 2016, 14).

<sup>19</sup> Nacimiento de la suspensión de la pena con probation, paralelamente, se establecieron los servicios de probation (Herzog-Evans 2016, 54).

reinserción social del delincuente (Muñoz Conde 1979; Muñoz Conde 1985a). Como este mismo autor explica, la entrada de la rehabilitación (en sus denominaciones de resocialización y reeducación) en España con la promulgación de la Ley General Penitenciaria de 1979 y su cristalización en la Constitución Española de 1978, coincide con el momento en que estas ideas estaban siendo objeto de duras críticas por diversos frentes.

Así, con anterioridad a 1995, la intervención penal en libertad existía en España sólo en el sistema juvenil y, en el de adultos, únicamente en la fase de libertad condicional y en tercer grado ¿Por qué en España llegaron tan tardíamente las penas comunitarias? En primer lugar, por las razones esgrimidas con anterioridad para el resto de Europa: la opción por un modelo de suspensión de la pena para delincuentes ocasionales que no necesitan de intervención. Además, hay dos cuestiones que en España pueden haber coadyuvado a la llegada tardía de las penas comunitarias: la adopción de un sistema sancionador binario o dualista y la dictadura franquista.

Habría un sistema binario si los fines de represión, prevención y lucha contra la delincuencia, se persiguen por medio de la pena y junto con ella coexisten medidas de seguridad o de corrección<sup>20</sup> (Muñoz Conde 1985b). El legislador español optó por el sistema binario, que era el imperante en el siglo XIX, y, de acuerdo a este, la intervención está reservada para las medidas de seguridad. La pena, en cambio, no debería integrar elemento alguno más allá del componente punitivo proporcional (Silva Sánchez 1995, 79-80). Alguna cuestión diferente a esta idea para la pena, pareciera ser mirada con desconfianza por los principios del derecho penal liberal<sup>21</sup>. Cabe señalar, eso sí, que el modelo no es puro y admitió una evolución que contempla excepciones en la etapa ejecutiva de la pena y en la justicia de menores, por ejemplo (Silva Sánchez 1995). Pero sirve para explicar, en parte, las dificultades de la incorporación de las penas comunitarias en España.

Por otra parte, las ideas que provocaron un resurgimiento del ideal rehabilitador en los años 60 no pudieron impactar en una España en dictadura franquista. Cuando la dictadura había acabado, no sólo había otras prioridades a la hora de implementar el Estado de Derecho, sino que el ideal rehabilitador ya estaba en su momento de descrédito e imperaba el pesimismo (Cid y Larrauri 2005, 26; Muñoz Conde 1979).

---

<sup>20</sup> En un sistema monista todos estos fines se persiguen por medio del mismo instrumento: la pena.

<sup>21</sup> Se pueden ver las críticas al sistema de medidas de seguridad en Muñoz Conde (1985b).

Es el Código Penal (en adelante CP) de 1995 el que incorpora la posibilidad de establecer obligaciones adicionales en el contexto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (entre las que se incluye la obligación de realizar programas formativos y de tratamiento) y la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (en adelante TBC). La institución de la suspensión con obligaciones es calificada como una modalidad de probation por Cid (2009, 26-27), quien la denomina “suspensión con probation”<sup>22</sup>. Para el autor, la suspensión con obligaciones se asimila a la probation por dos razones. En primer lugar, da un argumento histórico, afirmando que mientras la suspensión ordinaria existe porque se considera innecesaria la intervención sobre el penado para evitar la reincidencia, el nacimiento de la suspensión con probation “aporta como principal novedad la supervisión de la persona en libertad para intervenir sobre los factores que contribuyen a la reincidencia”. En segundo lugar, aporta un argumento penológico, sosteniendo la relevancia distintiva de la suspensión con probation en un sistema punitivo que, como la investigación sobre la efectividad preventivo-especial de las penas<sup>23</sup> demuestra, “requiere de respuestas diferenciadas para adaptarse al riesgo y problemas delictivos que presente cada delincuente”.

#### 1.4 La unificación de suspensión y probation en Europa

Ambas instituciones (probation y suspensión de la pena) no evolucionaron aisladas. Así, por ejemplo, la Unión Internacional de Derecho penal a la que hice referencia con anterioridad era frecuentada no sólo por penalistas de la Europa Continental, sino que también contaba con miembros de los EEUU y el Reino Unido. Cuando la Sociedad postulaba en su constitución que debía contemplarse la sustitución de periodos cortos de prisión por otros castigos (Berdugo 1982, 16), los anglosajones lo interpretaban para sus jurisdicciones, como referido al sistema ya existente de probation (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015, 7).

En la evolución histórica hay varios eventos más que no sólo aproximan ambas jurisdicciones en términos académicos y profesionales, sino que inician un camino de acercamiento y armonización normativa. Así en 1992 se publican las Reglas Europeas en

---

<sup>22</sup> Otros como Mapelli (2011, 122), también parecen valorar esta figura como próxima a la probation anglosajona. Mapelli señala que “la nueva regulación ha aproximado nuestro modelo de suspensión a la *probatio* inglesa con una mayor orientación preventiva especial, avanzando en la desaparición de los elementos más objetivos (...)”.

<sup>23</sup> Y a mi modo de ver, también justificable por razones de proporcionalidad, como afirman los promotores de las “sanciones intermedias” (*Vid.* 2.4).

Penas y Medidas Comunitarias, se actualizan en el año 2000 y en 2008 se adopta la Decisión Marco para la supervisión de medidas de probation y penas alternativas (Morgenstern 2009; Morgenstern y Larrauri 2013). Este impulso académico y europeo de los 90 puede percibirse en las reformas nacionales en dichos años que incorporan o refuerzan las penas comunitarias en diversos países. Así Bélgica en 1994 (Beyens 2016), España en 1995 (Blay y Larrauri 2016), los Países Bajos en 2001 (Boone 2016, 96).

En este proceso, la diferente historia que dio origen a las alternativas y que explica en parte su posterior evolución, genera los actuales problemas de incoherencia e inconsistencia europea, y bastantes tensiones a la hora de coordinar normativas comunes (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015). Al sumar las ideologías en juego, el resultado es de alta complejidad.

## **2. Definiciones**

Un ejercicio imprescindible para este trabajo, es definir su objeto de estudio. En este apartado abordaré la discusión terminológica para hacer las precisiones que requiere esta tesis. Me detendré a analizar distintos conceptos y aquél aspecto en el que ponen énfasis.

Aquí se presenta la dificultad de escoger un concepto que tenga la capacidad de aunar las realidades que me interesa conocer. He optado por “penas comunitarias” por las siguientes razones: se trata de penas que requieren de una especial cooperación por parte del penado para su ejecución y requieren por parte de la Administración el ejercicio de una supervisión que integre no sólo un control del cumplimiento, sino el establecimiento de un vínculo que incluya tanto control como ayuda. Suman al interés que despiertan estas penas, el hecho de que su surgimiento sea consecuencia de una política criminal que busca reforzar las penas alternativas, por una parte fortaleciendo la idea de comunidad y por otra haciéndolas más punitivas e interventivas.

Pese a la decisión justificada por las penas comunitarias, he de reconocer que son conceptos limítrofes y relevantes para esta tesis: penas alternativas, medidas penales

alternativas, sustitutivos penales y “sanciones intermedias”. Todos estos son de relevancia para la tesis aunque no constituyan su objeto de análisis preferente<sup>24</sup>.

La multiplicidad de conceptos usados en este ámbito, y la flexibilidad en su utilización, es manifestación del trato disímil que han recibido las penas alternativas por parte de la academia: por una parte se han defendido mayoritariamente, y, por otra, han sido escasamente teorizadas. Esta variedad ha permitido la coexistencia de grupos de interés opuestos en el sistema penal, mientras que con una terminología más precisa quizás esta coexistencia no hubiera sido posible (Nellis 2001, 17). En este mismo sentido, 10 años antes, Vass afirmaba que conceptos como el de “alternativas a la prisión” han servido como “concepto paraguas” logrando aglomerar una gran variedad de actividades del sistema penal. El mismo autor advertía que esa realidad epistemológica generaba problemas tanto a nivel conceptual como práctico, ya que presentaba escaso valor explicativo por ejemplo para entender las prisiones, las crisis de la prisión y los intentos de controlar su población expansiva a través del diseño o uso de medidas penales comunitarias específicas como “alternativas” (1990, 1-2).

En un intento por comprender estos conceptos, analizaré el sentido y alcance de algunos de uso frecuente en el presente trabajo, para finalmente profundizar en el de “penas comunitarias”, que ocupa un lugar fundamental en el objeto de estudio de esta tesis.

El primer problema que se presenta, es que cuando se enumeran los conceptos que pasaré a explicar, no se diferencian por un criterio de clasificación. De hecho, los propios conceptos no tienen límites precisos, algunos comprenden a otros y por lo general responden al momento histórico en que se acuñan. Algunos hacen referencia a un contenido material (pena comunitaria), mientras otros ponen hincapié un criterio formal y son de cuño jurídico (sustitutivos penales). Por otra parte, algunos de los conceptos enumerados tienen un alcance más “universal” pese a haberse gestado en un contexto concreto y otros son más locales o responden a un contexto más delimitado como las “sanciones intermedias”, de gran relevancia pero de poco impacto fuera de los Estados Unidos.

---

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, algunos de los problemas que interesan en esta investigación son consecuencia del carácter alternativo de la pena (más que de su moderno carácter comunitario), y por tanto requieren de un análisis más amplio.

Pese a las dificultades que presenta una tarea como esta, intentaré acercarme a los conceptos para, por lo menos, saber a qué se hace referencia en el marco de esta tesis cuando se utiliza un concepto. Todo esto sin pretensiones de que sea esta tesis el lugar en que se delinee los límites de cada uno. De hecho, una vez revisada la literatura pertinente, creo que la conclusión más acertada es la de afirmar que dichos límites no existen o, cuando menos, son difusos.

## 2.1 Penas no privativas de libertad

Se trata de un concepto jurídico, que utiliza un criterio negativo para aunar todas las penas que no priven de su libertad al penado. Este tipo de conceptos (al igual que el de pena alternativa, medida penal alternativa, etc.), asume una cierta centralidad y protagonismo de la pena de prisión, respecto de la cual se definen de forma negativa.

El Código Penal español define las clases de penas en el primer artículo del Título III “De las penas” (Art. 32 CP), y señala que las *penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son **privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa***. Si bien el concepto de pena no privativa de libertad no se encuentra en el CP, podemos entender su uso entre juristas como opuesto al de pena privativa de libertad que sí define el legislador.

Entre los tratados “clásicos” que se dedicaron a esta materia en España destaca sobre todo el vocablo “alternativa”, sin embargo en su contenido es de uso frecuente la noción de pena no privativa. Destacan entre ellos:

- Maqueda Abreu, María Luisa. 1985. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985.
- De Sola Dueñas, Angel, Mercedes García Arán, y Hernán Homazábal Malarée. 1986. *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Barcelona: PPU.

Por otra parte, al evitar el vocablo “alternativa”, con las penas no privativas de libertad se evita el debate de las alternativas: no interesa necesariamente que la pena sirva para reducir el encarcelamiento, ni que esté inspirada en un cierto ideal rehabilitador, sino que simplemente no prive de la libertad. Es un concepto más jurídico y de mucho raigambre en España.

También de cuña jurídica, el concepto de sustitutivos penales es de uso frecuente en España para denominar a la suspensión y la sustitución de penas. Así, el capítulo III del



Código Penal Español se titula: *De las formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*. Con este concepto, se hace referencia a aquellas instituciones penales que permiten la substitución de una pena privativa de libertad por una que se cumpla en libertad. Para ser precisos, lo que se substituye no es la pena privativa de libertad, sino su ejecución y es por esto que la revocación de una de estas conlleva la ejecución de la pena de prisión originaria. Mediante este concepto se pone hincapié el carácter alternativo de estas penas y el hecho de que se presupone la existencia de la condena de prisión para su devenir.

## 2.2 Penas alternativas

El término que dominó desde los años 60 hasta hace poco era el de “alternativa” (alternativas a la prisión, penas alternativas, medidas penales alternativas, etc.). Se trata de instituciones cuyo desarrollo suponía la existencia de la prisión, su fracaso percibido y una razón que las justificara (Maqueda 1985, 31). Su existencia descansa en la idea reduccionista de que el derecho penal es un instrumento de *ultima ratio* y, dentro de este, se ha de resituar la función de la prisión. La privación de la libertad personal del ciudadano ha de contemplarse como *extrema ratio*, sólo justificable ante delitos que lesionen significativamente un valor constitucionalmente relevante (Bricola 1973, 15 cit. por de Sola Dueñas, García Arán, y Homazábal Malarée 1986, 10). Lo interesante de esta aproximación, es que no se limita a afirmar que el derecho penal es una herramienta estatal de *ultima ratio*, sino que concluye, además, que dentro de este, la pena de prisión es la *extrema ratio*.

Se parte desde la centralidad de la pena de prisión en el sistema de penas y su desarrollo conceptual universal en los sesenta y hasta los noventa por lo menos, debe mucho a la concepción reduccionista de la política criminal en la academia. Las diversas propuestas del reduccionismo se pueden resumir en la descriminalización mediante la despenalización de ciertas conductas, la degradación a ilícito administrativo y por último la descarceración mediante el uso de las alternativas (Cid y Larrauri 1997, 13).

Debe destacarse que, pese a la vocación alternativa de estas instituciones, pueden existir y ser utilizadas en una política criminal expansionista<sup>25</sup> (Cid y Larrauri 1997, 13). Es por esto que en la discusión sobre las penas alternativas a la prisión, lo relevante es que la

---

<sup>25</sup> Esto se estudiará más detenidamente en el siguiente apartado, al aproximarnos al fenómeno de la “expansión de la red penal”.

institución estudiada se promueva como una real alternativa al uso de la prisión, y no como un complemento a la misma (Larrauri 1991, 46). Ni tampoco como penas para infracciones que no acarrearían en ningún caso pena de prisión.

El catálogo de las alternativas existentes en cada jurisdicción dependerá, en gran medida del umbral que dicho sistema punitivo otorgue a la pena de prisión. Esto significa que si las personas pueden entrar a prisión por infracciones muy leves, entonces incluso una supervisión voluntaria llevada a cabo por un grupo religioso es una alternativa aceptable, en cambio a medida que el umbral de entrada en prisión vaya escalando, también lo hará la carga punitiva y la intervención propias de la alternativa (Nellis 2001, 19).

Así por ejemplo los autores anglosajones suelen excluir la multa del catálogo de alternativas, ya que no se promueve como una real alternativa a la prisión al tratarse de una pena reservada a delitos leves. También suelen excluir todas aquellas penas que pese a ser penas no privativas de libertad, siempre son accesorias, como la de inhabilitación o la de comiso debido a que no constituyen una alternativa a la pena, sino un complemento a la misma. Por otra parte, a veces se le niega a un instrumento la calidad de “alternativa” por su origen, si es que dicho instrumento no es hijo del movimiento descarceratorio de los años 60, ya que se argumenta que estas penas “presuponen” la prisión (Larrauri 1991, 49). Por ejemplo se puede notar en Vass (1990, 2), quien distingue tres categorías de penas alternativas: aquellas diseñadas para sustituir la prisión (TBC, suspensión de la pena de prisión, probation con condiciones), aquellas que son no privativas de libertad pero no fueron diseñadas específicamente como sustitutos de la prisión pero que pueden ser usadas y/o promovidas como alternativas a la prisión, y las que reducen la estancia en prisión ofreciendo una alternativa (libertad condicional).

Las penas alternativas son sanciones que permiten acceder a un delincuente a pasar parte o la totalidad de su condena en la comunidad y fuera de los establecimientos penitenciarios (Vass 1990, 2). Cuando se asume esta definición, se integran en la misma dos tipos de penas alternativas: las de *front end* y las de *back end*. Las primeras dicen relación con la decisión judicial inicial que impiden una entrada en la prisión, mientras que las segundas integran todos aquellos mecanismos que constituyen una alternativa al cumplimiento efectivo de la pena de prisión una vez que ya ha comenzado a ejecutarse, como el tercer grado y, sobre todo, la libertad condicional.

Así, desde una perspectiva amplia, algunas implican la privación o restricción de derechos distintos a la libertad, mientras que otras son atenuaciones de la pena de prisión. Desde esta perspectiva, constituyen alternativas: probation, multa, trabajos en beneficio de la comunidad, suspensión del procedimiento, suspensión de la pena y suspensión de la ejecución de la pena, sustitución de la pena, localización permanente, privaciones de derechos, libertad condicional y prohibiciones como las de acercarse a personas y lugares, entre otras.

No hace falta profundizar mucho para percatarse de que la idea de las alternativas es engañosa, ya que implica asumir sin más, que quien es castigado con una pena de multa, por ejemplo, sería condenado a prisión de no existir dicha alternativa (u otra aplicable). Y existe evidencia de que la incorporación de estas alternativas, muchas veces ha ocasionado un ensanchamiento de la red penal y que no logra disminuir las tasas de encarcelamiento (*vid. Infra*: apartado 4).

### **2.3 Medidas penales alternativas (MPA)**

Se trata de un concepto más moderno. También se refiere a las alternativas y se utilizan a veces como sinónimos. Está altamente difundido en Iberoamérica y es el concepto que en España, utilizan los órganos encargados de la ejecución de penas alternativas rehabilitadoras.

Los organismos encargados de la ejecución de las MPA en España, han definido su propio marco de actuación. Se trata de una definición administrativa, ya que depende de las competencias del órgano y comprende cómo la Administración delimita su función. En España, Cataluña es la única comunidad autónoma que tiene las competencias transferidas en materia de ejecución penal (desde 1981).

En la Administración General española, existe la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), cuya Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas (aunque el orden de los factores no altere el producto, sería “PMA” y no “MPA”) tiene, entre otras funciones, la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la

comunidad, de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de la libertad condicional (Artículo 5 RD 400/2012 y RD 873/2014<sup>26</sup>).

En Cataluña, en cambio, dentro del *Departament de Justícia*, existe la *Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil* (diferente y no dependiente de la *Direcció General de Serveis Penitenciaris*) (Decret 194/2013). Esta dirección tiene, entre otras, la labor de potenciar e implementar las medidas de ejecución penal no privativas de libertad en la comunidad. Esta función la lleva a cabo específicamente la *Subdirecció General de Reparació i Execució Penal a la Comunitat*, a través del àrea de *Mesures Penals Alternatives* (ahora sí “MPA”) que tiene encargada, entre otras funciones, la de coordinar la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, de las obligaciones asociadas a las suspensiones y sustituciones de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. Mientras en la administración general consideran la libertad condicional como una MPA, en Cataluña las medidas de seguridad también forman parte de este colectivo (incluso las que son privativas de libertad). Esto último se debe probablemente a cuestiones de eficacia de la gestión, más que a una consideración conceptual más cercana al sistema monista que al dualista.

## 2.4 Sanciones intermedias

En los Estados Unidos, nace este concepto en los noventa para defender unas penas distintas de la prisión y de la probation. Como resulta evidente por el nombre del libro más influyente de esta corriente, *Entre la prisión y la Probation: Castigos Intermedios en un Sistema Racional de Condenas* (Morris y Tonry 1991), los autores proponen el uso más enfático de otras penas subutilizadas y que denominan “intermedias” para descongestionar un sistema sobrepasado tanto en lo que respecta a la prisión como al servicio de probation<sup>27</sup>.

El principio de proporcionalidad es central en esta propuesta de otorgar protagonismo a una serie de penas que han de ser “sanciones independientes como requiere el ideal de un sistema de castigo graduado y amplio”. Así, incrementar el ámbito de

---

<sup>26</sup> En octubre de 2014 (Real Decreto 873/2014) se le quitó la función del inicio de la gestión de la pena de localización permanente, cuya ejecución es competencia de la SGIP únicamente cuando esta se ejecuta en un centro penitenciario.

<sup>27</sup> Diferentes sanciones intermedias podían tener distintos fines, así algunas se justificaban para responder la sobrepoblación penitenciaria, otras se justificaban en la reducción de la reincidencia, ofreciendo un tratamiento individualizado al penado para lograr su rehabilitación, y otras ofrecían simplemente un programa residencial (Clear y Braga 1995, 425).

aplicación de las sanciones intermedias, se justifica para la configuración de un sistema lo suficientemente graduado para dar respuesta proporcional y adecuada a cada delito.

Entre las sanciones intermedias los autores incluyen la multa, las penas de servicio comunitario y las que implican un control y tratamiento en la comunidad que no sean probation. Ponen énfasis en la necesidad de fortalecer unas penas diferentes de la prisión, que sería una pena total, y de la probation que se considera una respuesta demasiado suave para una gran cantidad de casos. En palabras de Morris y Tonry, “[s]i se debe alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades de protección social y el control social y las realidades cambiantes de la malicia del delincuente y de la amenaza que plantea, debemos diseñar un sistema de castigos amplio, no un sistema binario en el que el encarcelamiento es visto como castigo y todo lo demás es una alternativa, un dejar libre”. En ese entonces, las dos penas de mayor aplicación en los EEUU eran prisión y probation. Para los autores la única pena “de verdad” era la prisión y la probation implicaba un cierto grado de impunidad, hasta el punto de considerar la pena de multa como más punitiva que la probation.

Dejando de lado el debate acerca de los problemas de la probation como pena, aciertan los autores en la necesidad dejar de llamarle alternativas a las penas para comenzar a tomarlas en serio, aun cuando efectivamente se construyen para ser aplicadas a personas que de otra manera podrían entrar en prisión. Una reflexión análoga es la que se hace en el surgimiento del concepto más europeo de pena comunitaria que analizaré en el próximo apartado.

Pese a que se refiere a penas diferentes y no incluye la probation tradicional (sí admitiría la probation intensiva), el concepto ha evolucionado y salido del control de sus autores, de manera que hoy por ejemplo se considera como el sinónimo americano de pena comunitaria (Nellis 2001, 18).

## 2.5 Penas comunitarias

En el mundo anglosajón, en la década de los noventa se consolida el concepto de “penas comunitarias” que goza de las siguientes características: (a) la pena se cumple en medio libre, “en la comunidad”; (b) los penados se someten a una supervisión, con lo que se incorpora la relevancia de la comunidad en la ejecución de la pena; (c) se persigue una cierta satisfacción a la comunidad, que puede adoptar diversas formas; y (d) se trata de penas autónomas por lo que la prisión deja de ser el componente principal para definir todas las penas de acuerdo a su relación con ella.

En un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión, nace el de pena comunitaria<sup>28</sup>. Ya no se hace referencia a un carácter alternativo de la misma y cobra una vida independiente. En el Reino Unido, se elaboraron los conceptos de pena comunitaria y de “castigo en la comunidad”<sup>29</sup>, en parte, en un intento de quitar el protagonismo que las nomenclaturas previas dieron a la pena de prisión (Bottoms, Rex, y Robinson 2004; Worrall y Hoy 2005, xv).

El rol que juega la “comunidad” en las penas comunitarias es controvertido. En parte, el problema se explica porque se trata de un concepto que puede tener un carácter descriptivo como uno normativo. La referencia a la comunidad puede hacerse a las formas de vida existentes (descriptivo) en determinado momento y lugar o para reivindicar un mayor grado de cooperación, cohesión social y ayuda mutua (Raynor 2001). En las penas comunitarias, el elemento “comunitario” de ser descriptivo es prácticamente sinónimo de “en libertad”, puesto que aun cuando no haya una participación activa de la comunidad, al menos la pena no corta los vínculos sociales preexistentes, al mantenerse al penado en la comunidad. Desde un enfoque normativo, “comunidad” haría referencia a una implicación de la misma en el proceso de reinserción.

Siguiendo a Bottoms, Gelsthorpe, y Rex, se puede definir a las penas comunitarias como **castigos estructuralmente ubicados entre la prisión, por una parte y las penas patrimoniales o “nominales”** (multa, “compensación”, *discharge*), por la otra. Lo que distingue las penas comunitarias de la multa, de acuerdo a estos autores, es que son **“personalmente restrictivas”**, involucrando algún **contacto activo con un agente penal**; pero, al contrario que la prisión, este contacto tiene lugar en un entorno comunitario. Como ejemplos típicos, proponen que las penas comunitarias pueden tomar la forma de vigilancia activa del penado (como en el monitoreo electrónico), o consistir en la participación del penado en un programa de acompañamiento o de tratamiento (como en *probation* o en condenas a tratamiento de drogas) o en trabajo supervisado u otras

---

<sup>28</sup> Desde Europa, se considera como concepto equivalente en los Estados Unidos el de “sanciones intermedias” (Nellis 2001, 18) y *community corrections* (Robinson, McNeill, y Maruna 2014, 151). En cuanto a conceptos, tanto sanciones intermedias como penas comunitarias nacieron por iniciativa de los respectivos gobiernos de clarificar y distinguir entre penas pecuniarias, comunitarias y de prisión. Es probablemente por esto que el concepto británico haya tenido mayor repercusión europea.

<sup>29</sup> Lo utiliza el ministerio del interior británico en su política del “castigo en la comunidad” que integra diversas reformas y es por esto que se suele agregar que con la pena comunitaria se fortalece el aspecto punitivo de las penas alternativas.

actividades (como en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad) (Bottoms, Gelsthorpe, y Rex 2001, 1; Bottoms, Rex, y Robinson 2004).

Resulta fundamental, por tanto, el elemento al que ellos denominan de “**restricción personal**”, que hace referencia a una carga para el penado de carácter personal y no pecuniaria ni simplemente nominal. Este último aspecto es relevante ya que se excluye de este grupo de penas aquellas que sólo representan una intromisión superficial (y no personal) en la vida del penado. Es este el carácter que logra situar a las penas comunitarias en el escalón inmediatamente inferior al de las penas privativas de libertad y superior al de las penas pecuniarias y sin intervención.

La forma que adopta esta restricción personal es variada, pero siempre conlleva la carga de un contacto activo con el agente penal. Es este el titular primario de la supervisión, que dota del carácter comunitario a la pena. Como se desprende del texto anteriormente parafraseado, el concepto de “pena comunitaria” no se usa simplemente para describir formas de castigo impuestas en la comunidad, o fuera de la prisión, ya que, en ese caso, comprendería también la multa<sup>30</sup>, que es la pena no privativa de libertad más impuesta, sino que se requiere un elemento de supervisión (Raynor 2012, 928). De hecho, “lo que las sanciones y medidas comunitarias tienen en común es alguna forma de vigilancia o supervisión de las actividades de los individuos mientras se les mantiene en la comunidad” (Robinson, McNeill, y Maruna 2014, 152).

**La supervisión es una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración, que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo, elementos de control, de asistencia y de reforma**<sup>31</sup>. En este concepto se integra la necesidad de un actuar que suponga “no sólo el control y la vigilancia del maltratador sino también una acción dirigida a su reforma” (Dobash y Dobash 2005, 149). Es decir, no basta un mero control sobre la vida del penado, a menos que vaya acompañado de acciones dirigidas a su reforma. Así, por ejemplo, la obligación de mera comparecencia ante el juez en el contexto de una pena o privativa de libertad, no constituirá pena comunitaria, en la medida de que esta regla supone únicamente

---

<sup>30</sup> Una definición que se excede por su simpleza es la de: “penas no de multa para lidiar con penados fuera de la prisión” (Nellis 2001, 17), ya que podría contener otras penas sin intervención como la de inhabilitación, por ejemplo.

<sup>31</sup> Definición elaborada en colaboración con Marta Martí Barrachina en seminarios del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la UPF 2015.

un elemento de control, pero no de ayuda o intervención, y no se vincula al penado a un servicio de la administración encargado de la supervisión.

El contenido específico de la supervisión a la que se somete el penado puede variar, así como los fines que se persiguen con su ejercicio en distintas épocas y jurisdicciones<sup>32</sup>. Así, “lo que la “supervisión” implica, sus fines o propósitos a los que está orientado y quien o quienes asumen la responsabilidad por ella, son todos aspectos que varían tanto internacional como históricamente” (Robinson, McNeill, y Maruna 2014, 152).

Las ideas tras la consolidación del concepto de penas comunitarias y la valoración positiva de estas figuras en el mundo anglosajón, principalmente, tuvieron cierta repercusión europea hasta el punto de que en 1992, el Consejo de Europa elabora Recomendación N°R (92)16 de *Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias (community sanctions and measures)*. En este instrumento, se definen las penas comunitarias como aquellas sanciones que mantienen al condenado en la comunidad y suponen cierta restricción de su libertad a través de la imposición de condiciones y/u obligaciones, y que son aplicados por organismos designados por la ley para tal propósito<sup>33</sup>.

En la definición europea se pueden apreciar todos los elementos anteriormente reseñados, aunque con un diferente uso de palabras: la pena se cumple en comunidad; la restricción personal se manifiesta expresando su forma (imposición de condiciones y/u obligaciones) y la supervisión se expresa mediante la referencia a la participación de un organismo penal en la ejecución.

He de reconocer que trata de un concepto que en España al menos, no es de uso frecuente por parte de la doctrina, la administración, ni por el legislador (Blay y Larrauri 2016, 191). Pese a lo anterior, creo que la realidad penológica española está preparada para

---

<sup>32</sup> Se verá su aplicación española en el apartado 3 del tercer capítulo.

<sup>33</sup> Recommendation No. R (92) 16 of the Committee of Ministers to member States on the European Rules on Community Sanctions and Measures (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd meeting of the Ministers' Deputies). La definición contenida en la Recomendación se extiende a más casos, pero su amplitud es posible puesto que integra al mismo tiempo sanciones (dentro de estas se comprenden las sanciones específicamente penales) y otras medidas. Mientras que en esta tesis, es de interés únicamente aquellas sanciones que son penas.

“The term “community sanctions and measures” refers to sanctions and measures which maintain the offender in the community and involve some restriction of his liberty through the imposition of conditions and/or obligations, and which are implemented by bodies designated in law for that purpose.

The term designates any sanction imposed by a court or a judge, and any measure taken before or instead of a decision on a sanction as well as ways of enforcing a sentence of imprisonment outside a prison establishment.

Although monetary sanctions do not fall under this definition, any supervisory or controlling activity undertaken to secure their implementation falls within the scope of the rules.”



hacer la distinción que permite este concepto y, de hecho, exige la segregación de este tipo de penas para su estudio separado. Esta distinción se justifica en primer lugar puesto que de hecho existen las penas comunitarias en el sistema de penas español; en segundo lugar, porque presentan las mismas tensiones que se han evidenciado en la literatura comparada que las estudia, de manera que es útil y necesario separarlas; y, en tercer lugar, debido a que no se ha impuesto hasta ahora un nombre que realice tal distinción en España.

Teniendo en cuenta los elementos que la literatura considera esenciales, en el marco de esta tesis, defino pena comunitaria como: **aquella pena que impone una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo.**

En la siguiente tabla, intentaré describir ciertos elementos de la definición para intentar aunar luego las instituciones que en España pueden constituir penas comunitarias. Si bien es difícil delinear contornos absolutamente, intento hacerlo para clarificar un poco más el objeto de la tesis.

Tabla 1 Elementos PC

	<b>Elemento</b>	<b>Características</b>	<b>Excluye</b>
	Pena	Consecuencia jurídica (castigo) por la comisión de un delito	- Medidas cautelares - Medidas de seguridad - Medidas post penales (libertad vigilada para adultos española)
	Restricción personal	Imposición de obligaciones positivas, o de hacer.	- Suspensión ordinaria - Localización permanente - Multa
	En libertad (comunidad)	Se cumple en libertad	- Prisión - Arresto de fin de semana.
	Supervisión	El Estado (a través de la administración) realiza una labor de supervisión de la ejecución, más allá del mero control de la misma.	- Suspensión ordinaria - Suspensión con prohibiciones - Suspensión con obligaciones de control (comparecencia periódica)

Elaboración propia.

De todos estos elementos, los más novedosos en el contexto académico español son los de restricción personal y de supervisión. El primero, porque el estudio de las penas en Iberoamérica ha sido principalmente jurídico, de manera que las penas se clasifican de acuerdo al derecho afectado por la pena y no de acuerdo a la forma que adopta dicha afectación material (es lo que puede explicar que multa y TBC a veces se aúnen, puesto que para algún autor ambas afectarían el patrimonio). El propio CP español distingue entre penas privativas de libertad y penas privativas de “otros derechos”. El elemento supervisión también es novedoso en el contexto español. Hay que reconocer que la academia había propuesto la creación de un órgano análogo al *Probation Service* ya desde Maqueda (1985), junto con un nuevo sistema de penas (Grupo de Estudios de Política Criminal 2012), y que las obras más modernas dedican apartados a los órganos de la administración encargados de la supervisión (Torres Rosell 2006; Rueda 2007; Blay 2007b; González Tascón 2013). Sin embargo, a mi modo de ver, no se ha llegado a reconocer la relevancia del elemento común en las penas comunitarias de la supervisión puesto que se hace un estudio separado de suspensión y TBC (cada una de las obras modernas reseñadas se dedican a la una o al otro).

Cid (Cid 2009, 25), por su parte, ha dado protagonismo al elemento de supervisión existente en la suspensión con deberes de conducta o “suspensión con probation” al considerarlo como el elemento distintivo de esta figura, puesto que se aparta de la antigua suspensión ordinaria al condicionarla a “aceptar la supervisión y control de un agente de probation, con el objetivo de evitar la reincidencia”.

Una institución que presenta ciertas dificultades para esta investigación es la de la libertad condicional. Su pertenencia al grupo de penas comunitarias es discutida, puesto que si bien se cumple en comunidad y se ejecuta con supervisión, no está destinada a evitar la entrada en prisión como las otras y para algunos no constituye propiamente una pena (sino una forma de ejecución de la misma o incluso un beneficio)<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> En este sentido, en la discusión anglosajona se puede ver que mientras algunos escogen el más amplio “sanciones y medidas comunitarias” (adoptando la terminología del Consejo de Europa), otros prefieren el más restrictivo “penas comunitarias” [*community penalties*]. En el concepto amplio de “sanciones y medidas comunitarias”, se incorporarían todas las formas que puede adoptar la supervisión de penados en la comunidad (Robinson, McNeill, y Maruna 2014, 151). Raynor (2012, 928) afirma que a menudo las discusiones en torno a “penas comunitarias”, excluyen a una gran proporción de penados que efectivamente son supervisados por los mismos servicios de probation puesto que su condena original era privativa de libertad y están cumpliendo alguna forma de salida condicional o libertad condicional.

En España, la libertad condicional tiene un régimen de supervisión un poco más complejo que las penas comunitarias que estudiaremos<sup>35</sup>. Al igual que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre está condicionada a la no comisión de nuevos delitos y puede condicionarse además a otros deberes y obligaciones. En este sentido, presenta las características propias de una pena comunitaria. Por otra parte y desde un punto de vista más formal, luego de la reforma operada por la LO 1/2015, la libertad condicional muta su naturaleza, pasando de ser una forma de cumplimiento de la pena de prisión (de acuerdo al antiguo artículo 93 CP), a constituir una suspensión de la pena de prisión (actual artículo 90 y siguientes del CP). Así, ahora no sólo materialmente, sino que formalmente esta figura se acerca a las penas comunitarias españolas (concretamente, a la suspensión con reglas de conducta, a la que se remite, entre otras cuestiones, a efectos de imposición de obligaciones y de revocación).

Pese a que hay buenas razones para considerar la libertad condicional como una pena comunitaria, esta tesis se dedicará al estudio de las penas comunitarias de *front end* o de puerta principal, en un esfuerzo por acotar el ámbito de estudio, además de las razones de orden teórico apuntadas anteriormente.

Las instituciones que en España constituyen penas comunitarias, de acuerdo a los elementos recién estudiados, son los trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con reglas de conducta (participación en programas formativos, sometimiento a tratamiento de drogas). Estas son figuras que: a) son la consecuencia de una declaración de culpabilidad de un sujeto en el contexto de un proceso penal; b) infringen una restricción personal al penado, consistente en una obligación de hacer; c) se cumplen en libertad; y d) son efectivamente supervisadas por la Administración mediante un agente penal.

### **3. Justificación y fines de las penas comunitarias**

Las teorías de justificación del castigo, y los modelos punitivos a los que cada una da lugar son de importancia central para la criminología. En este apartado intentaré clarificar qué lugar ocupan las penas comunitarias en cada modelo y cómo se justifica este

---

<sup>35</sup> El seguimiento y control de los liberados condicionales depende de los servicios sociales penitenciarios, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente. Con este fin, la Junta de Tratamiento elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo (ver artículo 200 Reglamento penitenciario).

tipo de penas de acuerdo a los principios de cada teoría. Así, más relevante que la discusión filosófica en torno a la justificación del castigo, interesan los modelos punitivos.

Resulta muy difícil diferenciar en la literatura entre justificación del castigo, fines y funciones del castigo y principios limitadores del mismo. Esto ocurre en parte, porque cuando un autor ofrece una justificación de la pena, normalmente acepta las otras teorías como complementarias o limitadoras de la suya. No se ofrecen modelos puros. Pero además, toda institución social (como la pena) tiene valores y propósitos múltiples, lo cual conlleva en ocasiones a inconsistencias y conflictos internos y tensiones (Allen 1959, 227).

### 3.1 Teorías del merecimiento

El denominado “retribucionismo” tiene historia en la filosofía que se puede rastrear hasta Kant y Hegel, pero es en los años 60 y 70 en que gana un nuevo protagonismo a través de trabajos en que se actualiza y emerge teoría del merecimiento o “merecimiento justo”<sup>36</sup> –*just desert*– (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 102). Es a estos últimos desarrollos a los que me referiré en este apartado. Las teorías que se aúnan bajo la idea del merecimiento coinciden en la premisa de que el castigo penal se justifica puesto que su destinatario lo merece<sup>37</sup> y que la severidad de la pena debería estar determinada principalmente por la gravedad del delito cometido (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 599; von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 102).

Hay dos obstáculos para las penas comunitarias en el modelo del merecimiento: en primer lugar, la preeminencia de la prisión en el mismo y en segundo lugar, la desconfianza en la intervención penal (tratamiento) en las personas que ha llevado a que en sus modelos incluyan con mayor énfasis las alternativas sin intervención como la multa. En principio, parece que la pena de prisión encaja muy bien aquí, porque permite una medición casi aritmética del sufrimiento infligido, lo que resulta muy conveniente en aras del principio de

---

<sup>36</sup> En España se suele referir al “just desert” como merecimiento. Creo que es la opción de traducción más acertada, ya que se debe considerar el “just desert” como un concepto (idiotismo), una creación por sus promotores que cobra un sentido propio independiente de cada una de las palabras que lo conforman. Por lo demás el “just” en “just desert” tiene la riqueza de dos sentidos diferentes: una posibilidad es a justo (justicia) y la otra es a “solo”. Así, se puede interpretar una teoría que proclama el merecimiento como única justificación de la pena (sólo merecimiento) y al mismo tiempo a una teoría que defiende una justicia retributiva.

<sup>37</sup> Lo merece por responsabilidad, porque con el delito obtuvo una ventaja injusta, o porque el castigo comunica el reproche que merece su conducta (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 102).

proporcionalidad que juega un rol central en estas teorías<sup>38</sup> (Cid 2007, 153). Sobre este tema volveré más abajo.

Pese a que las penas comunitarias presentan una mayor dificultad a la hora de valorar su severidad (tanto absoluta como comparativa), estas penas son posibles de encajar en un modelo proporcional. Ya de forma intuitiva, se puede decir que las penas permiten un abanico más amplio de penas, que puede ayudar a garantizar de mejor forma que la respuesta al injusto del delito sea proporcional (Morris y Tonry 1991). Y más específicamente, las penas comunitarias requieren de una restricción personal, que es un elemento punitivo (Bottoms, Gelsthorpe, y Rex 2001), necesario para las teorías del merecimiento.

En particular, se han enfatizado dos aspectos de la teoría del merecimiento que respaldan y fortalecen a las penas comunitarias: en primer lugar, esta teoría permite que la gran mayoría de delitos sean tratados con penas no privativas de libertad, que deben reservarse únicamente para delitos de mayor gravedad<sup>39</sup>. En segundo lugar, la idea del merecimiento se refiere únicamente a la severidad de las penas, no a su forma particular, lo cual permite una flexibilidad considerable para el uso de las penas comunitarias de diversos tipos. Asimismo en estos modelos se permite la sustitución entre penas de similar severidad (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 599 s.).

Los teóricos del merecimiento han insistido en que las penas privativas de libertad deben reservarse únicamente para los delitos más graves. Sin embargo, en la década de los 70, cuando el merecimiento emergía con gran repercusión (en el movimiento de las *sentencing guidelines* y alguna legislación inglesa, por ejemplo), este se concentró en la pena de prisión para procurar su aplicación previsible y proporcional (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 596). Dado que las *sentencing guidelines* no lograron reducir el uso de la prisión, y que las penas comunitarias no reemplazaron a la prisión sino que desplazaron a la probation, se hicieron esfuerzos por integrar estas penas en el modelo proporcional, para propiciar que jueces las aplicaran con mayor frecuencia como penas propiamente tales y no como meras alternativas a la pena de prisión (von Hirsch 1993, 58).

---

<sup>38</sup> Se puede medir la proporcionalidad relativa de las penas con cierta facilidad. El problema se plantea respecto de la proporcionalidad absoluta.

<sup>39</sup> Por ejemplo, en las *guidelines* originales de Minnesota, la prisión se reservaba para los delitos más graves: básicamente delitos contra las personas y para quienes tenían extensos antecedentes penales (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 596).

En 1989, von Hirsch et al., confeccionan el modelo Hirsch-Wasik-Greene para los “castigos en la comunidad”, en el que proponen una idea de cómo estas penas pueden ser vistas desde el enfoque del merecimiento. Como expliqué con anterioridad, en el modelo proporcional que sugiere el merecimiento, no sólo tienen cabida las penas comunitarias, sino que ocupan un lugar muy amplio.

Lo que los autores proponen es un sistema de penas calibrado ordinalmente de acuerdo a su severidad y que, además, contemple la posibilidad de sustituciones entre penas. Consideran la posibilidad de que si las penas A y B son sanciones de distinto tipo, pero que ostentan aproximadamente la misma severidad, entonces B puede ser sustituida por A sin infringir los límites que impone el merecimiento. Consecuentemente, “uno entonces podría incluso elegir entre las dos sanciones de severidad equivalente, A y B, por motivos de prevención ya que hacerlo no alteraría la onerosidad del castigo”. En cuanto a la extensión que la sustituibilidad debe tener en el modelo, se inclinan por un modelo de sustituibilidad parcial o limitada, frente a un modelo sin sustitución o uno de sustitución completa (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 600-606).

Dicho modelo, cuya figura representativa copio aquí como “Ilustración 1”, ordena las penas en seis bandas, desde prisión, hasta la amonestación judicial. Para las bandas extremas no contempla sustitutivos, para las demás sí. Así, por ejemplo una pena de multa sustancial (más de 60 días de salario), podría sustituirse (de acuerdo a los autores) por supervisión intensiva para individuos “dóciles” –*responsive*– y TBC para los insolventes<sup>40</sup>. Hay que reconocer, eso sí, que las penas con intervención o supervisión como la probation<sup>41</sup> e incluso el TBC no son penas aplicables por defecto, sino que operan siempre como sustitutivas de otras.

Este modelo puede parecer demasiado duro en un sistema como el español en el que muy pocas penas podrían sustituirse. Sin embargo, hay que recordar que estos autores también abogan por una reducción de la severidad de las penas general en el sistema punitivo, lo que suaviza su aparente dureza y es lo que explica, además, que los sustitutivos parezcan más severos que las penas originales. Las penas proporcionales deben ser penas moderadas y existen razones esgrimidas desde el merecimiento para una “parsimonia penal” (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 105; Frase 2009, 137-38 [2004]). Por otra

---

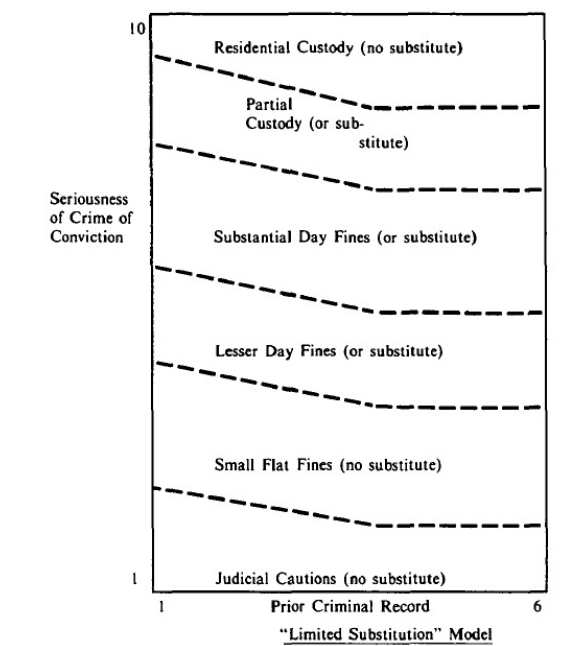
<sup>40</sup> Para revisar los sustitutos en las otras bandas, vid. (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989).

<sup>41</sup> Respecto de la probation afirman que, incluso aunque se trate de una pena con un potencial rehabilitador, siempre debe considerarse su carácter punitivo para el penado.

parte, como los mismos autores señalan, las penas reseñadas son sólo ejemplos y el modelo da lugar para usar otras sanciones como los sustitutos recomendados (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 606). Por estas razones, el modelo se defiende por Cid<sup>42</sup> y Larrauri en 1997 como el que mejor puede ayudar a disminuir el uso de la prisión, admitiendo elementos individualizadores en la pena en términos de “ayuda” (1997, 26-28). Pese a las prevenciones anteriores, es necesario reconocer que el modelo es abstracto e indeterminado y que, pese a abogar por una reducción general en la severidad de las penas, permite que sobre su base se construyan modelos que contemplen la prisión como respuesta admisible para delitos de menos gravedad<sup>43</sup> (Cid 2007, 152-53; Cid 2009, 30).

Por último, resulta imprescindible para hacer las equivalencias un criterio que permita iluminar la sustitución entre penas (por sentido común no es coherente la sustitución de un día de multa por un día de prisión, por ejemplo). A continuación explicaré el criterio que los autores han desarrollado con tal fin.

Ilustración 1 Modelo de Sustitución limitada (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989)



Una cuestión previa aquí, es la específica calibración de la severidad de las penas comunitarias. El modelo del merecimiento propone la confección de dos escalas paralelas, que gradúen la gravedad de delitos y severidad de penas, para que a mayor intensidad en la

<sup>42</sup> En años posteriores Cid defiende el modelo rehabilitador.

<sup>43</sup> Este vínculo del merecimiento con la pena de prisión se puede explicar para Cid en el sustrato talionar del retribucionismo: “de acuerdo al cual la pena de muerte –o sus sustitutos modernos: la cadena perpetua o las penas de prisión de veinte o más años– son la pena adecuada para los delitos más graves” (Cid 2007, 153).

gravedad del delito, corresponda una pena mayor (von Hirsch 2009, 143 [1992]). Ordenar los delitos de acuerdo a su gravedad ha demostrado ser una labor muy intrincada y cuestionada. Si bien la ordenación de las penas ha recibido menos atención y presentado menos debate, sigue siendo un asunto complejo. Hay dos formas de enfrentarlo: desde aproximaciones de carácter subjetivo (encuestas acerca de la incomodidad o severidad comparativa de las penas, que miden la sensación de desagrado típicamente percibida por la población<sup>44</sup>) hasta otras de carácter normativo, que miden el nivel de restricción de derechos de una determinada pena (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 607-9).

En 1991, von Hirsch y Jareborg se hicieron cargo las críticas a la indeterminación y subjetividad de los criterios para ordenar delitos (los principales problemas se desarrollaban en el ámbito de los delitos), respondiendo con una idea que pertenece a los enfoques normativos: el criterio del estándar de vida. Posteriormente, es este mismo criterio el que se aplica para calibrar la severidad de la pena. Desde esta perspectiva, la severidad de una pena no depende de la sensación de incomodidad de la misma para un individuo o un grupo de individuos, sino del grado en el que dicha sanción interfiere en los intereses de las personas (von Hirsch 2009, 146 [1992]).

Ahora bien, aún decidir qué intereses son más relevantes que otros podría tener un carácter subjetivo o indeterminado, para ello los autores utilizan el criterio del estándar de vida, es decir: el valor del interés afectado se medirá de acuerdo a como estos típicamente afectan el estándar de vida de una persona. Es decir, el criterio se refiere a los medios y capacidades que permiten habitualmente a las personas la consecución de una buena vida (von Hirsch y Jareborg 1991, 10-11; von Hirsch 2009, 146 [1992]). Así, una pena será más severa cuando afecte intereses que sean más imprescindibles para llevar una buena vida<sup>45</sup>, con independencia del valor (mayor o menor) que el propio penado asigne a dicho interés. Para ilustrar, los autores han propuesto algunos ejemplos: la pena de prisión es la más severa debido a que los intereses de libertad e intimidad se consideran esenciales para una vida decente. Tanto multa como trabajos en beneficio de la comunidad son sanciones de carácter económico, pero la segunda además restringe la libertad de movimiento al requerir

---

<sup>44</sup> Existen estudios respecto de población general como penada cuyos resultados no suelen divergir.

<sup>45</sup> El criterio se utiliza en primer lugar como criterio para la medición de la gravedad de un delito. De acuerdo a los autores, esta se calibra gracias a dos elementos: culpabilidad y daño. El segundo elemento se mide con el criterio del estándar de vida, al igual que la severidad de la pena. Lo cual hace más evidente el carácter de causante de daño de la pena. En otras palabras: el criterio para medir la dañosidad de un delito es el mismo que para medir la severidad de la pena.

Estos intereses son los que en teoría del delito denominaremos “bienes jurídicos”.



que el trabajo se realice en determinado lugar (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 608) y por lo tanto es más severa y en caso de sustituibilidad una jornada de TBC debe considerarse equivalente a más de un día multa.

Como adelanté, este criterio trae aparejadas consecuencias para la sustitución entre penas. El CP español (1995) contiene ciertas normas de sustitución que da una idea de qué es aproximadamente equivalente para la Ley penal española. Así por ejemplo, la responsabilidad personal subsidiaria (RPS) por impago de multa regulada en el artículo 53 CP establece la equivalencia de un día de privación de libertad por dos cuotas diarias de multa no satisfechas. Y la posibilidad de cumplir esta RPS mediante trabajos en beneficio de la comunidad, estableciendo una equivalencia de una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad.

Esta era la misma regla que se aplicaba a la sustitución penal regulada en el antiguo art. 88 CP<sup>46</sup>: Las penas de prisión de hasta dos años se podían sustituir por multa o TBC, siendo la regla de conversión: un día de prisión por una jornada de TBC y un día de prisión por dos días multa. Luego de la reforma al CP operada por a LO 1/2015, el sistema de sustitución pasa a ser una forma específica de suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad regulada en el art. 84 y aliviana y flexibiliza la regla de conversión, que *se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración* o, en el caso de la multa, *no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración*. Cambio recibido gratamente por los diversos agentes de ejecución, que advertían la enorme dificultad de cumplimiento de, por ejemplo, 365 jornadas de TBC que eran el equivalente a un año de prisión sustituido.

### 3.2 Teorías utilitaristas

Se les denomina utilitaristas porque fundamentan la pena en su utilidad para la consecución de un objetivo distinto del mero castigo. Se sustentan en la idea de que la única justificación posible para un mal (el castigo) es la persecución de un bien (Bentham 2007, 170 [1780]). Concretamente, “la justificación del castigo y la medida del castigo se

---

<sup>46</sup> Hoy sin contenido alguno tras la reforma al CP operada por la LO 1/2015.

encuentran en el cálculo de su utilidad comparada con las desutilidades<sup>47</sup> concomitantes” (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 39). Dentro de las teorías utilitaristas, destacan principalmente la de la rehabilitación, la de la prevención general negativa y la de la incapacitación. A estas tres dedicaré las siguientes secciones. Además de pertenecer a las teorías utilitarias, las tres son justificaciones prevencionistas, ya que el bien que se pretende alcanzar con el castigo (y que por tanto lo justifica) es la evitación de delitos. La prevención puede ser general (el receptor es la comunidad) o especial (el receptor es el penado) y puede ser positiva (se persigue la adhesión a la norma penal) o negativa (su objeto es la disuasión del destinatario a cometer delitos)<sup>48</sup>.

### 3.2.1 Prevención o disuasión general

En esta sección trataré la prevención general (negativa). El inglés, “*general deterrence*”, pone un mayor énfasis en el aspecto subjetivo de esta teoría o el mecanismo por el que pretende alcanzar su objetivo (puede traducirse como disuasión general), mientras que en la versión española de la teoría se acentúa el aspecto consecuencialista de la misma (prevención general). De acuerdo a esta teoría, se puede justificar el castigo en la medida que constituye una amenaza para evitar delitos mediante la disuasión de potenciales delincuentes. Desde una perspectiva subjetiva, se trata de conseguir un cumplimiento instrumental para el sujeto a motivar, basado en el desincentivo de la pena para la comisión de cierta conducta<sup>49</sup>.

Esta teoría se puede rastrear hasta el siglo XVII, cuando Bentham afirmó que, siendo la pena un mal en sí mismo, no podría tener otra justificación que la de un bien que se pretende conseguir mediante el castigo:

*La prevención general debería ser el fin principal de la pena, ya que es su justificación real. Si pudiéramos considerar que un delito se ha cometido como un hecho aislado, como los que nunca se repiten, el castigo sería inútil. Sería solamente agregar un mal a otro. Pero si tenemos en cuenta que un crimen impune deja el camino de la delincuencia abierto no sólo para el mismo*

---

<sup>47</sup> Pese a que la RAE no recoge este concepto, en economía se acepta su uso (recibido del inglés) para referirse a lo opuesto a “utilidades” (disutilities).

<sup>48</sup> En este esquema, la prevención especial positiva corresponde a la rehabilitación como justificación de la pena.

<sup>49</sup> En ocasiones, la teoría de la prevención general se aúna con las del merecimiento por tener cuestiones en común, no tanto en su filosofía, sino en el modelo al que da lugar. Así lo hace Cid (2009, 29-30; 2007, 152), quien explica el modelo proporcionalista en el que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y así es defendido tanto por retribucionistas como por estos utilitaristas. Pese a que el modelo al que da lugar la teoría de la prevención general puede ser similar en algunos aspectos al del merecimiento o, en el peor de los casos, compatible con este, es necesario para esta tesis desarrollarlo brevemente para encontrar el lugar de las penas comunitarias en el mismo.

*delincuente, sino también a todos aquellos que tengan los mismos motivos y oportunidades para entrar en él, percibimos que el castigo infligido a un individuo se convierte en una fuente de seguridad para todos. Que el castigo, que, considerado en sí misma, parecía vulgar y repugnante para todos los sentimientos generosos, se eleva a beneficio prioritario, cuando no se considera como un acto de ira o de venganza contra una persona culpable o desafortunada que ha dado paso a inclinaciones maliciosas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad común. (Bentham 2009, 54 [1830])*

En Italia, Beccaria defendía que

*“El fin [de las penas], pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” (2014, 64 [1764]). “¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres (...) Un daño hecho, y que no tiene remedio, no puede ser castigado por la sociedad política sino cuando influye sobre los otros ciudadanos con la lisonja de la impunidad” (2014, 73 [1764]).*

Estas formas de justificación de la pena han sido criticadas por algunos que exigen que, siendo teorías que se basan en una supuesta consecuencia que se persigue de la pena, para demostrar su validez, tendrían que ser capaces de demostrar su efectividad, es decir, que fuera empíricamente comprobable que las penas disuaden y por tanto, que las penas evitan delitos<sup>50</sup> (von Hirsch et al. 1999; Cid y Larrauri 2001). La afirmación de la idea preventiva de la pena, presupone averiguar “(1) si acaso la gente es disuadida por amenazas; (2) si el sistema de justicia penal en su conjunto tiene un efecto disuasorio en el delito; (3) los efectos disuasivos marginales de cambiar la certeza del castigo, es decir, de alterar el posibilidad de ser de un delincuente detenido y/o condenado por un delito; y (4) los efectos disuasivos marginales de cambiar la severidad del castigo mediante cambios en la legislación penal (sentencing policy)” (von Hirsch et al. 1999, 1).

Alejándome de dicha discusión sobre la validez empírica de la prevención general con la siempre oportuna excusa de que no es relevante para el objeto de esta tesis, pasaré a analizar qué espacio tienen las penas comunitarias en el modelo preventivo. O, al menos, cómo pueden los principios de este modelo afectar el devenir de las penas comunitarias.

Reduciendo al extremo la idea de prevención general, ya desde Bentham, se afirma que pueden disuadir del delito la severidad del castigo esperado, la certeza del castigo (probabilidad de ser detenido/condenado) y la rapidez con que dichos efectos no deseados

---

<sup>50</sup> Se aleja mucho del objeto de esta tesis la revisión de estudios que confirman o ponen en duda las teorías utilitaristas. Aquí remito al libro de von Hirsh, Bottoms, Burney y Wikström “Criminal Deterrence and Sentence Severity” (1999)

se hagan realidad. Es decir, una pena tendrá efecto disuasorio en la medida que sea severa, que el castigo a recibir sea cierto y que sea esperable que esta consecuencia llegará prontamente. Estos tres requisitos, además, estarán mediados por la percepción que de estos tengan los sujetos a los que está dirigida la amenaza. A continuación explicaré estos asuntos, intentando vincularlos a la realidad específica de las penas comunitarias.

El elemento de severidad es el que más se ha enfatizado al estudiar la prevención general, en este sentido, cuanto más severa sea una pena más capaz sería de disuadir al potencial delincuente de cometer un delito. Las penas comunitarias tienen cierta relevancia aquí, ya que si bien la prisión se reconoce como la pena más severa (en un sistema penal respetuoso de los derechos humanos), las penas comunitarias incorporan un componente aflictivo (restricción personal) a las penas alternativas meramente nominales y patrimoniales. En ocasiones tienen un carácter predominantemente punitivo (TBC) y en otras, como en los programas formativos, si bien tienen un carácter más “rehabilitador”, no puede desestimarse que toda intervención tiene un elemento aflictivo en la vida de la persona (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989; Durnescu 2011). En la última etapa de las penas comunitarias se puede apreciar además un viraje punitivo en las mismas (thoughness) con la aparición de la probation intensiva (ver *supra*).

De nada sirve la severidad del castigo si esta no va acompañada de la certeza de su aplicación. De hecho Posner (2009, 67 [1985]) afirma que la gran severidad de una pena, refleja la baja probabilidad de castigo más que el alto coste social del delito, es decir, que si una pena es muy severa (por ejemplo la pena de muerte), ello es indicativo de su escasa y poca probabilidad de aplicación y no de que cometer el delito que la tiene asignada tenga un coste social verdaderamente elevado.

Se puede utilizar una fórmula para explicar la relevancia de la certidumbre de castigo y ponerlo en perspectiva. Así, por ejemplo, económicamente el riesgo es el mismo si es que tienes una probabilidad en mil de ser condenado a diez años que 10 probabilidades en 100 a ser condenado a un año (Drago, Galbiati, y Vertova 2013). El factor que varía es la certeza y ese tendría una incidencia fundamental en las supuestas decisiones de delinquir del hombre económico. De manera que, en el caso del ejemplo, aunque económicamente el riesgo sea el mismo, la condena a 1 año podría ser más disuasoria puesto que la probabilidad del castigo aumenta.

En este sentido, las penas comunitarias también pueden resultar de una relevancia significativa, incluso más que en el asunto de la severidad. Un sistema penal que sólo tiene como recurso de intimidación la prisión, es insostenible en términos de certeza. Es decir, si es que la única pena existente para disuadir a la población de cometer delitos es la pena de prisión, en la práctica ello significaría que una parte relevante de conductas indeseadas socialmente quedarían impunes, ya que es insostenible pensar en un sistema que de abasto para responder a toda conducta delictiva con prisión de forma relativamente cierta.

Por último, se afirma que para que una pena tenga efectos disuasorios, la severidad y certeza de un castigo son insuficientes si es que no se impone (y ejecuta) con prontitud respecto del hecho reprobado. En este último punto, quizás la incidencia de las penas comunitarias parece menor, sobre todo porque es el elemento menos estudiado de la prevención general y en ocasiones incluso olvidado. Sin embargo, en derecho procesal penal, son los hechos constitutivos de delito para los que se puede prever una pena más elevada (y por tanto privativa de libertad) aquellos que exigen un procedimiento más complejo y extenso, previendo todas las etapas, plazos y recursos del proceso penal. Mientras que los procedimientos más simples y breves, se reservan para aquellos hechos en que la pena en juego no es tan severa. De esta forma, teóricamente al menos, un sistema penológico que integre penas comunitarias será capaz de ofrecer procesos más breves. Ahora bien, el principio de celeridad exige no sólo una condena pronta, sino que también una ejecución temprana también y esto último ya dependerá del concreto sistema penitenciario del que se trate.

Se ha afirmado que la prevención tiene un carácter doblemente subjetivo, puesto que depende tanto de la percepción como de la motivación del sujeto destinatario de la amenaza (von Hirsch et al. 1999, 6). En primer lugar, la amenaza relevante para la disuasión no es la amenaza real, sino la percibida. En este sentido, es capaz de disuadir la certeza, la severidad y la celeridad del castigo que el sujeto percibe de acuerdo a la información de la que dispone. En segundo lugar, se requiere que las personas adecúen su actuar conforme la amenaza (motivación). Este asunto está vinculado con la idea de persona sobre la que se construye este modelo: un ser económico y racional y consecuentemente se despiertan los debates en torno a si esta idea de potencial delincuente es real.

Resulta fundamental saber qué conocen los destinatarios de la amenaza acerca de las penas comunitarias. Diversas investigaciones se han realizado para conocer las percepciones del público<sup>51</sup> respecto del sistema de justicia penal, la labor de los jueces y la aplicación de penas. Estas suelen tener por objeto conocer las percepciones y actitudes de la población, destacando principalmente aquellos que intentan medir el punitivismo de la comunidad. Estas mismas investigaciones han demostrado que, en general, la población cree que las penas que se aplican son menos severas que las que los jueces realmente imponen (Maruna y King 2004) de manera que los aumentos en la severidad de la pena o las políticas que buscan incidir en aumentar la tasa de detenciones, de condenas y de ejecución de las mismas pueden tener nulo efecto en la disuasión de delitos futuros, ya que pueden pasar desapercibidas para la población que se pretende disuadir.

### **3.2.2 Rehabilitación**

De acuerdo a esta concepción, el castigo se justifica si se orienta a la rehabilitación. Se castiga y se deja de castigar basado en dicha premisa. Consecuentemente, el contenido del castigo debe diseñarse para que la persona no vuelva a delinquir y, en definitiva, se transforme en ciudadano respetuoso de la ley (Allen 1959; Muñoz Conde 1979; von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009; Cid 2009; Robinson 2007a).

Ya resulta revelador el hecho de que no se le llame habitualmente teoría, sino que se la conozca bajo el nombre de “ideal rehabilitador” (Allen 1959). No se trata de que carezcan de calidad teórica ni mucho menos. A mi parecer con esta nomenclatura se enfatizan dos elementos propios de las teorías rehabilitadoras: (a) la rehabilitación como un bien a perseguir (ideal en sentido de “modelo” o “meta”); y (b) que forma parte de las creencias y valores de una persona o grupo de personas que realizan ciertas prácticas conforme a ello (ideal en el sentido de valor).

Ya me referí al ideal rehabilitador al retratar el surgimiento de la probation en el siglo XIX, pero ahora haré referencia a su evolución posterior y su mayor apogeo en la década del 60<sup>52</sup>. Lo hago por ser este el de mayor repercusión y cuyo modelo correccional

---

<sup>51</sup> Otro grupo de investigaciones tienen como sujeto de investigación únicamente personas que han sido condenadas o han tenido alguna aproximación con el sistema penal. Estos estudios pueden ser relevantes en clave de prevención especial negativa.

<sup>52</sup> Haciendo un breve resumen de la evolución del ideal rehabilitador (Nellis 2001; Raynor y Robinson 2009), se puede decir que en sus inicios se procuraba la reforma mediante la educación, la contemplación y la ayuda de Dios para salvar su alma, posteriormente, la rehabilitación correccional, es aquella que mediante un tratamiento de carácter psicológico, pretende cambiar el carácter y/o la conducta del delincuente, luego se afirmó que se podía cambiar la conducta del penado enseñándole ciertos aprendizajes sociales a los que no

es paradigmático hasta la actualidad al hablar de rehabilitación (Raynor y Robinson 2009, 5). De acuerdo a Allen (1959), las dos principales diferencias entre la idea previa de rehabilitación en el sistema de justicia penal y la idea moderna son el desarrollo científico y la popularidad académica. Es decir, en primer lugar, la rehabilitación moderna viene acompañada (y se deriva) del desarrollo de diferentes disciplinas científicas dedicadas al comportamiento humano y, en segundo lugar, goza de una completa atención teórica y académica como ningún otro asunto lo había hecho en la criminología.

Siguiendo al mismo autor, el ideal rehabilitador reposa sobre varias asunciones: el comportamiento humano tiene causas antecedentes; dichas causas son identificables y los científicos tienen obligación de descubrirlas y describirlas rigurosamente; y el conocimiento de las causas del comportamiento hace posible una aproximación científica al control de la conducta humana. Luego, en el ámbito de la criminalidad, las posteriores asunciones son que las medidas empleadas para el tratamiento del penado deberían obedecer a una función terapéutica; y que tales medidas deberían ser diseñadas para efectuar cambios en el comportamiento del penado en su propio interés y el de la sociedad.

El concepto “rehabilitación” en criminología es uno bastante ambiguo (Allen 1959; Muñoz Conde 1979; McGuire 2005; Raynor y Robinson 2009; McNeill 2015; Allen 2009). Esto se debe en parte a que con él, puede referirse tanto a la meta a conseguir como al proceso mediante el cual pretende conseguirse (Robinson 2007b, 261). Si se retrocede un paso, la rehabilitación como concepto genérico también se refiere tanto al proceso como al efecto de rehabilitar (RAE). Y tiene principalmente dos ámbitos de aplicación: en el derecho y en la medicina. Así lo confirma la RAE<sup>53</sup>, que contiene dos definiciones del derecho (la segunda criminológica) y una médica. En derecho, la rehabilitación es la acción de reponer a alguien de lo que había sido desposeído (legítima o ilegítimamente), así por ejemplo la rehabilitación de derechos civiles. En medicina, en cambio, rehabilitación es el “conjunto de métodos que tiene por finalidad la recuperación de una actividad o función

---

había accedido por una socialización desfavorecida. Por último, se busca que poniendo énfasis en la reinserción social del penado (hospedaje, educación, entrenamiento y trabajo), se logre su inclusión social. La cuestión es que todos estos perviven de alguna u otra manera en los discursos sobre rehabilitación, provocando en ocasiones diálogos entrecruzados.

<sup>53</sup> “1. f. Acción y efecto de rehabilitar.

2. f. Der. Acción de reponer a alguien en la posesión de lo que le había sido desposeído.

3. f. Der. Reintegración legal del crédito, honra y capacidad para el ejercicio de los cargos, derechos, dignidades, etc., de que alguien fue privado.

4. f. Med. Conjunto de métodos que tiene por finalidad la recuperación de una actividad o función perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad”.

Para “rehabilitar”: “1. tr. Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado.”

perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad”<sup>54</sup>. Ambos enfoques sirven para dar cuenta de las dos facetas de la rehabilitación: la que pretende tratar en la persona un cierto déficit y la reintegración de la persona en la comunidad, con sus derechos, confianza y prestigio “rehabilitados”. Ambos elementos aparecen presentes en la literatura criminológica referente a la rehabilitación.

James McGuire reconoce estos dos posibles significados de rehabilitación (2005, 98), pero enseguida aclara que “cuando el término se refiere al trabajo con delincuentes, a menudo es empleado para hacer referencia a una reducción de la reincidencia criminal” (McGuire 2005, 98-99). Aquí aparece otro elemento: la finalidad preventiva de la rehabilitación.

En la definición del Diccionario Jurídico de Oxford, están ambos elementos, pero con acento en el componente del cambio de comportamiento; tanto así que se identifica “rehabilitación” con “tratamiento”. De acuerdo a esta idea, la segunda acepción de rehabilitación (reinserción) no es sino consecuencia de la primera:

*El tratamiento dirigido a mejorar el carácter o la conducta de un delincuente (incluyendo educación, asesoramiento, empleo, formación, etc.) que se lleva a cabo con el objetivo de reintegrar al delincuente en la sociedad. (Law 2015).*

En esta definición de rehabilitación hay dos objetivos: uno mediato y otro inmediato. El inmediato es el cambio de comportamiento y el mediato es la reinserción. El elemento preventivo (disminución de la reincidencia) está latente, pero no es explicitado.

Volviendo al concepto de rehabilitación genérico, es interesante reflexionar sobre los elementos que se pueden desprender de estos de acuerdo a Raynor y Robinson (2009, 2-13). En primer lugar, se refieren a un proceso; en segundo lugar, se trata de un proceso positivo, progresivo o de cambio “para mejor” (resultado); en tercer lugar implica una restauración, o volver a un estado anterior; y, por último, contemplan la intervención de terceros (Raynor y Robinson 2009, 3-4, 11). Es así por ejemplo si pensamos en la rehabilitación kinesiológica, rehabilitación de edificios o rehabilitación de derechos civiles. Y también en la rehabilitación de delincuentes: Se trata de un proceso mediante el cual progresivamente se pretende un cambio para bien, acompañado por un tercero. El contenido de dicho proceso, el estado que se pretende alcanzar y el rol del tercero puede

---

<sup>54</sup> Una reflexión más extensa, pero referida al uso de la palabra en inglés, en (Raynor y Robinson 2009, 2-4).



variar en la de acuerdo al ideal rehabilitador concreto, o la perspectiva que se tenga respecto de la rehabilitación.

- a) Rehabilitación-resultado: la disminución de la reincidencia (McGuire 2005, 99). Este resultado se considera beneficioso tanto para el penado como para la comunidad (Raynor y Robinson 2009, 25-30). Pero no basta con afirmar el objeto de reducir en la persona la tendencia a cometer delitos, sino que se pone énfasis en los medios utilizados para tratar de lograr ese objetivo (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 2).
- b) Rehabilitación-proceso: se utiliza la pena para intervenir en las causas que ocasionaron la delincuencia en primer lugar o, más recientemente, para favorecer el desistimiento de la misma (McNeill 2012). Estas pueden ser psicológicas, de aprendizaje o sociales. Así, el contenido de este proceso varía en dos sentidos: en primer lugar es individualizado (principio de adecuación: depende de las necesidades criminógenas concretas del caso) y en segundo lugar, depende de los avances de la ciencia de la conducta humana, conforme a los cuales se adecuarán los contenidos de la intervención. En esta última faceta se encuentra el arma de doble filo de la rehabilitación: si bien es flexible y permeable a los avances de la criminología, lo cual implica una vida de constante mejora (Allen 1959) al mismo tiempo que ello es un flanco apto para recibir constantes ataques, como el de los años 70 cuando la corriente del “What Works” parecía responderse con “Nothing Works” (Allen 2009, 14 [1981]).
- c) Restauración: en muchos casos, no se pretende volver a un estado anterior, ya que la persona puede nunca haber accedido a ciertos bienes o aprendizajes. Lo que se pretende, en cambio, al añadir el objetivo de no reincidencia con el proceso de rehabilitación reseñado en (a) y (b), es la “corrección” del penado en un ciudadano respetuoso de la Ley (Raynor y Robinson 2009; McNeill 2012) cuando es posible que no hubiera podido serlo antes de la rehabilitación. Un segundo sentido que se le puede dar a esta restauración o volver a un estado anterior, tiene que ver con su reinserción social en la comunidad. Esto es lo que McNeill denomina rehabilitación social y rehabilitación legal (McNeill 2012). Y lo que algunos han visto como un aporte en de la Europa continental en la discusión sobre la rehabilitación (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 2-3).
- d) Intervención de terceros: El aspecto relacional de la rehabilitación. Distintas personas intervienen en la ejecución de la pena. La relevancia de este elemento se

ha visto acentuada por la línea de investigaciones que han descubierto un potencial rehabilitador en la relación entre el penado y este agente que le acompaña, especialmente si este último despliega una serie de habilidades (Raynor, Ugwudike, y Vanstone 2013; Trotter 2015). Así, por ejemplo se ha pretendido aplicar el conocimiento adquirido mediante la investigación sobre legitimidad y cumplimiento iniciada por Tyler (1990), al contexto de las penas comunitarias. Se afirma que una aproximación de ese personal que reconoce la dignidad humana y los derechos de los penados controlaos, y les proporciona justicia procedimental (como la oportunidad de exponer su caso sin prisas en situaciones potencialmente conflictivas) hace probable la mejora en la legitimidad percibida de la pena comunitaria en cuestión, y consecuentemente asegura que los penados cumplirían más fácilmente los términos específicos de la pena comunitaria (Bottoms 2001, 103).

Como adelanté, la rehabilitación tiene inferencia en dos ámbitos en el sistema penal: (a) justificación de la pena: la razón para imponer una pena, como para dejar de imponerla es la rehabilitación del individuo; y (b) el contenido de la pena: se pone énfasis no tanto en el objetivo (disminución de la reincidencia), sino en los medios utilizados para tratar de lograr ese objetivo (von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009).

En un modelo rehabilitador, las penas comunitarias serán siempre la primera opción para responder al delito, dejando la pena de prisión reservada para casos excepcionales. Se privilegia la intervención en la comunidad, que permite el mantenimiento y fortalecimiento de vínculos relevantes para el desistimiento. De acuerdo a Cid, se puede recurrir a la prisión como pena en un modelo rehabilitador solo cuando además de haber un elevado riesgo de reiteración delictiva: (a) la persona rechaza voluntariamente el programa de rehabilitación que se considera necesario; o (b) el condenado ha incumplido voluntariamente con las reglas de conducta impuestas, sin que existan factores nuevos que permitan dar credibilidad a su compromiso (Cid 2009, 42). El hecho de que se admita el uso de la prisión en este modelo no implica rendirse respecto del individuo, ya que la prisión debe estar orientada a la rehabilitación, aunque se considere un ambiente menos propicio para este fin.

En España, el concepto de mayor repercusión en este ámbito es el de resocialización, recogido en el artículo 25 de la Constitución Española que en su segundo apartado reza: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán

orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...). Se ha estimado por la doctrina que ambas metas “reeducación” y “reinserción social” se entienden integradas en el macro concepto “resocialización”. Pese a que el precepto constitucional se refiere expresamente a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, se ha extendido su interpretación asumiendo que la resocialización es la orientación que ha de tener todo el sistema de penas<sup>55</sup>.

### 3.2.3 Incapacitación

Se pretende la defensa de la sociedad mediante la prevención de delitos retirando de la comunidad a los delincuentes, que no podrán delinquir pues no tendrán donde hacerlo. La tesis inicial se basa en premisas de fácil comprensión y muy atractivas e intuitivas: (a) quien delinquiró una vez volverá a hacerlo; (b) con los sujetos adecuados encerrados disminuye el delito (*right people locked up*) y; (c) pocos sujetos cometen la gran mayoría de delitos (Zimring y Hawkins 1995, 14-17).

De acuerdo a Zimring y Hawkins, esta teoría sirvió para justificar las prisiones y su construcción, ya que el ideal incapacitador encaja perfectamente con “lo que hace” la prisión: inocuizar (lo que no logran retribucionistas ni prevencionistas). Además, el control del delincuente para que no pueda delinquir opera como justificación de la prisión a nivel individual (en lo que la teoría de la prevención general es deficiente). Por último, resulta moralmente razonable castigar a quien cometió un delito con una pena que evite que cometa otros futuros.

El ideal incapacitador cobró nueva relevancia a partir del conocimiento que desentrañó una serie de investigaciones en EEUU en los años 80 de que pocos delincuentes eran responsables de un desproporcionado número de delitos graves (von Hirsch y Kazemian 2009, 95). Pero la promesa del mismo no ha sido cumplida, ni comprobada empíricamente (Zimring y Hawkins 1995, 47 y 58).

La implementación de sus principios presenta una serie de complejidades tanto en el ámbito práctico (instrumentos de medición de peligrosidad, selectividad, persistencia, sustitución, prevención marginal, entre otros) como en el ámbito ético-filosófico (límites de humanidad, instrumentalización de la persona, proporcionalidad, etc.).

---

<sup>55</sup> Ver el desarrollo del principio en Mapelli (2011, 32-33) y la aplicación concreta de este principio en Cid (2009).

*“En tanto estamos menos seguros acerca de que el penado vaya a violar los derechos de alguien más que de lo que estamos acerca de violar los derechos del penado, entonces tenemos que tener un extremo cuidado al violar los de este último”* (Bottoms y Brownsword 2009, 84 [1982]).

Destacan entre los modelos que admiten la incapacitación el Bottoms-Brownsword (2009 [1982]) que se construye desde la teoría de los derechos de Dworkin, y el modelo de Morris (2009 [1982]) quien parte de la base de que los instrumentos de predicción existen y resultaría ingenuo pensar que ese conocimiento (o el personal del juez) no va a utilizarse. Ambos dirimen acerca de la posibilidad del aumento de la pena por la peligrosidad del penado y plantean principios rectores para el desarrollo de dicha incapacitación selectiva.

En principio, parece ser que las penas comunitarias no tienen un lugar relevante de acuerdo a la teoría de la incapacitación debido a su vínculo ontológico con la pena de prisión, sin embargo, hay dos reflexiones que es necesario tener en cuenta para relativizar esta idea preliminar. En primer lugar, las penas comunitarias pueden ser la respuesta más adecuada para hacer el modelo de incapacitación sostenible, ya que la incapacitación defendida seriamente es de carácter selectiva y pretende la inocuización de un grupo determinado de delincuentes. Así, las penas comunitarias permitirían castigar a quienes presentan un riesgo medio o bajo de reincidencia sin tener que utilizar la prisión que se reserva para los perfiles de más alto riesgo.

En segundo lugar, la incapacitación es factible en cierta medida incluso en libertad. Esta posibilidad se hace evidente con el surgimiento de alternativas punitivas e incapacitadoras<sup>56</sup> (Bottoms 2001, 92-93; Cid y Larrauri 2005, 30-32; Hucklesby 2009). Con esto me refiero a los elementos de reciente desarrollo en los castigos en la comunidad que son tendientes a aumentar el control y la prevención situacional mediante barreras para cometer delitos en el medio libre. Destacan por ejemplo el control electrónico en sus dos vertientes: aquél que permite controlar que una persona no abandone un cierto espacio donde debe permanecer (arresto domiciliario) y aquél que permite cierta libertad de movimiento y rastrea los movimientos de quien lo usa para controlar que no se acerque a los lugares que tiene prohibido y al mismo tiempo permite conocer sus movimientos. También las propuestas en torno a la castración química tienen un componente evidentemente incapacitador.

---

<sup>56</sup> Más adelante en esta tesis, se defenderá que más que tratarse de elementos incapacitadores, estos instrumentos tecnológicos proveen de herramientas que incentivan un cumplimiento instrumental (ver en el capítulo 2, 5.2) y, en este sentido, serían relevantes en clave de prevención especial.

### 3.3 Sumario

En cada apartado se explicó de qué manera puede justificarse las penas alternativas y, específicamente, las penas comunitarias desde diferentes discursos: La pena comunitaria puede ser proporcional, puede intimidar, puede rehabilitar, puede contener elementos incapacitadores pero, ¿qué es lo que la caracteriza? ¿Cuál es el elemento que la hace valiosa? En mi opinión, hay dos elementos característicos de estas penas que pueden considerarse valores desde los cuales habitualmente se defienden:

En primer lugar, es necesario volver a la idea de que se trata de una alternativa a la prisión. De manera que son penas valiosas precisamente por evitar el recurso a la prisión (Larrauri 1998, 95; de la Cuesta 2002, 126-27). En segundo lugar, la pena comunitaria se caracteriza por la intervención en la vida del penado. La pena comunitaria aspira a ser rehabilitadora. Gracias a ella se ayuda y controla al penado en un proceso de transformación hacia una vida respetuosa de la Ley (Cullen y Gilbert 2009, 28 [1982]; von Hirsch, Ashworth, y Roberts 2009, 1-2). Ambas defensas pueden ser atacadas al realizar un análisis de la realidad en la puesta en práctica de estas penas. La primera la desarrollaré en el apartado siguiente y la segunda dice relación con la decadencia del ideal rehabilitador en los años 70.

Tabla 2 Sumario justificación

	Mecanismo prevención	Relevancia de las penas comunitarias
Merecimiento	No	*
Prevención General	Disuasión mediante amenaza	**
Rehabilitación	Reforma del penado	****
Incapacitación	Inocuidización	**

Elaboración propia.

Es cierto que la justificación de la pena que les da mejor sustento es la del ideal rehabilitador, sin embargo, se debe ser cuidadoso a la hora de defender estas penas únicamente por su potencialidad rehabilitadora (en el sentido utilitarista de reducción de reincidencia), ya que en esta afirmación subyace un reclamo de eficacia, que puede ser confrontado con una realidad que en ocasiones no es tan alentadora. Lo importante es justificar las penas comunitarias por lo que son y lo que significan: por evitar el recurso a la prisión y por sus pretensiones de eficacia.

En este sentido creo que McNeill y Weaver (2010, 13-14) asumen este déficit a la hora de justificar las políticas de apoyo al desistimiento (*desistance*) es problemática la

centralidad que la seguridad pública (*public protection*) ha ocupado en el debate, así, muchas veces se ha intentado justificar las políticas de apoyo al desistimiento a través de su eficacia: que son efectivas para la protección de bienes jurídicos. Si bien ello puede ser así, estos autores nos recuerdan que no todo riesgo es previsible ni todo daño prevenible, de manera que creo que hay que ser cuidadoso a la hora de justificar las penas comunitarias simplemente por su eficacia en la evitación de la reincidencia. Ya que si bien pueden ser más eficaces que otras medidas y su puesta en práctica con los requisitos y condiciones que los investigadores en desistimiento están descubriendo es posible, aún resulta difícil afirmar que sean más eficaces o menos costosas que otras medidas que intuitivamente brindan una sensación de mayor seguridad. Ello está directamente vinculado con las necesidades de credibilidad y legitimidad de las penas comunitarias (McNeill y Weaver 2010, 45).

Por su parte, Canton (2013) ha sostenido que, en efecto, el enfoque primario en la efectividad de la probation en términos instrumentales de rehabilitación (y/o en su valor punitivo) es dañino además puesto que, tanto en la discusión sobre la pena como en la ejecución de la misma, relega la importancia de los derechos humanos de los penados e incluso se los considera como obstáculos para la efectividad. El autor afirma la necesidad de anteponer al enfoque instrumental y al punitivo, un enfoque ético en la ejecución de la probation. Canton desarrolla la idea de la oblicuidad, de acuerdo a la cual la consecución de las metas más importantes se logran indirectamente, para sostener que, de hecho, establecer el respeto de los derechos humanos del penado como factor indispensable en la práctica de la probation, logrará la anhelada rehabilitación. Esta filosofía estaría a la base de las teorías del desistimiento, puesto que el cese de la vida delictiva se conseguiría no por medios directos (como interviniendo en los riesgos necesidades criminológicas del penado), sino propendiendo a construir una vida significativa por el penado. Argumenta esta idea, en parte, apoyándose en la relevancia de la relación personal entre el penado y el agente de probation en diversos estudios. Así, una relación personal con una atención respetuosa a los derechos y dignidad de las personas, resulta ser la base para una práctica efectiva. Una atención directa a lo ético y lo personal en cada una de las principales responsabilidades de la probation (rehabilitación, ejecución y seguridad pública tendría como consecuencia oblicua de ser más efectiva en los términos que la probation se impone.

Más allá de la justificación normativa de las penas comunitarias, es interesante cuestionarse sobre los argumentos que en la práctica dotan de legitimidad y hacen creíbles a las penas comunitarias en la actualidad, hasta el punto de que su utilización no ha cesado de

umentar. Recientemente, Robinson, McNeill y Maruna (2014) ofrecieron cuatro narrativas que ayudan a explicar la persistencia (e incluso vigor) de las sanciones comunitarias en el contexto actual, pese a que tanto el ideal rehabilitador como el bienestarismo penal hayan decaído. De acuerdo a estos autores, las penas comunitarias se han adaptado a los cambios del contexto, para permanecer siendo una respuesta coherente y creíble aun en la modernidad tardía. Estas adaptaciones implican no sólo un cambio en el discurso, sino también en el contenido, la justificación e incluso en la creación de nuevas penas comunitarias. Así, a) penas comunitarias y las instituciones que participan en su ejecución se han adaptado a un modelo “**gerencial**”, organizándose para la gestión y administración de penas, de penados y sus riesgos; b) las sanciones se han adaptado integrando y reconociendo su aspecto **punitivo**; c) se ha promovido la **rehabilitación** en un nuevo contexto, no por su humanidad y los beneficios para la vida del penado, sino enfatizando su valor instrumental para la protección del público y; d) se ha adaptado el discurso<sup>57</sup> y contenido<sup>58</sup> de las penas comunitarias incorporado un elemento **reparador** para dotarlas de nueva legitimidad.

#### 4. Expansión de las penas comunitarias y las tasas de prisión

*“De la misma forma que el número de gente encarcelada no está en una relación directa con el número de delitos que se producen en un país en un determinado momento histórico, tampoco la existencia de castigos alternativos y su aplicación garantizan por sí solos la posibilidad de disminuir la población reclusa” (Larrauri 1998, 91).*

Parece lógico que si la justificación de las penas comunitarias se encuentra, por una parte en su valor como alternativa a la prisión y, por otra, en su capacidad rehabilitadora, sean estos mismos reclamos por los que sean evaluadas posteriormente (Larrauri 1988, 775; Larrauri 1998, 95). Así, para Larrauri estas penas se evalúan con dos criterios: uno interno y otro externo. El criterio interno dice relación con “la adecuación” de las penas al delito cometido y en él cabe aunar en mi opinión tanto los requerimientos de proporcionalidad de la pena como de su capacidad para rehabilitar al penado. Mientras el criterio externo dice relación con posibilidad de las penas alternativas de reducir el uso de la pena de prisión. El primero ha sido referenciado en varias ocasiones con anterioridad en este capítulo (vid. 1.1

---

<sup>57</sup> De acuerdo a esta línea discursiva, la mejor forma de retribuir a la sociedad el daño realizado, es enderezando su vida.

<sup>58</sup> Con la incorporación del TBC y de la mediación.

y 3.2.2) y el segundo es de suma importancia para esta tesis que se ocupa del incumplimiento de las penas comunitarias.

La metáfora de la red de pescar para referirse al sistema penal no es nueva. Ya en 1979 Stanley Cohen (1979, 346-50) recurría a la misma para explicar que el sistema punitivo se encontraba en un proceso doble: de expansión de la red y de adelgazamiento de la malla. Estos fenómenos eran perceptibles al estudiar las consecuencias de la aparición de las alternativas. Cohen afirmó que los nuevos movimientos hacia la comunidad y la “diversión” tenían como resultado aumentar en vez de disminuir la intervención dirigida a muchos grupos de “desviados” en el sistema (adelgazamiento de la malla) y probablemente, aumentar en vez de disminuir el número de personas que entran al sistema (expansión de la red). En 1981 Austin y Krisberg (1981, 172-74) revisan un amplio número de investigaciones que llevan a afirmar que en el pretendido proceso de “descarcelación”, las alternativas no habrían logrado incidir en la tasa de prisión, al mismo tiempo que habrían aumentado el número de personas bajo control estatal.

La idea es que las alternativas lo son únicamente en el nombre, ya que en la práctica funcionan como verdaderos suplementos penales (Rothman 2002, 9, 108-12 [1980]). Al realizar estas afirmaciones, los autores se valen de diversos estudios que dan cuenta de que las alternativas no han logrado disminuir las tasas de prisión o que incluso podrían ser capaces de aumentar las tasas de prisión mediante la revocación y el quebrantamiento (Klingele 2013, 1020; Ashworth 2010, 308).

En 1985, Cohen retoma el concepto de expansión de la red penal en la publicación de su libro "Visiones de Control Social"<sup>59</sup>, donde cristalizó estas ideas de gran repercusión. Cuando Cohen analiza el sistema penal (sistema de control de la desviación) y crea la metáfora de la red de pesca para referirse al mismo, le preocupan tres cosas: (a) el tamaño y la densidad; (b) su identidad y visibilidad; y (c) su penetración. La expansión de la red penal tiene que ver con el tamaño y densidad de la red y explica la evolución de este carácter del sistema penal de la siguiente manera:

*“1. En primer lugar, hay un incremento del número de desviados atrapados en el sistema, muchos de ellos son nuevos que no estaban siendo procesados anteriormente (redes más anchas);*

---

<sup>59</sup> Utilizo la traducción: Cohen, Stanley 1988. Visiones de control social. Traducido por Elena Larrauri Pijoan. Barcelona: PPU.



2. *En general hay un incremento en la intensidad de la intervención de los desviados antiguos y nuevos, sujetos a unos niveles de intervención (incluida la institucionalización tradicional) inexistentes anteriormente (redes más densas);*
3. *Nuevos centros y servicios están complementando más que reemplazando los sistemas de control originales (redes distintas)*<sup>60</sup> (Cohen 1988, 74 [1985]).

Para Larrauri (1988, 775-78), los tres puntos que permiten analizar si se trata de complemento o sustitución de la prisión son: si acaso se trata de penas que presuponen la cárcel y que funcionan como adicionales a esta; si se aplican a un perfil de sujetos que antes igualmente solían no entrar en prisión (blancos de clase media con los avales socio económicos requeridos); y si se utiliza para castigar comportamientos que con anterioridad tenían como consecuencia la puesta en libertad.

Estudios recientes en los Estados Unidos y en Europa han retomado el concepto para averiguar si el incremento en el uso de las penas comunitarias ha tenido el esperado efecto excarcelador o si, por el contrario, se ha cumplido la profecía de la expansión de la red. Para Estados Unidos las académicas Klingele (2013) y Phelps (2013) han desarrollado investigaciones en este sentido. La primera, en la línea de los originarios, utiliza los datos de la realidad y la normativa del sistema de ejecución penal estadounidense para afirmar que las penas comunitarias han servido en los Estados Unidos para incrementar la población penitenciaria. Por su parte, Phelps afirma que desde 1980 al año 2010, tanto el número de presos como el número de personas sujetas a probation ha aumentado en los Estados Unidos, a pesar de las variaciones en la delincuencia. Al mismo tiempo, afirma que esta tendencia depende de la regulación y aplicación práctica de cada estado. Así, las penas comunitarias cumplen funciones tanto de expansión de la red penal como de disminución del encarcelamiento, de manera que en algunas jurisdicciones estos efectos se cancelarán mutuamente y en otras podrá apreciarse uno u otro efecto.

Recientemente en Europa cabe destacar la publicación de Aebi, Delgrande y Malgreb (2015), que desarrollan un estudio longitudinal y comparativo (trasversal) de tasas de encarcelamiento y de tasas de uso de penas comunitarias, para concluir que los datos analizados muestran que el número de personas cumpliendo penas comunitarias en Europa ha aumentado durante los 90s y en la década del 2000, mientras que la población penitenciaria también ha aumentado durante el mismo periodo. Las variaciones en la

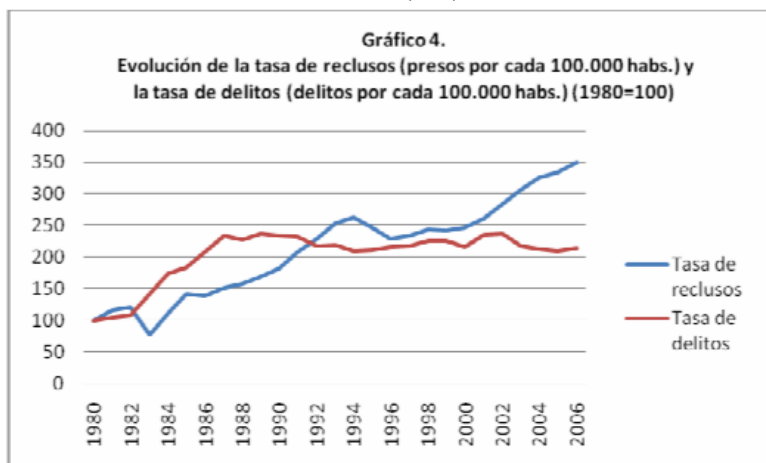
---

<sup>60</sup> De esta forma el autor desarrolla su idea inicial. Cuando se refiere a redes más densas, alude a lo que con anterioridad denominaba “adelgazamiento de la malla”, y agrega la idea de redes distintas a su descripción inicial.

delincuencia no pueden explicar estas tendencias. Por otra parte, 7 de los 10 países con las tasas más elevadas de población cumpliendo penas comunitarias, están al mismo tiempo entre los 10 países con las mayores tasas de encarcelamiento. Como consecuencia, de acuerdo a los autores, es posible falsar la hipótesis de que las penas comunitarias se estén usando como alternativas a la prisión. Por el contrario, llegan a afirmar que las penas comunitarias habrían contribuido a expandir a red de los sistemas de justicia penal europeos.

En España, cuando se incorporaron las penas comunitarias en el CP de 1995, la reacción de la academia fue positiva respecto de unas instituciones largamente esperadas, aunque al mismo tiempo se criticó la reforma en esta materia por conservadora y tímida (de la Cuesta 2002, 149). Un grupo de autores, por su parte, reaccionaron de forma escéptica a su inclusión motivados por la experiencia anglosajona y advertían ya, de la posibilidad de que los sustitutivos operaran como complemento de la prisión, provocando la temida expansión (Cid y Larrauri 1997; Larrauri 1996, 207,212; Larrauri 1998, 93-94) y, por ejemplo, que la suspensión con condiciones (o “agravada”) “se configure como alternativa (no a la cárcel sino) a la antigua suspensión” (Larrauri 1996, 212) es decir, que donde antes se aplicaba una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad ordinaria (sin más condición que la de no delinquir por un cierto periodo), ahora se aplicara la suspensión agravada, con requisitos adicionales a la no comisión de nuevos delitos. Tal parece ser que los temores no eran infundados, ya que las advertencias hechas respecto de las barreras tanto legislativas como culturales a las que se enfrentarían estas nuevas instituciones coincidieron con una evolución de la tasa de reclusos que no parece haber sido afectada por las nuevas alternativas. Por otra parte, los tipos penales que integraron la pena directa de TBC en su marco penal, fueron tipos que anteriormente preveían la pena de multa, o la de multa o prisión (Torres Rosell 2006; Brandariz 2009, 187).

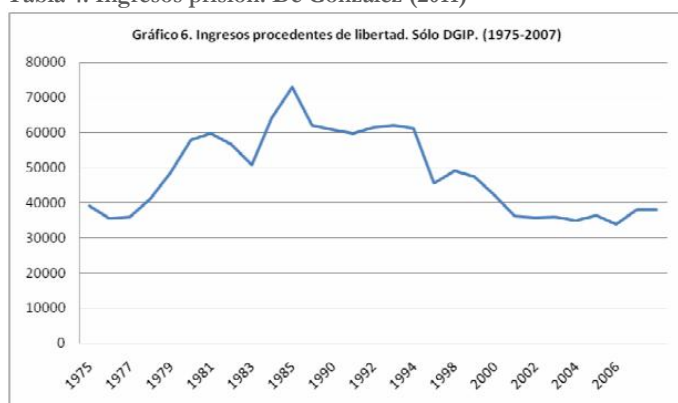
Tabla 3. Tasa de reclusos. De González (2011)



Elaboración de González (2011), a partir de datos del INE, de DGIP y de la Generalitat de Cataluña.

Cabe señalar, además, que esta ampliación del ámbito de las alternativas vino acompañada de otras medidas que endurecieron el sistema punitivo (como la eliminación de la redención de penas por trabajo y el aumento en la severidad de penas muy aplicadas como las de delitos de drogas), cuestiones que pueden haber anulado el efecto de la reforma de las alternativas. Estos cambios introducidos por el CP de 1995 se utilizaron para explicar la evolución (ascendente) de la tasa de encarcelamiento española (Cid y Larrauri 1997; Tamarit 2007; Cid 2008; Cid y Larrauri 2009). Y habrían anulado el efecto descarcelador de la ampliación del ámbito de la suspensión. Este efecto sí se habría manifestado, puesto que a partir de 1995 sí disminuyó el número de ingresos:

Tabla 4. Ingresos prisión. De González (2011)



Elaboración de González (2011), a partir de los Informes Generales de la DGIP.

Además, los pocos estudios empíricos respecto del uso de las alternativas por los jueces, dan cuenta efectivamente que estas penas comunitarias vinieron más bien a reemplazar la antigua suspensión ordinaria y la multa, de manera que no llegaron a constituirse en una real alternativa a la prisión (Cid y Larrauri 2002; Anton y Larrauri 2009, 15-16). Así, por ejemplo, nuestra jurisprudencia considera que la pena de prisión no es más

gravosa que la de multa, cuando existen las condiciones para una posible suspensión de la ejecución de la pena<sup>61</sup>. Esto genera una situación evidente de expansión y además se obvia un elemento esencial de la suspensión: la posibilidad de su revocación y consiguiente entrada en prisión, que a mi entender, entraña una severidad mayor. Porque, ¿qué es más gravoso? ¿Una pena de multa o una de prisión suspendida? O lo que es igual: ¿La afectación cierta del patrimonio o la amenaza de la afectación de la libertad?

Ignacio González (2011) critica que la explicación de las tasas de encarcelamiento se haga haciendo referencia casi exclusiva a las reformas legislativas. Este autor menciona otros procesos sociales más amplios (de los que la veta jurídica sería parte o consecuencia) y que deberían analizarse como variables explicativas de las tasas de encarcelamiento, así, llama a entender que “el estudio de los temas relacionados con cómo y cuánto castiga una sociedad (y esto incluye el incremento de la población carcelaria) es complejo, y que en él intervienen multitud de dimensiones que no pueden ser reducibles a una sola (sean los Códigos penales o cualquier otra)”. En este sentido, pone como ejemplo las teorías que han sugerido que un fenómeno de inseguridad social (no criminal), ocasionada por el neoliberalismo, podría generar estas respuestas punitivas como una nueva forma de gestión de la pobreza, y las teorías que sugieren que el incremento de la población penitenciaria podría explicarse en un contexto de modernidad tardía, en la que las sociedades estarían experimentando de una manera nueva los aspectos relacionados con la delincuencia y la seguridad, y en las que la respuesta estatal, condicionada por una crisis de legitimación, sería ambivalente.

La relación entre la prisión y sus alternativas es una bastante compleja, recientemente, Phelps (2013) plantea que esta relación puede ser tanto de expansión de la red como de reductor de la encarcelación, a través del tiempo y el lugar y que ambas fuerzas pueden cancelarse mutuamente. En el mismo año, Klingele (2013, 1020) iba un paso más allá, afirmando en su artículo que las alternativas a la prisión se han convertido en importantes motores del crecimiento de la prisión, concluyendo que la mejor forma de reducir la población penitenciaria es limitar, en vez de expandir, su uso. Al mismo tiempo, la autora sugiere la promoción del uso de alternativas sin intervención, que tendrían un mejor potencial para reducir el recurso a la prisión.

---

<sup>61</sup> SAP Barcelona 225/2014.

Incluso en el mundo de las alternativas, optar por unas en desmedro de otras puede ocasionar el tipo de problemas que he desarrollado en este apartado. En este sentido, por ejemplo, muchos autores han afirmado que la libertad condicional puede ser una forma subrepticia de modificar la pena impuesta (re-sentence). Arguyen que las autoridades pretenden atajar el problema de la sobrepoblación de las prisiones mediante el uso de libertad condicional sin (o con poca) supervisión en desmedro del uso directo de penas diferentes a la prisión, ya que en este último caso la exposición pública a un juicio de ser muy suave con el delito es probable (B. Weaver et al. 2012, 90-91).

Finalmente, es primordial considerar cuáles son los mecanismos mediante los cuales la existencia o aplicación de alternativas puede incidir en el aumento de las tasas de prisión para comprender donde se encuentran los riesgos a tener en cuenta en la confección y ejecución de alternativas. Para Klingele (2013, 1030-42), tanto la *probation* como la libertad condicional (*parole*) pueden incidir en la sobrepoblación penitenciaria mediante tres mecanismos. Explicaré estos mecanismos basándome en (y resumiendo a) Klingele e intentando adaptar sus reflexiones a la realidad local:

- a) Número y tipo de reglas que condicionan la suspensión. La suspensión (y la libertad condicional) pueden entrañar el cumplimiento de diversas obligaciones y significar una carga de un peso variable para cada penado, sin embargo, y puesto que se presentan como una alternativa, se perciben como una carga menos punitiva que la del confinamiento efectivo en prisión. Así, las condiciones van desde la de no delinquir durante cierto plazo<sup>62</sup>, hasta un largo listado de prohibiciones y deberes que resulten necesarios *para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados* en el art. 83.1 que termina con la cláusula abierta: *9.<sup>a</sup> Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal **estime convenientes para la rehabilitación social del penado**, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.* Estos deberes y prohibiciones pueden significar una pesada carga para el penado y transformar su cumplimiento en una cuestión muy difícil. La infracción de estas condiciones habilita al Estado (juez) a revocar la suspensión (p. 1035) y

---

<sup>62</sup> Esta condición forma parte de la suspensión por imperativo legal y se revocará por condena de un nuevo delito (art. 86 CP, con anterioridad estaba regulado en el art.83 CP).

consiguientemente entrar en prisión por una “violación técnica” que en un contexto ajeno a la supervisión no entrañaría la privación de libertad. La idea es que a mayor número de condiciones y a mayor carga sustantiva de las mismas, más riesgo de que la suspensión derive en privación de libertad efectiva.

- b) Métodos de supervisión empleados por los agentes. Los métodos de supervisión empleados por los agentes, su estilo de supervisión pueden variar fuertemente entre individuos y culturas de diferentes “oficinas”<sup>63</sup>. Estos estilos tienen incidencia en las posibilidades de que la alternativa deje de serlo: así, un estilo de supervisión más alejado del penado implica una actitud del supervisor más estricta (*enforcement*), inversamente, mientras más inmerso está el agente en la complicada y difícil vida del supervisado, tiende a verse más como un facilitador de servicios que como ejecutores de la Ley.
- c) Marco legal que gobierna la respuesta del Estado a las violaciones en supervisión comunitaria. Ante un incidente, la legislación puede dejar un cierto margen de discrecionalidad para decidir sobre la revocación. Esta tiene dos facetas: la primera es que la ley presente varias alternativas de reacción diferentes a la revocación, la segunda, es que las infracciones sean definidas de un modo más o menos vago, cuya necesaria interpretación, otorgue mayor o menor campo de discreción a los agentes del sistema penal de ejecución (Kristel Beyens 2017). Por ejemplo, hasta la reforma del CP operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, la comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba implicaba la revocación automática<sup>64</sup> de la suspensión con la consiguiente entrada en prisión, después de la reforma, en cambio, la comisión del nuevo delito debe poner *de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida*.

Aparentemente, las alternativas necesitan de la prisión como amenaza (Larrauri 1991, 60). Esto es así especialmente en el caso de las penas comunitarias, que requieren un comportamiento activo por parte del penado, que asume (voluntariamente) ciertas

---

<sup>63</sup> Se distinguen principalmente entre los modelos de “casework” y “managerial” vid. Blay y Boxtaens (2017). O de “casework” y de “crime control” (Klinge 2013, 1027-28).

<sup>64</sup> Sí que requería de un auto judicial de revocación, pero esta última no era discutible.

obligaciones cuyo incumplimiento voluntario requiere una consecuencia. Por otra parte, la prisión también necesita de las alternativas, no únicamente porque de ser el único recurso punitivo resultaría inviable, sino también porque las alternativas en la fase ejecutiva de la prisión (como la libertad condicional) se consagran como “premios”, indispensables para motivar al penado en prisión y conseguir un mayor cumplimiento de régimen disciplinario (Pavarini 1989, cit. en Larrauri 1991).

Si bien las alternativas necesitan a la prisión, se ha criticado prolíficamente que esta sea la respuesta automática al incumplimiento y no se recurra a todas las opciones con anterioridad. Cid (1999, 136) incluso hace referencia a la multa administrativa, cuyo incumplimiento no sólo no deviene en prisión, sino que no cuenta con sanción de apoyo. Ahondaré en estas cuestiones en el tercer capítulo de esta tesis.





## II. PENAS COMUNITARIAS EN ESPAÑA

El presente capítulo se hace cargo, en primer lugar, de las instituciones concretas que constituyen penas comunitarias en España, para justificar que pese a la escasa difusión del concepto “penas comunitarias” en España, efectivamente existen figuras que responden a sus elementos y dificultades, cuestión que exige un análisis conjunto y sistemático. Una vez revisadas las diversas formas de imposición de las penas comunitarias en España, se pasa a revisar el uso concreto que se hace de estas penas. Posteriormente se destacan algunas de las tensiones que generan las penas comunitarias y que las hace especialmente interesantes. Por último, se explican algunas teorías e investigaciones que inciden sobre lo que se entiende (o debería entenderse) por “cumplimiento” de las penas comunitarias.

En el capítulo anterior, he definido pena comunitaria como: **aquella pena que impone una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo.**

Las instituciones que en España constituyen penas comunitarias (de *front door*), de acuerdo a los elementos recién referidos, son los trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 CP) y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con reglas de conducta de participación en programas formativos y de sometimiento a tratamiento de drogas (artículos 80 y 83 CP). Estas son figuras que: a) son la consecuencia de una

declaración de culpabilidad de un sujeto en el contexto de un proceso penal; b) infligen una restricción personal al penado, consistente en una obligación de hacer; c) se cumplen en libertad; y d) son efectivamente supervisadas por la Administración mediante un agente penal. De hecho, en el artículo 83 se prevén otros deberes y prohibiciones para condicionar la suspensión, sin embargo, los únicos cuya ejecución implicará el vínculo con el agente penal son la de participar en un programa formativo o de deshabituación y la de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Cuando se condicione la suspensión a una prohibición de acercamiento, por ejemplo, esto requerirá un control por parte de la autoridad (la policía de acuerdo al artículo 83.3 CP), pero se trata de un control que no constituye supervisión<sup>65</sup>.

De estas figuras, en esta tesis se pondrá un especial énfasis en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y en la suspensión con obligación de participación en programas formativos, dado que por una parte, como se verá posteriormente, son las que gozan de mayor aplicación práctica en España y por otra, resulta conveniente apartar un poco la suspensión especial para drogodependientes que ostenta un régimen excepcional<sup>66</sup>. Por lo demás, tanto programas formativos como trabajos en beneficio de la comunidad han sido considerados como dos “de las más firmes apuestas en nuestro sistema penal actual de sanciones para erigirse en las fundamentales alternativas a las penas cortas privativas de libertad” (Villacampa y Torres Rosell 2012, 230).

El estudio de estas figuras es necesario para comprender muchos de los elementos que caracterizan el sistema de reacciones penales al incumplimiento de las penas comunitarias, pero al mismo tiempo no es el objeto de la tesis, por lo que se hará una revisión que permita comprender cada figura y reflexionar sobre sus puntos críticos, haciendo uso de las principales obras que se han dedicado a cada una de ellas pero sin profundizar en las discusiones y dilemas que cada una de ellas ha despertado.

Como se adelantó en el apartado histórico, las penas comunitarias tienen corta vida en la legislación española. Sólo a partir del Código Penal de 1995<sup>67</sup> se incorporan los

---

<sup>65</sup> Ver la discusión en el tercer capítulo (3.1).

<sup>66</sup> Se hace referencia a la figura cuando es pertinente, sin embargo no me hago cargo de la misma con la profundidad que exigiría su historia y su especialidad.

<sup>67</sup> Antes de 1995, se criticaba la escasez de alternativas, afirmando una “carencia absoluta” de las mismas (de Sola Dueñas, García Arán, y Homazábal Malarée 1986, 20). Incluso solía decirse que en España no existían alternativas pese a que se podían encontrar en el Código no sólo la multa y la remisión condicional, sino también el exilio, la suspensión de derechos y el comiso, sin embargo estas no contaban para los autores porque: muchas existían con una naturaleza accesoria (adicionales a la cárcel); eran tan escasamente aplicadas;

primeros elementos de supervisión en las alternativas a la prisión mediante la creación de una suspensión condicional de la prisión con obligaciones y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Con anterioridad a esta novedad, el sistema punitivo español sólo presentaba alternativas sin intervención: principalmente la suspensión ordinaria (remisión condicional) y la multa.

El criterio que ha primado en la descripción hecha hasta este momento de los asuntos relevantes para la tesis, ha sido un primordialmente material: se ha destacado lo que las penas comunitarias son. Así, sabemos “como se ve” una pena cuando es comunitaria por el contenido de la pena (se trata de un castigo que se cumple en libertad e importa un elemento de supervisión). Una cuestión diferente es la forma de imposición<sup>68</sup> que admite cada una de esas penas que, pese a tener elementos comunes (y a veces idénticos) en su ejecución, distan tanto en el tipo de sentencia que dio lugar a su ejecución, como en la naturaleza jurídica de la institución (Serrano Pascual 1999, 27). Si bien las distintas penas comunitarias españolas pueden imponerse principalmente bajo el alero de dos instituciones (suspensión y TBC), en su ejecución pueden tener similitudes importantes con figuras impuestas bajo el alero de la otra institución.

Pensemos que cuatro personas pueden estar asistiendo a un programa formativo en educación vial como pena comunitaria. La primera está cumpliendo una regla de conducta impuesta en el marco de una suspensión (art. 80 y 83.6 CP), la segunda asiste en cumplimiento de una pena de TBC ejecutada en la modalidad de programa formativo que se impuso en el contexto de una suspensión sustitutiva de una pena de prisión (art. 84.3 CP), la tercera está cumpliendo una pena de TBC directo ejecutada en la modalidad de programa formativo (art 49 CP) e incluso podría haber una cuarta, que esté cumpliendo una pena sustitutiva de prisión de acuerdo al régimen previo a la reforma operada por la LO 1/2015 (antiguo art. 88 CP)<sup>69</sup>. La trascendencia de esto, que puede parecer anecdótico, es que si bien estos individuos cumplen “materialmente” la misma pena, ante un mismo incidente en su participación en el programa, serán aplicables diferentes reglas para evaluar

---

y porque no eran hijas del movimiento descarceratorio de los años 60 como el TBC, la reparación, el arresto domiciliario o la probation (Larrauri 1991, 48-49).

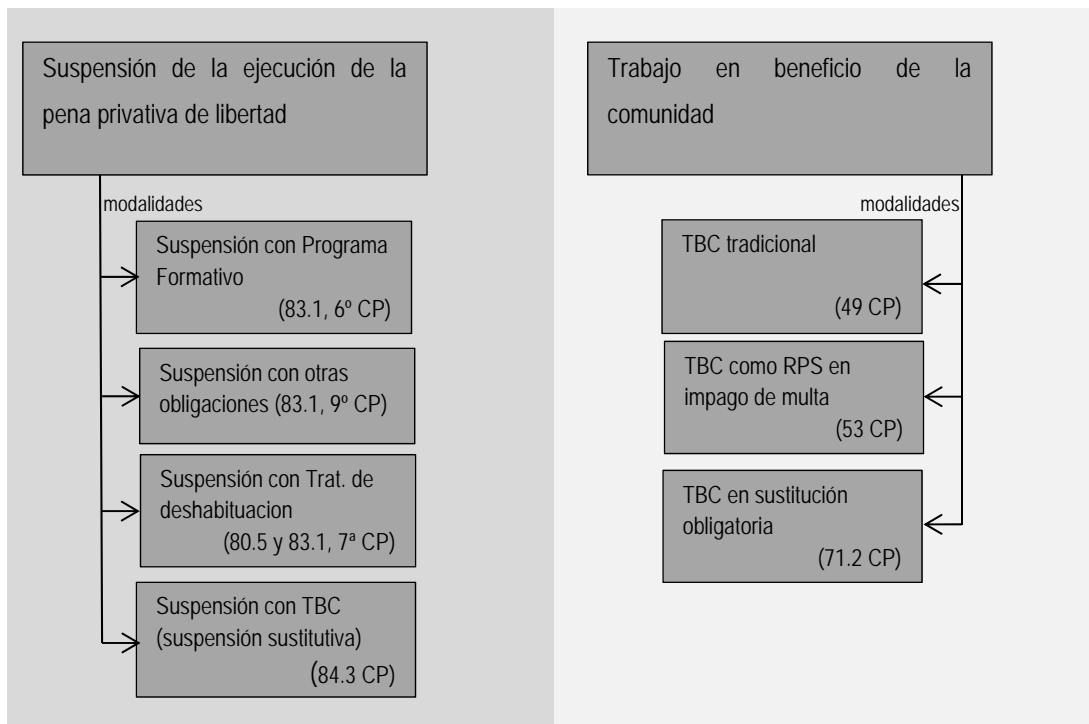
<sup>68</sup> Como trataré de explicar en el tercer capítulo, esta diferencia de carácter formal tiene importantes consecuencias en la ejecución de la pena, específicamente en las reglas para la valoración de las incidencias como eventuales incumplimientos, en el juez competente para el control de la ejecución, y, por último, en las consecuencias de un incumplimiento judicialmente declarado

<sup>69</sup> Aunque hay que reconocer que esta situación será temporal y que incluso podrían ser aplicables las reglas de las nuevas instituciones, de acuerdo a los principios que rigen la (i)retroactividad de la ley penal.

un eventual incumplimiento, estas reglas se aplicarán por diferentes jueces y, por último, de calificarse como incumplimiento, este tendrá diversas consecuencias a valorar, a veces por el mismo juez y a veces por uno diferente del que calificó el incumplimiento<sup>70</sup>.

Es por esta razón, que en adelante, daremos más relevancia a la forma de imposición de la pena, sin dejar de lado que para su calificación como pena comunitaria, lo relevante fue su contenido. Así, en la siguiente ilustración podemos ver una clasificación por forma de imposición de las penas comunitarias.

Ilustración 2 Penas comunitarias en España. Forma de imposición



Por ahora, basta recordar que insisto en el criterio material para la consideración de una pena como comunitaria. Una vez dicho esto, pasaremos a estudiar las dos grandes instituciones que albergan las penas comunitarias de *front-end*. Ello en España significa cuanto menos dos instituciones distintas: la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (la suspensión con condición de programa formativo, de tratamiento de deshabitación o con TBC); y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

<sup>70</sup> Sobre estos asuntos me ocuparé en el tercer capítulo.

# 1. Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>71</sup>

Muchas de las penas comunitarias en España existen en el contexto de una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, regulada en los artículos 80 y siguientes del CP, consiste en el suspenso condicional de la ejecución de una pena de prisión de corta duración, previo al inicio de su cumplimiento, por un periodo de tiempo que el juez determine (periodo de prueba) y que podrá extenderse más allá del periodo de prisión suspendido con un cierto límite. La suspensión estará en todo caso supeditada a la condición de no volver a delinquir, pudiendo condicionarse, además, a una serie de reglas de conducta durante el tiempo de la suspensión. En caso de incumplimiento de las condiciones de la suspensión, esta podrá revocarse dando lugar a la ejecución de la pena de prisión originaria<sup>72</sup>.

Se ha valorado tanto por la doctrina española como por la jurisprudencia constitucional que la suspensión es una medida coherente con la orientación constitucional de las penas a la reeducación y reinserción social del penado establecida en artículo 25.2 de la Constitución (por todos ver Cid 2009, 90 ss.).

## 1.1 Régimen legal. Especial referencia a la LO 1/2015

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una figura recogida por el CP de 1995<sup>73</sup>. Su regulación se encuentra en los artículos 80 y siguientes del CP y permite dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando la valoración del riesgo de reincidencia sea baja, de manera que se estime que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitarla.

---

<sup>71</sup> Para el desarrollo de este apartado se ha utilizado preferentemente Navarro (2002b), Rueda (2007), Cid (2009), Larrauri (2010) y Mapelli (2011).

<sup>72</sup> En el capítulo siguiente se estudiarán con mayor profundidad esta cuestión y todas las referidas al incumplimiento de las penas comunitarias.

<sup>73</sup> La institución antecedente a la suspensión establecida en el CP de 1995 es la remisión condicional de la pena (que tiene su propio antecedente en la Ley de condena condicional de 1908) estaba regulada en el artículo 93 del CP de 1973. Estaba basada en el modelo franco belga y, además de contener requisitos muy exigentes para su aplicación, no contenía la posibilidad de condicionarla a deber alguno salvo la no comisión de delitos. Por su parte, el tratamiento de deshabitación como condición de la suspensión tiene antecedentes previos, puesto que en el año 1988 se introduce en el CP de 1973 el artículo 93 bis que disponía una remisión condicional especial para drogodependientes. Sin embargo, por las condiciones y requisitos impuestos por el legislador su uso fue casi inapreciable. Una relación de los antecedentes de la suspensión especial para drogodependientes y el cambio operado por el CP de 1995 en Cano Paños (Cano Paños 2011).

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es la figura que acoge mayoritariamente<sup>74</sup> las penas comunitarias que se estudian en esta tesis. Desde 1995, la reforma más importante de la suspensión fue recientemente llevada a cabo por el legislador mediante la LO 1/2015<sup>75</sup>, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que reestructura la figura incrementando su flexibilidad tomando como referente el modelo alemán (Roig 2014; Manzanares Samaniego 2012) y pretendiendo solucionar problemas de eficacia del sistema de ejecución judicial de la pena (Preámbulo a la LO 1/2015). Siguiendo el modelo alemán, se modifican y flexibilizan los criterios de concesión y de revocación de la suspensión. Además, para propender a la mayor celeridad en la etapa de la ejecución judicial, se agrupan diversas figuras de suspensión ordinaria y especiales, y se desnaturaliza la figura de la sustitución por multa o TBC bajo el mismo paraguas de la suspensión<sup>76</sup>. Además, se altera gravemente la figura de la libertad condicional que gozaba de una tradición de más de 100 años en España<sup>77</sup> para pasar de ser modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad (el "último" grado penitenciario de acuerdo al artículo 72.1 LOGP) a ser una forma de suspensión de la misma, regida en muchos aspectos de su ejecución por las normas de la suspensión.

Se superan varias deficiencias de la regulación previa de la suspensión, en este sentido destaca notablemente la posibilidad de suspensión de la pena para condenados con antecedentes penales y, en el mismo espíritu, la eliminación del automatismo en la revocación de la suspensión por la causal de comisión de un nuevo delito en el periodo de prueba, ambos cambios reclamados por la doctrina persistentemente (Maqueda 1985; de Sola Dueñas, García Arán, y Homazábal Malarée 1986; Mapelli 1996; Larrauri 1996; Cid 2010; González Zorrilla 1997; de la Cuesta 2002; Navarro Villanueva 2002b).

Se adoptan criterios de concesión que, si bien diferentes a los del sistema anterior, comparten con el mismo un ámbito de aplicación limitado a penas cortas (con excepciones) que tiene un sustento tanto de proporcionalidad como preventivo general, mientras que dentro de ese marco se aplican criterios orientados a la rehabilitación, así, de acuerdo al artículo 80.1 CP:

---

<sup>74</sup> Aunque a nivel estadístico, la figura más significativa es la de TBC directo como se verá más adelante.

<sup>75</sup> Esta parte de la reforma operada por la LO 1/2015 es quizás una de las menos vistosas, considerando que, entre otras materias, se trata de la Ley que introduce en España la cadena perpetua rebautizada como "prisión permanente revisable".

<sup>76</sup> La sustitución por expulsión para extranjeros se reforma pero no muta su naturaleza.

<sup>77</sup> De acuerdo a Tébar (Tébar Vilches 2006), el recientemente desnaturalizado sistema de libertad condicional español tenía sus antecedentes en el año 1914.

*1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.*

*Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuesta.*

Una cuestión relevante aquí, es dilucidar si acaso el legislador ha modificado los criterios y fundamentos de concesión o denegación de la suspensión<sup>78</sup>. De acuerdo a Cardenal (2015, 314), el legislador no da preferencia al pronóstico de la necesidad de ejecutar la pena para evitar la comisión futura de delitos y “la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena dependerá de cuál de las distintas opciones ofrezca el mejor saldo preventivo global (especial y general, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo) sin infringir el principio de proporcionalidad”. A mi parecer, en cambio, es interesante valorar que el legislador de 2015, si bien integra diversos criterios de valoración para el juez que responden a distintos fundamentos, establece como criterio primario uno de prevención especial<sup>79</sup>: que sea innecesaria la ejecución de la pena para evitar comisión futura de delitos por parte del penado. De manera que el legislador cuando enumera criterios en el segundo párrafo, lo haría para que el juez o tribunal pueda valorar, no si acaso conceder la suspensión, sino para valorar la necesidad de la ejecución de la pena<sup>80</sup>. Además es coherente al cerrar la disposición haciendo referencia a los efectos que puede generar la suspensión y el cumplimiento de las medidas de la misma en el penado. Estos dos criterios son complementarios en el sentido de que el juez o tribunal habrá de valorar que la ejecución no sea necesaria para evitar la comisión de delitos pero teniendo en cuenta las herramientas que el propio sistema de ejecución de la suspensión le otorga a efectos rehabilitadores y resocializadores.

Al establecer un límite máximo de dos años de extensión para las penas suspendibles, el legislador ha utilizado criterios de prevención general y de proporcionalidad (Cid y Larrauri 2002; Cid 2009). Sin embargo, dentro de este rango habría

---

<sup>78</sup> El debate constitucional, doctrinal y jurisprudencial, previo a la reforma de 2015, puede encontrarse en Cid (2009, 90-94).

<sup>79</sup> A diferencia de lo que hacía previo a la Reforma.

<sup>80</sup> Es decir, valorará por ejemplo las circunstancias del delito cometido no para medir con criterios retributivos la pertinencia de suspender la ejecución de la pena, sino en la medida que sirvan como elemento para la valoración del riesgo de la comisión de delitos futuros.

una presunción legal de proporcionalidad, que se ve reforzada estableciendo la imposición obligada de condiciones punitivas cuando se trate de penas que sumadas superen los dos años de extensión y cuando el penado tenga antecedentes penales (artículo 80.3).

Por otra parte, dentro del marco de los dos años de extensión, no podría atenderse a criterios de prevención general para decidir sobre la suspensión de la pena, puesto que el legislador no los ha previsto expresamente y no pueden desprenderse de ninguno de los ya enumerados. Si bien se admitían criterios de prevención general por el TC español, a mi parecer esto ya no es posible a partir de la reforma en comento si se asume una interpretación conforme a la historia de la ley. El artículo 80, previo a la reforma era más flexible en cuanto a los fundamentos de la suspensión al disponer que el juez debía atender “fundamentalmente” a la peligrosidad criminal, lo que daba lugar a la atención a criterios de otra índole para decidir sobre la suspensión, cuestión que con la actual regulación ha de rechazarse. Un argumento adicional para esta interpretación es la feliz exclusión de la disposición del anteproyecto que hacía referencia a la confianza en la vigencia de la norma como elemento capaz de inhibir la aplicación de una suspensión de penas superiores a un año<sup>81</sup>.

## 1.2 Formas de imposición

En el CP español pueden encontrarse al menos tres modalidades de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que constituyen pena comunitaria.

### *a) Suspensión con obligación de participación en programa formativo*

El legislador establece una serie de reglas de conducta en el artículo 83 CP a las que se puede condicionar la suspensión de la pena cuando sea necesario para evitar la comisión de nuevos delitos por el penado<sup>82</sup>. De entre las prohibiciones y deberes enumerados, hay algunos que están orientados al control y otras reglas que están más orientadas a la reforma del penado. De entre las reglas de conducta que se establecen en el artículo 83.1, destaca la obligación de participar en programas formativos.

Los programas formativos existen en el sistema penal español como medidas de seguridad, como condiciones de la suspensión, de la libertad condicional, como forma de

---

<sup>81</sup> Prosperó este criterio únicamente para la valoración de la sustitución por expulsión que se regula en el artículo 89 CP.

<sup>82</sup> Este catálogo de aparición novedosa en el CP 1995 ha sufrido una progresiva transformación, aumentando las reglas de conducta disponibles y precisando paulatinamente criterios para su ejecución.



cumplimiento de TBC y como circunstancia vinculada a la ejecución de una pena de prisión impuesta. En esta tesis se estudia sólo en cuanto pena comunitaria y por tanto, de acuerdo a los criterios expresados en el capítulo anterior, se detiene únicamente en los programas formativos como condición de la suspensión (y como forma de cumplimiento de un TBC). Existe sólo a partir del CP de 1995, en que se incluyó la obligación de participar en programas formativos entre los nuevos deberes a los que se podía condicionar la suspensión.

Consiste en la obligación penal de participar en un programa formativo o similar. El artículo 83 enumera a modo de ejemplo: programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y termina con la cláusula abierta de “y otros similares”. Se interpreta que dentro de ellos se pueden incluir programas de carácter psicológico, como aquellos a los que hacía referencia expresa la antigua sustitución de la pena en el artículo 88 CP<sup>83</sup>. Por su parte, la obligación de someterse a un tratamiento de deshabitación comparte la gran parte de estas características de los programas formativos y de reeducación como obligación. Pese a que hay autores que identifican estas obligaciones como reglas de conducta de carácter “asistencial”, útil para su reinserción, ha de afirmarse que se trata de obligaciones de hacer que pueden implicar una carga importante en la vida del penado.

Volviendo a la obligación específica del artículo 83.1 CP, este dispone que:

*83.1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: (...)*

*6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.*

Por lo general su imposición como condición es potestativa (al igual que todas las enumeradas en el artículo 83.1) y por tanto el juez habrá de valorar caso a caso la necesidad de su imposición para evitar el riesgo de comisión de nuevos delitos. La excepción la constituyen aquellos casos en que la condena sea por violencia de género, cuando su imposición será obligatoria. De acuerdo al apartado número 2 del artículo 83,

---

<sup>83</sup> De hecho ambos tenían, previo a la reforma que los une, un tratamiento unitario en este respecto.

*Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior.*

Así, el legislador establece la imposición de las prohibiciones de acercarse a la víctima y la de residir en o acudir a un lugar determinado y la obligación de participación en programas formativos cuando se haya condenado por un delito de violencia de género. Si bien su imposición automática ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, el legislador flexibilizó el rígido estatuto especial de protección en casos de violencia de género puesto que ya no contempla causas de revocación automática en estos supuestos y, por otra parte, admite la suspensión sustitutiva por multa en ciertos supuestos mientras que hasta antes de la reforma operada por la LO 1/2015 la sustitución por pena de multa estaba siempre proscrita en estos casos.

### ***b) Suspensión con otras obligaciones***

El legislador admite cierta creatividad judicial al cerrar la lista de deberes y obligaciones del artículo 83.1, con la cláusula abierta de la condición 9ª:

*9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

Se ha interpretado, eso sí, que, además de los límites de consentimiento y de respeto a la dignidad del penado, esta cláusula no admitiría cualquier tipo de obligación. Así por ejemplo, “tales deberes inconcretos, además de no atentar contra la dignidad de la persona, han de ser de naturaleza semejante a los recogidos en los cinco apartados anteriores<sup>84</sup>” (AAP Barcelona 821/2011).

Aquí cabe preguntarse si acaso en virtud de esta creatividad judicial, se permitiría la imposición de obligaciones que constituyeran pena comunitaria. Es decir, si se podría imponer una obligación de hacer que requiriera de la supervisión de un profesional del SGPMA. Si bien esto es teóricamente posible en la medida que la obligación sea análoga a las ya enumeradas, diversos autores han dado cuenta de la escasa aplicación de las medidas ya enumeradas en el artículo 83, de manera que parece improbable su aprovechamiento generalizado.

---

<sup>84</sup> En la época de la sentencia citada, el artículo 83 CP incluía un número más reducido de obligaciones. En el caso en cuestión, el tribunal estaba pronunciándose en contra de la posibilidad de imponer como condición el pago de la multa, impuesta ya en la sentencia y cuya ejecución resulta obligatoria para el órgano judicial.

### ***c) Suspensión con obligación de tratamiento de deshabituación***

A pesar de que no se trata de uno de los objetos principales de esta tesis, es necesario hacer referencia a esta institución. La participación en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas y estupefacientes, así como de tratamiento de otros comportamientos adictivos impuesta como obligación de carácter penal puede ser impuesta como pena comunitaria en dos supuestos principales<sup>85</sup>: como condición de la que pende la suspensión especial para drogodependientes (artículo 80.5 CP) y como condición para la suspensión de la pena (artículo 83.1 CP). Esta obligación tiene antecedente lejano en el sistema penológico español<sup>86</sup> pero con una aplicación que estaba constreñida al régimen de suspensión especial para drogodependientes.

El primer supuesto (suspensión especial para drogodependientes) admite la suspensión de la pena aunque se trate de penas cuya extensión supere los dos años (mientras no llegue a cinco) o aunque el penado tenga antecedentes penales cuando hubiese cometido el delito a causa de su dependencia al alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos similares, siempre y cuando se encuentre deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin. Es en este último caso cuando se materializan las condiciones para el surgimiento de la pena comunitaria.

*5. Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.*

*En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación.*

---

<sup>85</sup> Además se puede incorporar como forma de cumplimiento en un TBC terapéutico.

<sup>86</sup> Ya en el año 1988 se introduce en el CP de 1973 el artículo 93 bis que disponía una remisión condicional especial para drogodependientes. Se trataba del único caso en que una remisión condicional exigía el cumplimiento de una condición distinta a la no comisión de nuevos delitos, aunque su incidencia en el sistema penológico español fue muy limitada. En el Código Penal de 1995 esta figura se transforma en la suspensión especial para drogodependientes (ex art. 87 CP), que luego de la reforma pasa a ocupar lugar en el artículo 80.5 por las razones de eficiencia explicadas con anterioridad en este capítulo.

Esta obligación presenta algunas diferencias con la análoga contenida en el catálogo de reglas de conducta del artículo 83.1. Entre ellas, destaca que el tratamiento debe encontrarse iniciado y por tanto la condición no es la participación, sino el no abandono definitivo.

En la regulación de esta suspensión especial para drogodependientes, se puede ver una mayor flexibilidad. Donde tanto prevención general como proporcionalidad ceden ante el fin rehabilitador. Esta institución es más cercana a la rehabilitación “clásica”, al permitirse aún en reincidentes y para penas superiores a dos años (cede la prevención general) y permite que en ciertos casos, a pesar de haber transcurrido el plazo y cumplimentados los requisitos, no se de lugar a la remisión de la pena por no haberse logrado la deshabitación y sea necesario continuar el tratamiento (cede la proporcionalidad). Estas particularidades permiten que personas con un perfil más “difícil” puedan acceder a penas comunitarias, lo cual puede hacer prever que su cumplimiento podría ser más complejo y, por tanto, podría dar lugar a un mayor número de incumplimientos o fracasos de la medida.

Por lo que respecta al segundo supuesto, con la reforma operada por la LO 1/2015 se dispone la participación en un tratamiento de deshabitación como un deber más, susceptible de imponer como condición de la suspensión, en el catálogo de reglas de conducta del artículo 83.1:

*83.1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

*7.ª Participar en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.*

Así, cuando el juez o tribunal considere que es necesario para evitar la comisión futura de delitos por parte del penado, podrá imponer como condición de la suspensión la participación del penado en programas o tratamientos de deshabitación. El alcance de estos programas es amplio y no se limita a las drogas y el alcohol, sino que abre la posibilidad para tratamiento de otros comportamientos adictivos, no necesariamente asociados al consumo.

La drogodependencia cuenta con un régimen especial no sólo en cuanto a que puede dar pie a una flexibilización en los criterios para la concesión de la suspensión de la

pena y a que cuenta con reglas de conducta hechas “a medida” por el legislador, sino que además, como trataré en el capítulo siguiente, goza de un régimen especial en cuanto a los criterios para valorar el incumplimiento de las medidas recién desarrolladas.

#### ***d) Suspensión sustitutiva por TBC***

De todas las formas de aparición del TBC<sup>87</sup> en el CP, la que puede provocar más debate respecto de su naturaleza, es el TBC como condición especial de la suspensión<sup>88</sup> y que aquí denomino suspensión sustitutiva. Este supuesto es novedoso de la reforma operada por la LO 1/2015 que cambia el régimen de suspensión, haciendo una revisión extensa del mismo. Los diversos cambios introducidos al sistema de suspensión tienen “como finalidad esencial dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión”<sup>89</sup>. Entre otras reformas, se elimina la figura de la sustitución de penas<sup>90</sup> y regula en el artículo 84 la suspensión con condición especial de multa, TBC y mediación. Las dos primeras (multa y TBC) constituían la antigua sustitución, de manera que la actual suspensión del artículo 84 CP pareciera ser heredera. El legislador quiso integrar la sustitución en la suspensión, como defiende en el preámbulo de la Ley, no por razones de fondo ni reparos respecto de la figura, sino como un mecanismo para evitar la presentación escalonada de solicitudes de suspensión, suspensión especial para drogodependientes y sustitución, con sus respectivos recursos, cuestión que dilataba la ejecución<sup>91-92</sup>. Se regula en el nuevo artículo 84 CP, que dispone:

---

<sup>87</sup> Se revisará el contenido de esta pena en el apartado siguiente.

<sup>88</sup> Para un estudio de esta nueva figura ver Gómez-Escolar (2016).

<sup>89</sup> Preámbulo a la LO 1/2015.

<sup>90</sup> La sustitución de penas, nacida con el CP de 1995, había sido la vía de entrada de la pena de TBC en el sistema de penas español. Estaba regulada en el artículo 88 CP suprimido por la LO 1/2015.

<sup>91</sup> Se puede leer en el IV apartado del preámbulo de la LO 1/2015 que “se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas” (el subrayado es mío).

<sup>92</sup> Se ha criticado que el legislador optara por cambiar la naturaleza jurídica de la figura (con las tensiones para la certeza jurídica que pueden surgir) en lugar de establecer un mecanismo procesal para exigir que el juez se pronunciara respecto de todas las figuras a la vez y que el penado las pidiera asimismo de forma alternativa y subsidiaria en el mismo acto.

*1. El juez o tribunal también<sup>93</sup> podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: (...)*

*3.<sup>a</sup> La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.*

Para determinar la cantidad de jornadas de TBC a imponer el juez tiene flexibilidad para imponer el número de jornadas “en atención a las circunstancias del caso” con un tope máximo, de esta manera el legislador de la reforma flexibiliza el criterio de conversión vigente hasta el año 2015 que consistía en la imposición de una jornada de TBC por cada día de prisión (y dos días multa por cada día de prisión). Hoy en cambio, mantiene esa regla sólo para establecer en dos tercios de la misma el máximo de jornadas a imponer.

La imposición de las condiciones especiales del artículo 84 en general es facultativa para el juez. La excepción se encuentra en el artículo 80.3<sup>94</sup> de acuerdo al cual la imposición de la condición de multa o de TBC es obligatoria cuando se suspenda la pena para reos que, no siendo habituales tampoco sean primarios y cuando la suma de las penas impuestas sea superior a dos años, siempre y cuando ninguna de ellas supere los dos años individualmente. Además, y sólo en este caso, habrá un límite mínimo al número de jornadas de TBC (o días multa) imponibles, equivalente al que resulte de la conversión sobre un quinto de la pena de prisión originalmente impuesta. Es decir, cuando excepcionalmente se conceda la suspensión en los casos enunciados, se prevén dos medidas de carácter punitivo que compensarían este beneficio: la imposición obligatoria de la condición de TBC o multa y el establecimiento de un límite mínimo de jornadas o cuotas a cumplir.

---

<sup>93</sup> En el artículo anterior, el 83, se regulan los deberes y prohibiciones a los que el juez podrá condicionar la suspensión.

<sup>94</sup> “3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.<sup>a</sup> del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.<sup>a</sup> o 3.<sup>a</sup> del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.” (80.3 CP).

El nuevo régimen de conversión general ha de considerarse como un avance en la regulación comparado con el de la antigua sustitución en que la equivalencia era 1:1 (un día de prisión se sustituía por una jornada de TBC) y que podía dar lugar a penas de TBC de 700 jornadas y más, lo que hacía su cumplimiento excesivamente difícil. Sin embargo, la benevolencia planteada por esta nueva figura es sólo aparente, puesto que la remisión de la pena podrá estar condicionada a otros deberes<sup>95</sup> y siempre a la no comisión de delitos durante el periodo de prueba<sup>96</sup>. De manera que incluso cumpliendo la totalidad de las jornadas, el penado tendrá sobre sí la espada de Damocles de la revocación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien sigue tratándose de una pena comunitaria (criterio material), cuenta con una naturaleza jurídica mixta. No es equiparable a la antigua sustitución, puesto que en ese caso, la figura conllevaba una modificación del título ejecutivo<sup>97</sup>, de manera que la pena de prisión era sustituida por la de TBC, que cobraba por tanto vida autónoma (más similar a la pena directa de TBC, salvo por las consecuencias de su incumplimiento). La actual suspensión sustitutiva, en cambio, dota al TBC de la calidad de condición de cuyo cumplimiento pende la vigencia de la suspensión. Pero al mismo tiempo la dota de ciertas características que impiden considerar el TBC en ejecución como una simple condición. Así, si bien comparte con las demás condiciones que su ejecución se controla por el juez de ejecución y su incumplimiento da lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, esta última se ha de descontar la parte cumplida del TBC. Se trata, en definitiva, de una modalidad mixta entre suspensión y TBC. Por otra parte, la naturaleza jurídica de la pena de prisión a cumplir dista de la que se ejecutaba por incumplimiento de TBC sustitutivo (1995-2015), puesto que en dicho caso la consecuencia prevista para el incumplimiento era la de prisión, que se calculaba mediante la regla de conversión. En cambio en la suspensión sustitutiva actual, la respuesta prevista no es una pena de prisión, sino la original que resurge por el incumplimiento (cláusula de retorno).

Por último, hay que señalar que incluso previo a la reforma, para algunos era posible imponer un TBC como condición de la suspensión. De acuerdo a esa interpretación, en virtud de la cláusula abierta de la parte final del número 1 del artículo 83

---

<sup>95</sup> En la antigua sustitución también podían imponerse otros deberes u obligaciones del artículo 83, sin embargo su incumplimiento no daba lugar a consecuencia alguna (ver esta discusión en el capítulo 3).

<sup>96</sup> En la antigua sustitución la pen de TBC cobraba vida autónoma de la pena de prisión sustituida, de manera que ninguna circunstancia (ni la comisión de un delito), podía hacer resurgir la pena inicialmente impuesta.

<sup>97</sup> Véase en Navarro, para quien la sustitución, el perdón del ofendido y el indulto son instituciones que modifican el título ejecutivo (2002b).

(aún vigente), se podría permitir la imposición como obligaciones ciertas ocupaciones o trabajos de idénticos contenidos a la pena de TBC. Es esperable que con la previsión de los TBC en el artículo 84, entre las condiciones especiales de la suspensión, el uso de esta fórmula decrezca considerablemente, sobre todo considerando que el nuevo sistema no exige una conversión rígida y su incumplimiento daría lugar a una reducción de la pena de prisión a cumplir, mientras que su imposición en virtud del artículo 83 no permitiría esta última posibilidad.

## **2. Trabajos en beneficio de la comunidad (TBC)<sup>98</sup>**

Los trabajos en beneficio de la comunidad, de utilidad pública o servicios comunitarios, han existido en distintas jurisdicciones y periodos desde la segunda mitad del siglo XX (especialmente a partir de la década de los 80) y consisten en la obligación positiva de trabajar de forma no remunerada, impuesta como sanción penal. A continuación se procederá a explicar el régimen legal aplicable a la pena de TBC y sus formas de cumplimiento, para luego pasar a revisar las formas de imposición de esta pena previstas en el CP.

### **2.1 Régimen legal**

Al igual que la obligación de participación en programas formativos, la sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad existe en el sistema de penas español desde el código penal de 1995<sup>99</sup> y ha sufrido diversos cambios en posteriores y numerosas reformas legislativas, caracterizadas especialmente por ampliar su ámbito de aplicación y facilitar su ejecución. Se regula en el artículo 49 CP, de creación novedosa del CP 1995, y si bien contiene algunas disposiciones que sólo tienen sentido respecto de la pena directa de TBC<sup>100</sup>, su definición y principales criterios de ejecución son aplicables a todas las modalidades de imposición TBC.

Salvo escasas excepciones, la doctrina ha reconocido la naturaleza de “pena” que detentan los TBC. Entre otras razones, se esgrime su calificación expresa como pena por el CP (artículos 32, 33, 39 y 40 CP), su imposición atendiendo a la culpabilidad del sujeto y su

---

<sup>98</sup> Para el desarrollo de este apartado se han utilizado principalmente Cid (1997), Torres (2006), Blay (2007b), Brandariz (2009), Mapelli (2011) y González Tascón (2013).

<sup>99</sup> En justicia penal de adultos.

<sup>100</sup> La referencia al delito de quebrantamiento sólo tiene sentido en caso de pena directa. Las diversas referencias al control por el JVP es válida sólo para el TBC directo y el impuesto por RPS por impago de multa.



capacidad de responder a los fines de las penas. No obsta a ello reconocer que el legislador español dota de distintas funciones a esta pena en el sistema penológico. Así, existe como pena originaria (o directa o principal), como modalidad de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, como condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>101</sup> y, hasta 2015, existía como pena sustitutiva de la prisión. En el artículo 49 CP se construye la pena de TBC conforme al desarrollo internacional de la misma, incluyendo entre sus disposiciones normas y principios ya conocidos en la evolución comparada de la pena. El artículo contiene la definición de la pena, sus modalidades de cumplimiento, las condiciones para su imposición y algunas escasas normas referidas a la ejecución.

#### *Artículo 49*

*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: (...)*

El TBC por tanto se caracteriza por exigir la cooperación<sup>102</sup> del penado. Consiste en una obligación de hacer, cuestión que ya la diferencia de la mayor parte de las penas que consisten en prohibiciones<sup>103</sup>. Otras obligaciones de hacer de carácter penal, en cambio consisten en medidas de control (por ejemplo la de comparecencia personal ante la autoridad) pero no exigen la participación activa del penado en la ejecución de la pena como en el caso de los TBC, ni requieren la supervisión por parte del SGPMA.

Se trata de actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. La reparación de daños y la asistencia a las víctimas parece constituir la forma ideal de cumplimiento del TBC, para conseguir sus fines de resocialización y reparación. Sin embargo, en la práctica, resulta difícil e incluso inviable de implementar una medida como esta. De manera que si bien las penas de TBC mantienen su carácter de utilidad pública, su vinculación con el delito o la reparación

---

<sup>101</sup> Esta institución presenta más problemas para ser proclamada como pena, esta disyuntiva se revisará a continuación.

<sup>102</sup> Uno de los elementos esenciales para la valoración que en esta tesis se hace del concepto de “pena comunitaria”: restricción personal que consiste en el cumplimiento de una obligación.

<sup>103</sup> La multa consistiría en una obligación de dar.

resulta menos evidente, salvo que se considere al Estado como principal afectado, caso en cual la propia naturaleza de utilidad pública de la actividad garantiza la realización de esa característica<sup>104</sup>. La cooperación no retribuida en actividades de utilidad pública es la forma natural y originaria del TBC, a la que se agrega la posibilidad de que la pena obligue al penado a prestar su cooperación en la participación del penado en talleres o programas formativos.

Así, existe la posibilidad, de que el TBC se cumpla de forma diferente a la “natural”. Se trata de una modalidad de ejecución del mismo que aquí denomino TBC “terapéutico” o TBC “formativo”<sup>105</sup>.

De acuerdo al propio artículo 49 CP, puede acordarse la obligación de participación en un programa formativo como forma de cumplimiento de una pena de TBC<sup>106</sup>. Esta posibilidad fue abierta por la LO 5/2010 que modifica el artículo 49 en el sentido de que los TBC puedan consistir “en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”<sup>107</sup>.

Mientras que el legislador no parece manifestar una preferencia por una forma de cumplimiento del TBC (es decir en su forma natural mediante la realización de actividades de utilidad pública o en su forma novedosa mediante la participación en programas formativos) en el RD 840/2011<sup>108</sup> en su artículo quinto se establece, entre otras cuestiones, que “cuando las circunstancias o características vinculadas a la persona condenada, o

---

<sup>104</sup> Razonamiento válido para los delitos de seguridad vial que se castigan con esta pena y que constituyen el mayor volumen en su aplicación

<sup>105</sup> Estas son las nomenclaturas utilizadas por la Administración catalana. En el *Programa de Treballs en Benefici de la Comunitat, Barcelona, 16 de enero de 2013*, a propósito del cumplimiento del TBC mediante programas formativos, se dispone que una vez autorizado el cumplimiento del TBC en términos terapéuticos – formativos por parte de los responsables, la duración del cumplimiento ha de mantener un equilibrio entre las jornadas de TBC impuestas y el tiempo del tratamiento o curso. Este no podría superar, en principio las jornadas (en horas) del TBC impuesto en la resolución judicial.

<sup>106</sup> Que a su vez puede ser un TBC directo, como forma de cumplimiento de RPS por impago de multa o incluso uno impuesto en una suspensión sustitutiva.

<sup>107</sup> La intrincada redacción del párrafo introductorio del artículo 49 con sus múltiples subordinadas sostiene que la participación en programas formativos consiste en una actividad de utilidad pública. A mi modo de ver, eliminando mentalmente algunas de las subordinadas del artículo 49, queda así: “Los trabajos en beneficio de la comunidad ... le obligan [al penado] a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, ... en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”.

<sup>108</sup> RD 840/2011 de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

derivadas de su etiología delictiva, así lo aconsejen, los profesionales de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas ofertarán al penado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se cumpla con su participación en talleres o programas formativos o de reeducación (...). Por su parte, el Departamento de Justicia catalán parece transformar la aplicación de esta nueva forma de cumplimiento del TBC en excepcional al establecer en el *Programa de Treballs en Benefici de la Comunitat, Barcelona, 16 de enero de 2013* que “el criterio general al momento de plantear un plan de trabajo es el cumplimiento prioritario del TBC, entendido como un trabajo, y sólo en casos en que el cumplimiento del TBC en esta forma sea de difícil ejecución se podría considerar la posibilidad de un plan de trabajo adecuado a la problemática que presente el penado de acuerdo con el artículo 5 del RD 840/2011, de 17 de junio de 2011”<sup>109</sup>. Esta interpretación restrictiva de la entidad catalana no parece tener justificación legal. El legislador no dispone preferencia alguna por el modo de ejecución de la pena de TBC, presentándolos como alternativos, de manera que si bien cuando haya dificultades previsibles será siempre preferible el planteamiento de un plan de trabajo adecuado a la problemática del penado, no hay razón para establecer como criterio general la ejecución de la pena de TBC “como trabajo”.

Por otra parte, el TBC terapéutico o formativo se ha planteado como una posible solución ante el problema que presenta la ejecución de una pena comunitaria en el caso de penados con problemas o carencias que dificultan el cumplimiento de una pena. Así por ejemplo, una persona que no conoce el idioma, o que tiene problemas de alcoholismo difícilmente podrá cumplir con una pena de TBC e incluso la participación en un programa grupal de educación vial puede ser dificultosa. Antes de la reforma de 2010, los SGPMA intentaban vincular al penado a los servicios que puedan ayudarle a enfrentar estas necesidades, pero la aceptación por parte del penado de esta “ayuda” dependía exclusivamente de su voluntad e iniciativa al tratarse de una carga no prevista en la sentencia como parte de la pena. Gracias a la existencia del TBC terapéutico y formativo, se puede confeccionar el plan de trabajo de manera que las horas dedicadas a estos programas formativos de idioma o al tratamiento en un centro de salud mental para adultos (CSMA) pueden computarse como parte del cumplimiento de la pena de TBC.

En cuanto a las demás características de la pena de TBC, destaca la no retribución del trabajo desempeñado. Este es un elemento esencial del TBC, es la consecuencia de su

---

<sup>109</sup> La traducción es mía.

carácter de pena y lo dota de contenido aflictivo. A esta razón principal, se añaden otras como el sentido reparador de la pena, la consideración del colectivo de trabajadores en desempleo forzoso y el riesgo de consecuencias desfavorables en el mercado del trabajo.

Por otra parte, se establecen como condiciones de su imposición que se aplique con el consentimiento del penado, que no atente contra su dignidad, que la duración de la jornada no exceda de 8 horas y que la actividad no se supedite al logro de fines económico-lucrativos. A mi parecer, la mayor parte de estas condiciones son garantías que se desprenden del principio de humanidad de las penas, sin embargo, no son elementos de la esencia de la pena de TBC como sí lo son la realización de tareas de utilidad pública y la no retribución. Así, por ejemplo, el respeto de la dignidad del penado es un principio que rige la imposición y la ejecución de las penas en general. La exigencia del consentimiento también se deriva del principio de dignidad del penado y si bien es propia del TBC y está prevista en la mayor parte de las jurisdicciones que cuentan con esta pena, se puede poner en duda que sea un elemento de su esencia, aceptándose por algunos autores la posibilidad de su imposición no consentida como se verá más adelante en este capítulo. La no supeditación de la actividad al logro de fines económico-lucrativos completa el sentido social de la pena de TBC y protege su aplicación de tensiones en el mercado laboral.

## 2.2 Formas de imposición

En el CP español se pueden encontrar al menos tres formas de imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que se revisarán a continuación. Por su parte, la imposición de TBC por vía de suspensión sustitución, podría considerarse como una cuarta forma de imposición de **la obligación** de realizar TBC, pero no será

### *a) TBC tradicional*

Se trata de aquella pena de TBC que se impone como pena por el juez sentenciador, habilitado por el legislador que lo previó en el marco penal del delito castigado y no como un sustitutivo. Esta forma de TBC existe en el sistema de penas español desde el año 2003, con la LO 11/2003 y robustecida con la LO 15/2003. Debido a la exigencia legal de que se imponga con consentimiento del penado, la pena de TBC se encuentra prevista para delitos en la parte especial del CP siempre de forma alternativa a otra u otras penas principales. A veces se enuncia esta forma de TBC como TBC directo, principal u originario. Al decir “directo”, se hace referencia a que puede imponerse de forma directa por el juez sentenciador, el adjetivo de “principal” dice relación con la forma en que la pena fue

prevista por el legislador, mientras que el apelativo de “originario” quiere denotar que su aplicación es inicial en la sentencia condenatoria y no derivada de una decisión posterior de ejecución judicial.

Se ha revisado por la doctrina el abanico de delitos que la incorporan en su marco penal, concluyendo que el criterio del legislador (si puede decirse que lo tuviera) ha sido el de prever esta pena en delitos para los que se quiere dotar al juez de una pena con mayor carga punitiva que la de multa<sup>110</sup>; una pena intermedia entre prisión y multa<sup>111</sup>; y para cuando la imposición de otras penas como la multa y el arresto domiciliario (actual localización permanente) parecen desaconsejables<sup>112</sup>, más que por la efectiva idoneidad de la pena de TBC para responder a los delitos involucrados. Además, en muchos casos se trata de delitos cuya propia existencia se cuestiona desde el principio de intervención mínima del derecho penal. Es por esto que la doctrina ha instado a la incorporación del TBC por su función reparadora y rehabilitadora como pena principal en un ámbito más amplio de delitos, especialmente los de carácter patrimonial, el de daños, la omisión del deber de socorro, la destrucción de cosa propia para su uso social y delitos menores de tráfico de drogas, entre otros.

Toda la regulación de la que se dota al TBC en el artículo 49 es aplicable al TBC directo y se distingue de las demás modalidades porque es controlado por el juez de vigilancia penitenciaria y su incumplimiento puede dar lugar a un delito de quebrantamiento.

#### ***b) TBC como RPS en caso de impago de multa***

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (RPS) está regulada en el artículo 53 CP. De la lectura de dicha disposición, pareciera desprenderse que la forma primaria de RPS para el legislador es la pena de prisión, para la que se establece un módulo de conversión de acuerdo al cual dos días multa equivalen a un día de prisión.

Pese a que el TC ha defendido la constitucionalidad de esta medida, rechazando la idea de que se trate de un caso de prisión por deudas, se critica por la doctrina la falta de un

---

<sup>110</sup> En el delito de robo y hurto de uso de vehículos, el TBC y la multa son las penas principales alternativas previstas por el legislador.

<sup>111</sup> Como en algunos delitos contra la seguridad vial.

<sup>112</sup> En violencia de género y doméstica se estima que la imposición de una multa puede afectar indirectamente el patrimonio o los recursos de la víctima, mientras que la localización permanente puede poner en riesgo a la víctima, en ambos casos agravando la situación de las víctimas.

procedimiento de apremio para el impago de multa, el recurso primario a la prisión para enfrentarla y la ausencia de un criterio que distinga insolvencia fraudulenta, imprudente y fortuita para medir las consecuencias del impago.

*1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37.*

*También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. (...)*

Los TBC como RPS, aparecen en el segundo párrafo del primer apartado del artículo 53 como una forma de cumplir la RPS. Se podría entender, entonces, que los TBC funcionan nuevamente como una pena sustitutiva ante la prisión que sería la forma natural de responder ante un impago de multa, se trataría así de una “conversión” de multa a RPS seguida de una sustitución específica. La localización permanente por su parte, está prevista para los delitos leves.

El sistema de conversión del artículo 53 es idéntico (pero invertido) al del antiguo artículo 88 que regulaba la sustitución de penas. Es difícil interpretar si es que el mantenimiento de este sistema de conversión rígido en la RPS, pese a la moderación del sistema de conversión en la figura heredera de la sustitución, se debe a una decisión meditada del legislador o simplemente a una falta de previsión de mantener un sistema relativamente armónico.

### ***c) Sustitución obligatoria***

Tras la Reforma del CP 1/2015 se deroga la antigua sustitución del artículo 88 CP (o se degrada a una especie de suspensión, como he explicado), sin embargo, la figura de la sustitución por TBC pervive en el artículo 71.2 CP para las penas de prisión inferiores a 3 meses. Si bien la sustitución resulta obligatoria, tendrá discrecionalidad el juez para decidir si sustituir por multa, TBC o localización permanente.

*No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, esta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por un día de trabajos en beneficio de la comunidad o por un día de localización permanente.*

Como se puede apreciar, se repite la regla de conversión rígida criticada con anterioridad.

### **3. Datos sobre la imposición judicial y la aplicación administrativa de las penas comunitarias en España**

Una vez estudiadas las penas comunitarias españolas, revisaré el uso de estas mismas en España, para dilucidar la relevancia concreta de las penas comunitarias en este sistema penológico.

El dato del número de penas comunitarias en España es compuesto por la Administración Pública (Departament de Justícia para Catalunya; Ministerio del Interior para el resto de España) mientras que el número de penas y penados (del INE) es generado por datos del Poder Judicial (sentencias firmes) y si bien esto puede ocasionar alguna discrepancia menor, creo que estos datos permiten obtener un panorama de la realidad española en el uso de penas comunitarias.

Las cifras del poder judicial ofrecen información de la etapa de imposición de la pena, es decir, nos dicen, por ejemplo, cuántos fueron condenados a prisión o a TBC directo. Sin embargo las cifras de la etapa de ejecución judicial son opacas, en el sentido que no dan luz acerca de cuántas personas están cumpliendo la pena. Así, por ejemplo, no se sabe cuántas suspensiones hay, ya que los datos del INE indican el número de condenas a prisión, pero no es posible conocer qué porción de estas fueron suspendidas (ni de entre estas, cuántas suspensiones fueron ordinarias y cuántas se condicionaron además a alguna regla de conducta). Por lo tanto la única forma de conocer cuántas personas hay bajo supervisión en la comunidad, o cuántas penas comunitarias se imponen en España, es acudiendo al agente en que se radica la ejecución administrativa de esas penas: Ministerio del Interior en España y el Departament de Justícia en Cataluña y que son los responsables de dicha supervisión.

**Tabla 1. Datos proporcionados por el RCP 15/11/2012 sobre la suspensión de la pena de prisión**

	2008	2009	2010	2011
Penas de prisión suspendidas	63.114	59.185	55.447	49.854
Penas prisión INE	129.890	139.663	141.849	135.713
% Penas prisión suspendidas	48,59	42,38	39,09	36,73
% Prisión	20,59	22,25	22,71	24,71
% Penas prisión cumplidas	10,59	12,82	13,83	15,63

Fuentes: Datos suministrados por el RCP, 15/11/12.

INE. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t18/p466/a2011/10/&file=03001.px&type=pcaxis&L=0> y elaboración propia

En Barquin y Luna (2013) se encuentran algunos datos de suspensiones aportadas para los autores por el Registro Central de Penados, lamentablemente no disponen de una distinción entre suspensiones ordinarias y con condiciones, que las doten del carácter de pena comunitaria. Los datos de los dos primeros años son sostenidos y coinciden con los descubrimientos de investigaciones previas, en que las suspensiones bordean el 50% (Cid y Larrauri 2002; Anton y Larrauri 2009). De acuerdo a los datos de Barquin y Luna, la evolución de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se encontraría en descenso. Los autores sostienen que “el sistema parece evolucionar en el sentido de dictar más penas de prisión y suspender menos estas penas una vez que las mismas se han dictado, incrementándose así el porcentaje de penas de prisión cumplidas”. Los autores no ofrecen hipótesis en torno a las posibles razones de esta tendencia, diferente de los resultados de investigaciones previas y que tampoco parece ser compatible con los datos de ingresos procedentes de libertad de la DGIP. Esta información (Ilustración 4) sugiere que, durante los años en que Barquín y Luna sugieren que habría incrementado la dictación de penas de prisión y descendido progresivamente la tasa de suspensiones (2009-2011), el número de ingresos a prisión procedentes de libertad también habría descendido.

De hecho, se trata de una cuestión difícil de explicar y que podría ser fruto de un desfase en la recolección de datos<sup>113</sup>. Así, podría haber un desfase entre que una persona es condenada a prisión (y este hecho se registra por el INE) y que esa pena se suspende efectivamente. De manera que podría haber penas de prisión cuya suspensión (a) no ha sido registrada en el Registro Central de Penados; o (b) no había acaecido al tiempo de la solicitud de datos de Barquin y Luna, cuestión que no es improbable si se consideran los

---

<sup>113</sup> Agradezco esta idea a José Cid.



plazos de resolución de las suspensiones y la proximidad de la fecha de los datos expuestos respecto de la fecha de la publicación comentada.

Ilustración 4. Informe General 2013 DGIP (2014; 55)

**Ingresos procedentes de libertad. Evolución comparativa.**  
**Datos referidos a la Administración General.**

CONCEPTO	2009	2010	2011	2012	2013
Población Nacional	27.147	27.839	25.257	18.095	23.329
Población Extranjera	15.439	14.106	13.073	12.410	10.924
Población General	42.586	41.945	38.330	30.505	34.253

En cuanto a las penas comunitarias, los datos los publica el agente en que se radica la ejecución administrativa de esas penas: Ministerio del Interior y Departament de Justicia. Así, ya comienza a ponerse de relieve que el actor principal en la ejecución de las penas comunitarias deja de ser el juez, que tuvo un rol preponderante en la etapa de condena y posterior ejecución judicial, sino la Administración. Cuestión que se ha visto incrementada con las modificaciones en esta materia (Vegas Aguilar 2011). Profundizaré en esta cuestión en el próximo apartado.

En España se observa el mismo fenómeno que en el resto de Europa, con un aumento desde los años 90 en el uso de las penas comunitarias que, en parte, se explica por las diversas reformas que desde su introducción al sistema de penas, han ampliado su campo de acción.

En las siguientes tablas, se exponen los datos facilitados por la Administración, consistente en los mandamientos judiciales que reciben anualmente por parte de la judicatura para su gestión e implementación por parte de la Administración (central en España y autonómica en el caso catalán). Se distingue entre las penas en el marco de una suspensión (con obligación de participación en programa formativo o de tratamiento de deshabituación) y las penas de TBC (como se trata de datos previos a la reforma operada por la LO 1/2015, se incluyen tanto datos de TBC directos y de RPS por impago de multa como de TBC sustitutivos).

Tabla 5 Penas comunitarias Resto de España (Nº)

	Susp. con reglas de cta. AGE	TBC AGE	Total Penas comunitarias AGE
2011	21.569	156.559	178.128
2012	24.987	121.614	146.601
2013	14.299	93.724	108.023
2014	9.982	82.707	92.689

Confeción propia en base a la Información Estadística de penas y medidas alternativas, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Dato: Mandamientos recibidos a nivel nacional.

Tabla 6 Penas comunitarias Cataluña (Nº)

	Susp. con regla de cta.* CAT	TBC** CAT	Total penas comunitarias CAT
2005	954	2.639	3.593
2006	1.720	2.966	4.686
2007	2.118	2.962	5.080
2008	2.264	9.032	11.296
2009	2.403	13.971	16.374
2010	2.324	14.627	16.951
2011	1.982	9.062	11.044
2012	1.867	8.523	10.390
2013	1.770	9.346	11.116
2014	1.705	9.538	11.243

Confeción propia a partir de los datos de “Descriptors estadístics de mesures penals alternatives” de la Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Susp. con reglas de conducta: Nombre total de demandas d'obligacions (OBL) anuals. S'entén per demandes les ordres rebudes dels òrgans jurisdiccionals penals per a l'execució d'una mesura. TBC: Nombre total de demandes de penes de treballs en benefici de la comunitat (TBC) anuals. S'entén per demandes les ordres rebudes dels òrgans jurisdiccionals penals per a l'execució d'una mesura.

A primera vista, pareciera que la tendencia es a una disminución en la ejecución de las penas comunitarias, especialmente si es que se tiene como referencia los datos de la Administración general del Estado. Sin embargo, esta primera apreciación tiene que ser desmentida (o cuanto menos relativizada) apreciando el contexto y los cambios más significativos en el sistema de justicia penal que pueden ayudar a comprender un fenómeno que puede ser puntual. La explicación que desarrollaré, es que la tendencia en España era a una expansión progresiva en la aplicación de las penas comunitarias, que se vio acelerada de forma explosiva en los años 2008 y 2009 y que la tendencia “a la baja” apreciada con posterioridad, es más bien un fenómeno de estabilización del sistema que uno de regresión<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> De hecho en Cataluña, que goza de mecanismos de ejecución más flexibles, esta estabilización se habría producido ya en 2012, volviendo a la senda de progresivo aumento en la ejecución de penas comunitarias.

El suceso de mayor relevancia estaría dado por la reforma al CP operada por LO 15/2007 (Blay 2010; Vidales Rodríguez 2011), de 30 de noviembre, deshecha luego por la LO 5/2010, de 10 de junio. La primera reforma señalada, incorporó al CP nuevos tipos delictivos en materia de seguridad vial. Se dispuso en el artículo 379 CP como castigo para los tipos de conducción de 60 km por sobre la velocidad permitida y de conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas, alcohol, etc., una pena corta de prisión o una de multa y TBC. Así, si el juez quería evitar la imposición de una pena de prisión para castigar estos delitos de escasa dañosidad social, tenía que imponer obligatoriamente la pena de TBC. Esto habría generado un crecimiento explosivo en la imposición de TBC directos en los años venideros (Blay 2010). La gestión de la ejecución de los mismos era extremadamente difícil para una Administración que no podía estar preparada para dar respuesta a este fenómeno. Se hicieron denuncias de prescripciones masivas, se aplicaron planes de contingencia para asegurar el cumplimiento rápido y múltiple de la pena y, por último, se dio lugar a la reforma del artículo mediante la LO 5/2010. Esta ley reformó el artículo 379 CP y estableció como marco penal para ambos delitos las penas de prisión, de multa “o” de TBC. Esta reforma de 2010 habría permitido la progresiva descompresión del sistema.

Por último, cabe destacar la investigación en curso de Blay (2015), que estudia tendencias en la imposición y ejecución judicial de penas en España entre los años 1998 y 2012, de acuerdo con cual, el uso de las penas comunitarias habría aumentado. Este es el caso tanto para la suspensión de la pena con reglas de conducta como para la pena de TBC. Según la autora, para las suspensiones este aumento puede deberse a cambios en el código penal, que exige a los jueces la imposición de reglas de conducta cada vez que suspenden una pena de prisión impuesta por violencia de género. En su muestra, sin embargo, cerca del 50% de las suspensiones con reglas de conducta respondían a delitos contra la propiedad, lo que lleva a la autora a pensar que los jueces están acudiendo a esta pena no solo cuando la ley se lo impone, sino que cuando consideran que es la mejor respuesta para un supuesto concreto<sup>115</sup>.

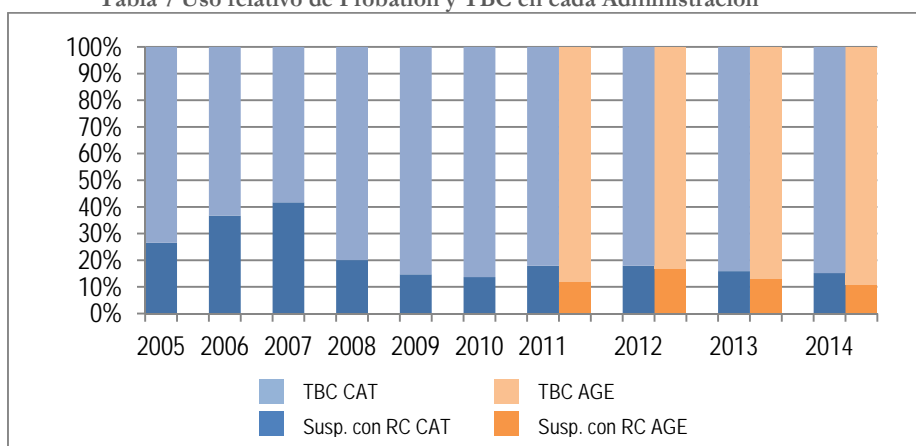
Ya se ha podido apreciar que en el uso de las penas comunitarias, la que goza de mayor utilización es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Esto ha sido así desde que contamos con datos para cuantificarlas. Se puede observar, asimismo, que esta

---

<sup>115</sup> Aunque advierte que hay un importante grado de diversidad en el uso de las penas comunitarias, y que lo que a veces se interpreta como un cambio cultural general, puede tal vez sólo ser reflejo del trabajo de unos pocos agentes de decisión.

diferencia es mayor en el resto de España que en Cataluña, donde parece haber, comparativamente, un mayor uso de la suspensión con reglas de conducta.

Tabla 7 Uso relativo de Probation y TBC en cada Administración



A partir de los datos anteriores, ya se puede afirmar que **la evolución de las penas comunitarias en España, acorde con la tendencia europea, es la de un incremento en su uso por el sistema penal.** Sin embargo, un segundo paso para comprender la relevancia de estas penas, es intentar cuantificar su relevancia en comparación con las demás penas disponibles en el sistema penal español. Esta tarea cobra mayor relevancia cuando se toma en consideración lo desarrollado respecto de la expansión de la red penal. Siempre existe la posibilidad que el aumento de las alternativas sea paralelo o proporcional a un aumento de la pena de prisión, de tal manera que su peso relativo no haya incrementado.

En el punto anterior se aclaró qué cuenta como pena comunitaria, pero aquí surge el siguiente problema: ¿con qué debemos comparar las penas comunitarias? Para realizar dicha labor, en 2009, Cid calcula el porcentaje de probation sobre el total de condenados. Esta opción era la única posible en dicha época, en que no se publicaban por parte del INE el número de penas (muy superior al número de condenados puesto que a un penado se le pueden imponer varias penas por un delito, por distintos delitos y en una o más sentencias)<sup>116</sup>. La opción alternativa es calcular el porcentaje de penas comunitarias sobre el total de penas impuestas en España. Sin embargo, esta tampoco me parece la mejor solución, ya que en el total de penas se incluyen muchas que tienen una naturaleza accesoria, mientras que las penas comunitarias tienen una naturaleza de pena principal (que

<sup>116</sup> Y de hecho si se ampliara el ejercicio hecho por Cid, daría como resultado que en 2012 la probation era el 12,1% de las penas en España, mientras que las penas comunitarias en general, ocuparían el 71% del panorama penológico español, números que parecen ser muy superiores a la realidad hispana.

puede ser aditiva a otra principal e incluso sustitutiva), de manera que en dicho ejercicio se diluiría la relevancia comparativa de la pena comunitaria. Es por esto, que en la Tabla N°5, procedí a comparar el número de penas comunitarias con el número de penas principales en España<sup>117</sup>.

Tabla 8 El peso relativo de las penas comunitarias

	Total penas principales en España	Total penas comunitarias España	% penas comunitarias en total de penas principales	Susp. con reglas de cta. España	% Susp. con reglas de cta. en penas principales	Condenas a TBC España	%TBC en penas principales
2011	306.843	189.172	61,7%	23.551	7,7%	165.621	54,0%
2012	309.175	156.991	50,8%	26.854	8,7%	130.137	42,1%
2013	335.128	119.139	35,6%	16.069	4,8%	103.070	30,8%
2014		103.932		11.687		92.245	

Confeción propia, a partir de los datos de “Información Estadística de penas y medidas alternativas, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias” para la Administración General del Estado y de “Descriptors estadísticos de mesures penals alternatives” para Cataluña. Y de los datos del INE “Estadística de condenados” para el total de penas principales en España.

Puede observarse la tendencia a la baja en la proporción de penas comunitarias dentro de la realidad penológica española, sin embargo, como se planteó con anterioridad, es probable que más que un descenso se trate de una estabilización.

Otra forma de medir el peso relativo de las penas comunitarias, es comparando la cantidad de personas sujetas a supervisión en la comunidad con las personas en prisión. De acuerdo a una reciente investigación (Aebi, Delgrande, y Marguet 2015), en España la proporción es de 120 personas cumpliendo penas comunitarias por cada 100 que están en prisión en la Administración general del Estado, mientras que es de 79 cada 100 en Cataluña<sup>118</sup>. Así, si bien en mi opinión se puede afirmar que, desde su aparición en 1995, existe un incremento progresivo en el uso de las penas comunitarias, no se puede ser contundente respecto de su uso comparativo con las demás penas y se debe tener en cuenta la aparente variabilidad entre la AGE y Cataluña.

<sup>117</sup> Para calcular las penas principales, procedí a restar las penas privativas de derecho que son siempre accesorias (inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo, suspensión empleo o cargo público, privación derecho conducir vehículos, privación derecho tenencia de armas, privación derecho residir en determinados lugares, prohibición aproximarse a la víctima, prohibición comunicarse con la víctima) del total de las penas en España. Este ejercicio era necesario para medir el peso real de las penas comunitarias.

<sup>118</sup> La diferencia entre ambas jurisdicciones podría deberse a que se explotan los datos correspondientes al año 2012, cuando en Cataluña ya se había “gestionado” el aumento explosivo de penas comunitarias español.

## **4. Reflexiones criminológicas en torno a las penas comunitarias**

La implementación de un elenco de penas comunitarias en un sistema penológico tradicional genera ciertas tensiones que a continuación trataré someramente. En el capítulo anterior se explicaron las razones que llevaron a diversas jurisdicciones a integrar penas comunitarias en sus sistemas de sanciones y también los efectos de esa integración. Sin embargo, es necesario detenerse en algunos cambios que la irrupción de las penas comunitarias genera y las reflexiones que la transformación plantea.

### **4.1 Administrativización**

La preocupación en torno a las ideas de administrativización que suscita el surgimiento de las penas comunitarias, tiene que ver con una supuesta arrogación por parte de la Administración de competencias que por ciertos principios, habrían de radicarse en el Poder Judicial o incluso en el Legislativo.

Todo sistema de sanciones tiene tres tipos de normas: la previsión legal de las penas, las normas que rigen la individualización de las mismas y las normas de ejecución (Silva Sánchez 1998, 247). En este ámbito se producen dos tipos de tensiones: a qué órgano corresponde la competencia legislativa o nomogenética de cada tipo de normas y a qué órgano corresponde la aplicación de las normas mencionadas, caracterizándose por una cierta desconfianza en el Ejecutivo y la Administración para algunas de las tareas encomendadas<sup>119</sup>. Se trata de que el Ejecutivo o la Administración, encargada de la ejecución penal asuma competencias que para algunos corresponden al legislador o al juez, en su caso.

En la primera discusión, se reflexiona en torno al rango normativo que han de tener las distintas disposiciones. Normas de previsión legislativa de penas y conductas penadas han de detentar claramente el rango de ley<sup>120</sup>, asimismo las reglas para la individualización y, por último, se discute el rango normativo que ha de regir la ejecución: si ha de encargarse el legislador mediante la promulgación de leyes o el ejecutivo mediante la dictación de reglamentos. Así, si bien se acepta que una norma con rango de reglamento pueda regular

---

<sup>119</sup> Es necesario no confundir con la administrativización del Derecho Penal, que se refiere al proceso mediante el cual el Derecho penal comienza a tipificar conductas que por su menor injusto pertenecerían al ámbito sancionatorio administrativo (Silva Sánchez 2011, 135 ss.)

<sup>120</sup> La vulneración de este principio da lugar a las conocidas leyes penales en blanco y sus derivadas.

gran parte de la ejecución de las penas, se exige que estos reglamentos desarrollen la norma de ejecución que por tanto deba contener bases y principios a respetar (artículo 3 CP para la ejecución de las penas en general, artículo 36.1 CP para la pena de prisión). Un ejemplo de este tipo de discusiones se generaron con la publicación del reglamento para la ejecución de TBC en 1996. El Código penal de 1995 introdujo por primera vez las penas comunitarias en España, y probablemente por esa inexperiencia, omitió regular cuestiones esenciales de la ejecución del TBC como el incumplimiento. El Real Decreto 690/1996, *de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*, llenó este y otros vacíos estableciendo cuatro criterios para valorar el incumplimiento del TBC. Cuestión muy criticada por la doctrina que se solucionó trasladando al artículo 49 CP, casi sin cambios, los criterios del reglamento mediante la reforma legislativa operada por la LO 15/2003. Toda esta historia regulatoria, sumada a otras múltiples reformas, genera a día de hoy, que el artículo 49 CP que regula la pena de TBC sea una intrincada disposición con diversidad de números que idealmente deberían constituir artículos distintos.

La segunda discusión, se refiere a la crítica de que órganos encargados de la ejecución de la pena se estuvieran arrogando competencias de individualización de las mismas. Para entender este problema, hay que tener en cuenta que se acepta en general que la aplicación del primer y segundo ámbito de actuación de las normas penales (previsión legal e individualización) corresponde al juez, mientras que la aplicación de normas de ejecución, corresponde a la Administración (controlada por el juez)<sup>121</sup>. Sin embargo, estas tres etapas no son compartimentos estancos cuyas fronteras sean fácilmente delimitables, de manera que puede ocurrir que, para cumplir con su tarea de implementar la pena, la administración realice actividades que puedan calificarse propias de la individualización de la pena.

En este sentido, la tensión que provocaría la incorporación de penas comunitarias en el sistema penológico, es la atribución de competencias a los órganos encargados de su ejecución, que en ocasiones puede entrar en conflicto con garantías propias del sistema penal español en que la individualización de la pena es competencia judicial. La pregunta subyacente es ¿qué tan detallado tiene que ser el juez en su sentencia respecto de la pena para decir que cumplió con la labor individualizadora?

---

<sup>121</sup> Sobre el principio de ejecutividad de las penas, ver en el Capítulo III, Título 3.3.3.

El mecanismo por el que se da esta situación no es evidente, puesto que una vez individualizada judicialmente la pena, es necesaria para su implementación la concreción de algunos aspectos que pueden depender de factores como la existencia de plazas, la búsqueda de una plaza adecuada a las necesidades criminológicas del penado, la disponibilidad horaria del penado para no incidir negativamente en sus responsabilidades laborales y familiares, etc. Estos aspectos son algunos de los que se tendrán normalmente en cuenta para la realización de un plan de trabajo individualizado.

Si bien en principio podría pensarse que el juez o tribunal al individualizar la pena podría, además, tomar en cuenta esos factores y desarrollar el plan de trabajo apoyado por un organismo o agente que pueda dotarle de la información respecto del penado necesaria (mediante un informe psico social o *pre sentence report*<sup>122</sup>), parece ser que está en mejor posición para tomar estas circunstancias en cuenta la Administración, encargada de la ejecución de estas penas. La tensión se genera en el límite que debe existir entre la labor de individualización judicial de la pena y la labor de individualización administrativa de la ejecución de la pena que respete el principio de individualización judicial que rige en España. Así, por ejemplo, la concreción de una pena de un número determinado de jornadas de TBC en un plan concreto, que no solo determina la actividad a realizar, sino también la duración de cada jornada y su calendarización, constituye para algunos claramente un ejercicio de individualización de la pena que atenta contra los principios de proporcionalidad y de igualdad e incluso representa un problema desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias entre la Administración y los jueces y la determinación judicial de las penas (Blay 2007b, 123-24) e incluso para la autora, el RD en esta parte es derrotable.

Por lo que se refiere al TBC, esta cuestión se ha visto en cierta medida acentuada desde la entrada en vigor del RD 840/2011 que amplía las competencias de la Administración en la ejecución de las sanciones que regula el RD al tiempo que “merma en las facultades que los JVP tenían sobre el control de dicha ejecución” (Vegas Aguilar 2011). La disposición más contendida en este sentido es la del artículo 5.3 conforme la cual el plan de ejecución gozará de inmediata ejecutividad y el control del JVP que era previo, pasa a ser un control *ex post*:

---

<sup>122</sup> Sobre la utilidad de este instrumento y su uso en España, ver Larrauri (2012), y Larrauri y Zorrilla (2014).



*Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.*

La relevancia del asunto para el autor radicaría no sólo en la administrativización de la ejecución penal, que parece considerar como esencialmente negativa, sino en que la individualización de la pena ya no es judicial, sino administrativa, lo que parece valorar como un atentado al principio de legalidad penal y del monopolio de la individualización de la pena por parte de los órganos jurisdiccionales. Para el autor “si se consiente que el plan de ejecución sea inmediatamente ejecutable lo que se está haciendo es poner en manos de un órgano administrativo la determinación concreta de la pena —individualización—, ya que éste determinará en qué lugar se realiza la prestación y qué número de horas durará la jornada, es decir, fijará los elementos esenciales de la pena objeto de análisis”.

Resultan de interés, también, los problemas de igualdad a que puede dar lugar el hecho de que si bien es el juez quien determina el número de jornadas de un TBC (ya sea pena directa o condición de una suspensión-sustitución), normalmente es el SGPMA<sup>123</sup> el que determina la cantidad de horas que constituye una jornada. El CP establece un máximo de 8 horas de duración de la jornada sin mínimo<sup>124</sup> y por tanto puede existir diversidad de criterios, así por ejemplo mientras en Asturias una jornada de TBC normalmente implica una sujeción del penado a dos horas (González Tascón et al. 2015, 24), en Cataluña es de cuatro horas<sup>125</sup>. Esta diferencia de criterio es relevante y ha de ser denunciada y corregida. Sin embargo, en mi opinión, no hay razones para pensar que los mismos problemas de desigualdad no se reproducirían en una individualización judicial de las penas<sup>126</sup> y, por lo tanto, habría que reconocer que, en realidad, se trata de una discusión en torno al principio de legalidad de la determinación de la pena y no tanto al de igualdad.

Por otra parte, se determinaría el número de horas que constituye una jornada en relación a las responsabilidades familiares y laborales del penado, lo que puede generar un mayor número de horas para alguien sin trabajo ni familia pero con igual número de jornadas (Blay 2010, 65-66). En mi opinión, hay dos argumentos que justifican esta

---

<sup>123</sup> Existe evidencia de que hay prácticas diversas en esta materia, recogándose casos en que esta determinación de horas la hace el órgano judicial sentenciador y otras el supervisor (JVP) en González Tascón et al. (2015, 24).

<sup>124</sup> En el RD de 1996 se establecía un límite mínimo de 4 horas.

<sup>125</sup> Un problema de igualdad análogo en la ejecución de los programas formativos se puede revisar en Larrauri (2010).

<sup>126</sup> Con la agravante de que dos tribunales de una misma jurisdicción pueden optar por criterios distintos, mientras que al menos ahora parece haber una cierta coherencia de criterios dentro de una misma comunidad.

aparente desigualdad, uno desde el ideal rehabilitador y otro desde la proporcionalidad o la retribución. En primer lugar, la razón de ser de las penas comunitarias en cuanto a alternativas es que su cumplimiento permita el mantenimiento del penado en la comunidad y que cuando hayan vínculos sociales (laborales, familiares, etc.) estos puedan ser mantenidos e incluso fortalecidos, de manera que atender a las responsabilidades del penado para la determinación de la carga inherente a la pena no es sino consecuencia lógica de su fundamento. En segundo lugar, esta manifestación del principio de flexibilidad que rige en la ejecución de las penas constituye un corrector que sirve precisamente para afectar en la misma medida a personas con diferentes responsabilidades y por tanto diferente tiempo libre, de manera que la carga en su vida sea equivalente (argumento de criterio retributivo).

Más allá de la administrativización del sistema penal, se ha llegado a hablar incluso de una privatización del mismo librada por la incorporación de entidades privadas en la ejecución de las penas. Así por ejemplo para el desarrollo de los programas formativos y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, la Administración realiza sendos convenios con entidades del tercer sector (sin fines de lucro), mandatada por el propio RD 840/2011 que rige las penas comunitarias. Se ha teorizado al respecto poniendo hincapié en la tendencia, observable no sólo en el ámbito penal, de la constitución de alianzas público-privadas para el desarrollo de actividades públicas (Liddle 2001, 49-51). Cabe destacar en Cataluña, la verificación de este fenómeno de externalización, no únicamente para el desarrollo concreto de la obligación impuesta, sino también para el trabajo propio del SGPMA, que aunque depende del Departamento de Justicia, se lleva a cabo por instituciones del tercer sector (Blay 2010; Blay y Larrauri 2016)

## 4.2 Discrecionalidad

La imposición y ejecución de las penas en general requieren de un margen de discrecionalidad mayor cuando se las compara con el momento anterior de decisión sobre la culpabilidad de un encausado.

*“Sobre la base de determinados planteamientos ius-filosóficos, cabe sostener que las normas jurídicas relativas a la imposición y la ejecución de las sanciones penales pertenecen a un género de normas generadoras de “discrecionalidad jurídica”, en el sentido que los órganos judiciales están llamados a efectuar una actividad no meramente aplicativa de Derecho sino de desarrollo y concreción del Derecho” (Tamarit 2007).*

La decisión sobre la imposición de la pena y su ejecución estará regida por los fines que se les atribuyen y se espera que cumplan en el caso concreto. La decisión incluye la

determinación de la pena, su duración y las condiciones de su cumplimiento. Esa flexibilidad esencial del proceso en cuestión, se podrá medir en consideración a diversos indicadores como la amplitud o estrechez del marco penal, el régimen de circunstancias modificatorias de responsabilidad (atenuantes y agravantes) y el régimen de libertad anticipada, entre otras (Tamarit 2007, 11-14). El margen de discrecionalidad propio de la individualización y ejecución de las penas se ve acentuado con la entrada de las penas comunitarias. Así para Tamarit, la presencia de penas alternativas en los marcos penales y la posibilidad de sustituir penas, da cuenta de una mayor flexibilidad del sistema al presentar más opciones al juez. En primer lugar, se valora la presencia de más de una clase de pena en el marco penal de los tipos de forma alternativa (cuando la variedad de penas implica acumulación o complementariedad no se puede hablar de flexibilidad). Por otra parte la posibilidad de suspensión y sustitución de penas también representan un elemento de flexibilidad que permite al juez evitar la ejecución de la pena o sustituirla. Sin embargo, como el mismo autor advierte, en muchas ocasiones la presencia de la institución de sustitución en un código coincide con la escasez de penas alternativas aplicables de forma directa en los tipos penales del mismo. A estas reflexiones del autor citado, se puede agregar que las penas comunitarias añaden un elemento más de flexibilidad en un sistema penológico ya que suelen estar constituidas por un catálogo de condiciones, prohibiciones y obligaciones de los que dispone el juez para individualizar la pena al caso particular, permitiendo incluso la creación de condiciones novedosas por parte del mismo magistrado.

En el caso de la suspensión, se trata de un doble acto de discrecionalidad judicial puesto que en primer lugar se ha de decidir si acaso suspender o no, y luego acerca de la extensión del periodo de prueba (Mapelli 2011, 125-28), a estos dos se puede agregar un tercer acto de discrecionalidad consistente en la determinación reglas de conducta imponibles como condición de la suspensión. La flexibilidad que aporta la presencia de las penas comunitarias representa una tensión caracterizada por la desconfianza a la discrecionalidad de los jueces. Sin embargo, parece evidente que una decisión discrecional no es una decisión arbitraria<sup>127</sup>. La garantía de la motivación de la sentencia impera también en este ámbito y el juez habrá de tener en cuenta criterios que justifiquen su decisión. Esta garantía de motivación está incorporada en la de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española.

---

<sup>127</sup> En este sentido, para la suspensión, ver Roig (2014, 177 ss.).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad (Subijana 2005, 5)<sup>128</sup>. Lamentablemente, al mismo tiempo, la jurisprudencia tiene estándares no muy exigentes en cuanto al contenido de la motivación, lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina (Cid 2009; Roig 2014).

Cid y Larrauri (2002) quisieron averiguar qué uso hacen los jueces de la discrecionalidad que detentan en el ámbito de las alternativas en una época en que gozaban de un menor ámbito de discrecionalidad que hoy. En ese entonces, observando el comportamiento judicial en el año 1998 descubrieron, entre otras cosas, que los jueces hacían poco uso de la discrecionalidad que detentaban. Recientemente Blay actualizó esta investigación y, de acuerdo a sus resultados preliminares, puede apreciar un cambio de tendencia en el sentido de hacer un mayor uso de las penas alternativas y una mayor aceptación a la posibilidad de aplicarse a perfiles un poco más complejos (Blay 2015).

Finalmente, es necesario hacer referencia a que la desconfianza en la discrecionalidad que requieren las penas comunitarias se considera una de las causas del decaimiento del ideal rehabilitador en los años 70. Sin embargo, no se trataría de un problema con la discrecionalidad propiamente tal, sino con los abusos a los que dio lugar (Bottoms, Rex, y Robinson 2004). En la medida que no se considere que el abuso sea consustancial a la discrecionalidad, a mi parecer, la crítica a la discrecionalidad judicial sería una crítica de argumento de pendiente resbaladiza.

En un aspecto vinculado a la discrecionalidad judicial y las penas comunitarias, desde los años 80, Ashworth ha manifestado su preocupación respecto de cómo la dictación de nueva legislación tendiente a disminuir el uso de la prisión puede encontrar resistencia en los jueces. Su desconfianza radica en la posibilidad de que los jueces

---

<sup>128</sup> Entre otras, ver las STC 198/2001 y STC 170/2004.

modifiquen su forma de fallar al tener en consideración los factores exógenos que pueden incidir en la ejecución de su fallo. Concretamente, se refiere a que las medidas de libertad temprana (como la libertad condicional o el tercer grado) pueden provocar que algunos jueces intenten contrarrestar el efecto de estas medidas, aumentando los niveles de condena generales (Ashworth 2010, 307).

Puede entenderse que no se refiera a la suspensión de la ejecución de la pena porque en el Reino Unido, el juez que decide sobre la posibilidad de suspender la pena de prisión es el mismo que decidió la pena. Pero se puede suponer que el autor tendría el mismo reparo ante la institución española de la suspensión.

Sí se refieren a esta posibilidad de Sola, García Arán y Hormazábal (1986, 77), quienes afirman que la discrecionalidad judicial referente a la suspensión ocurre en la elección de la pena, más que en la decisión sobre suspender o no la pena de prisión:

*“si el Tribunal entiende que el reo debe ir a prisión, le basta con imponer una pena de un año y un día, como en ocasiones ocurre.*

*Este ámbito —el de la elección de la pena— es aquel en el que se utiliza la discrecionalidad y no el momento posterior a la medición penal, como teóricamente debería ocurrir. Elegida una pena que permite o impide la suspensión, el hecho de que esta se decida automáticamente después no debe esconder la utilización del arbitrio por parte de los Tribunales, que en todo caso tiene lugar.*

*Esta es una cuestión delicada a tener en cuenta cuando, por ejemplo, se propone la ampliación de la suspensión condicional a penas superiores a un año, ya que podría ocurrir que los Tribunales tendieran a imponer penas superiores a las que permiten ser suspendidas para evitar entrar a considerar esta posibilidad.”*

Existe investigación empírica que parece confirmar estas prevenciones, así, Beyens et al. se refieren a una serie de investigaciones que dan cuenta de que los jueces intentan anticipar decisiones probables en etapas posteriores a su decisión y que, cuando estiman que es previsible que en dichas etapas se vayan a alterar sus resoluciones de forma drástica, entonces pueden desarrollar mecanismos compensatorios. Así por ejemplo, jueces de instrucción pueden hacer uso de prisión provisional (con un fin punitivo, previendo que el imputado no cumplirá pena de prisión) y, en el caso que interesa a esta tesis, jueces sentenciadores imponen penas bastante más extensas que las merecidas por el penado para asegurar un tiempo mínimo de cumplimiento en prisión (Snacken, van Zyl Smit, y Beyens 2014, 395; Beyens, Snacken, y Van Zyl Smit 2013).

### 4.3 Consentimiento y participación del penado

El consentimiento como requisito para la aplicación de las penas comunitarias, así como la cooperación como elemento necesario para la ejecución de las penas comunitarias son cuestiones que han generado amplio debate tanto jurídico como criminológico. El consentimiento tiene un carácter jurídico y suele manifestarse como requisito para la imposición de la pena comunitaria, cuya existencia se derivaría del principio de autonomía, y los derechos a la libertad y la dignidad (Canton 2014). La cooperación tiene un carácter práctico y constituye un objetivo y un elemento en la ejecución de la pena comunitaria. Las tensiones que plantea el consentimiento en las penas comunitarias son múltiples (Morgenstern y Robinson 2014), entre ellas se destacan tres: en primer lugar se hace referencia a la eficacia criminológica del consentimiento inicial y la necesaria cooperación en la ejecución de la pena, en segundo lugar se cuestiona qué calidad tiene un consentimiento que se expresa bajo la amenaza de la ejecución de una pena más severa (normalmente prisión) y por último se discute la pertinencia de exigir el consentimiento como requisito de aplicación de una pena que para algunos, no debiera pender de la voluntad del sujeto de castigo. A estas tres tensiones me referiré a continuación, y por separado.

En primer lugar, la criminología ha puesto de manifiesto la importancia de contar con el consentimiento y la cooperación del penado para conseguir los fines que se le atribuyen a la pena, especialmente el de rehabilitación. Esto es válido para las penas comunitarias en cuanto constituyen no sólo una obligación de hacer, sino una participación en la pena que se ejecuta y por tanto su sentido y efectividad dependen de la cooperación del penado. Parece razonable que la voluntad del penado en la imposición redunde en un mejor pronóstico de cumplimiento de la pena y que la cooperación en el desarrollo de la pena induce a un mejor aprovechamiento de las oportunidades y herramientas de rehabilitación que ofrece (Vanstone 2013). Esta fue la idea (junto con el paradigma de no tratamiento de Bottoms<sup>129</sup>) que habría puesto en un lugar central de la teoría y la práctica anglosajona en los años 80 una naturaleza contractual de la *probation* (Raynor 2014, 298 ss.). Más importante aún puede ser en el supuesto en que la pena consista en la participación en un programa formativo o la sujeción a una terapia. En el caso español, una característica

---

<sup>129</sup> El paradigma del “no tratamiento” es uno de los que surgió de las críticas al ideal rehabilitador. Paradójicamente, mientras desde el ideal rehabilitador se valora la voluntad del penado como central para lograr sus fines, desde el paradigma del “no tratamiento” se valora el consentimiento como central para el respeto de la dignidad del penado.

común de los programas formativos como respuesta penal a la violencia de género “es que en sus criterios de admisión figura que el hombre agresor acuda voluntariamente a estas terapias. La mencionada característica es destacable porque, desde un punto de vista terapéutico, se insiste en que estos tratamientos parecen ser la intervención más adecuada en aquellos casos en los que el agresor es consciente de su problema y se encuentra motivado para modificar su comportamiento agresivo” (Rueda 2007, 70).

Si bien puede apreciarse la eficacia práctica de contar con el consentimiento y la cooperación del penado para la ejecución de las penas comunitarias, y que por tanto ha de ser un objetivo a perseguir por el sistema de justicia penal, cabe preguntarse: cuando hay consentimiento, ¿qué tan libre es en el contexto de la ejecución penal? ¿Es necesario ese consentimiento inicial para la imposición de la pena? ¿Qué rol cumple el consentimiento una vez iniciada la ejecución de la pena? ¿Puede exigirse la participación activa del penado durante la pena? A estas reflexiones se dedican las siguientes líneas.

La segunda tensión de la que hay que hacerse cargo, es respecto de la calidad del consentimiento que se presta en el contexto del sistema penal. Desde un punto de vista jurídico, importa que se trate de un consentimiento “libre e informado”. En la Administración de Justicia el tratamiento a los agresores por violencia de género se inscribe dentro de las denominadas “terapias coactivas” y se configuran como una alternativa a una pena de prisión lo suficientemente disuasoria como para que el condenado opte por el tratamiento (Rueda 2007, 70). Se ha puesto de relieve que el penado cuando consiente está en una posición desventajada ante el juez quien decidirá la pena (o su ejecución) teniendo en cuenta su “respuesta colaboradora”, lo cual conllevaría un “chantaje implícito” (González Zorrilla 1997, 81).

Tanto es así, que incluso aceptando que puede haber diversos grados de aceptación o rechazo ante la imposición de una pena comunitaria, Trotter (2015, 2) ha desarrollado el concepto de clientes involuntarios –*involuntary clients*– para referirse a aquellos destinatarios de servicios sociales o legales que no han elegido recibir los servicios que se les están ofreciendo. De hecho, estos clientes pueden oponerse de forma activa a recibir el servicio. Pueden creer que es innecesario e intrusivo. Los clientes reciben el servicio ya sea por orden judicial o porque están bajo la amenaza de alguna otra sanción legal<sup>130</sup>. El nacimiento

---

<sup>130</sup> El autor acepta una gradación de la “voluntariedad” en la asistencia de un cliente a un servicio, yendo de voluntario a involuntario en un continuo. Es evidentemente “involuntario” quien es vinculado a un servicio

de este concepto no dice relación con una cuestión teórica, sino que tiene por objeto el desarrollo de un cuerpo de prácticas y habilidades apropiadas para el trabajo con este tipo de clientes por parte de los agentes de los servicios involucrados. En el caso de las penas comunitarias, para la categorización de Trotter se trata siempre de clientes involuntarios, aun cuando parte de la relación sea voluntaria y efectivamente se persiga la voluntariedad por parte del Servicio.

En España se exige legalmente el consentimiento para la aplicación de la pena de TBC. En la propia definición de la pena de TBC del artículo 49, se establece que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado. En el caso de la suspensión con reglas de conducta, en cambio, la ley no hace referencia expresa a este consentimiento inicial, salvo que se trate de una regla de conducta no contenida expresamente en el catálogo del artículo 83.1: de acuerdo al artículo 83.1 9º, la imposición de otros deberes que se estimen necesarios para la rehabilitación social del penado se requerirá la conformidad previa de este. En cuanto a los demás casos, la jurisprudencia ha aceptado la aplicación de la suspensión (ordinaria) de la pena sin requerir el consentimiento del penado por tratarse de un beneficio.

En tercer lugar, el requisito legal de consentimiento para la imposición de la pena, para algunos, implica quitarle a las penas comunitarias el apelativo de “pena” ¿Si una medida es voluntaria entonces pierde un elemento esencial de la pena? A mi parecer no, porque la ausencia de consentimiento no da lugar a la impunidad; la ausencia de consentimiento no deviene en ausencia de pena. Para Blay (2007a), un argumento relevante para decir que la exigencia de consentimiento no desnaturaliza al TBC de su carácter de pena, es que no se trata de un consentimiento verdaderamente libre (como se discutió anteriormente).

A partir de los años 90 se ha cuestionado la esencialidad el consentimiento para la aplicación de las penas comunitarias en general y del TBC en particular y la posibilidad de eliminarlo como requisito de imposición de la pena. Si este es el caso, entonces la falta de consentimiento respecto de una pena comunitaria transforma un problema de imposición de la pena (decidir sobre la clase de pena descartando aquella respecto de la que no hay consentimiento) a una cuestión de incumplimiento de la pena, aunque es posible pensar en

---

por orden judicial (o bajo amenaza de una orden), y lo es parcialmente quien acepta por presiones o motivaciones que no sean un deseo propio de enfrentar sus problemas (Trotter 2015, 3).



la posibilidad de quien no consiente en la imposición de una pena bajo amenaza de la imposición de otra, igualmente la cumpla una vez impuesta bajo la amenaza de las consecuencias del incumplimiento. Así por ejemplo en el Reino Unido se eliminó la exigencia del consentimiento para su imposición en los años noventa<sup>131</sup>.

En España hay quien aboga por la eliminación de la exigencia de consentimiento para la aplicación de la pena de TBC. Mapelli (1996, 155-56) da dos argumentos a este respecto, en primer lugar, el autor no encuentra razones suficientes para que se exija el consentimiento en esta pena, cuando no se exige para la imposición de penas más lesivas para los derechos fundamentales. En segundo lugar, considera que el consentimiento podría tener alguna relevancia cuando los trabajos consistían en actividades terribles, pero no ahora cuando no se supeditan a intereses lucrativos, son en beneficio de la comunidad, y su realización en ONGs puede tener efectos resocializadores nada desdeñables -con o sin su consentimiento-<sup>132</sup>. Para González Tascón (2013, 362), la posibilidad de imponer un TBC no sólo no está reñido con el respeto a los derechos humanos, sino que evitaría situaciones en que quienes tienen más recursos no den su consentimiento al TBC para ser penados con multa<sup>133</sup>.

#### 4.4 Intervención penal en la vida del penado

El establecimiento de penas que, mediante la supervisión del sujeto, pretenden lograr su rehabilitación, generan conflicto en sociedades liberales en que la intromisión estatal en los espacios íntimos es indeseable y contraria a sus principios.

Estas críticas forman parte de la batería de ataques que en los años 70 lograron el decaimiento del ideal rehabilitador. Paradigmáticamente, Foucault (2009 [1976]) explica el cambio del locus del castigo penal estatal del cuerpo al alma, que se disciplina mediante minuciosas técnicas. Allen (2009 [1989]) sistematiza las críticas al ideal en tres grupos, el primero de los cuales<sup>134</sup> está conformado por aquellas que se basan en la proposición de

---

<sup>131</sup> Sobre la abolición del consentimiento en el Reino Unido, sus razones, implicancias y críticas ver a Raynor (2014) y Canton (2014).

<sup>132</sup> Esto porque considera que el fundamento del consentimiento en para la imposición del TBC se encontraría en la proscripción de los trabajos forzados en la Constitución española.

<sup>133</sup> Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, la ausencia de consentimiento puede incidir en la imposición de una pena de prisión.

<sup>134</sup> Los otros dos grupos de críticos contienen: la vulnerabilidad del ideal para ser degradado e instrumentalizado para la consecución de otros fines y la carencia de una técnica rehabilitadora, de manera que no sabemos cómo prevenir la reincidencia cambiando el carácter y el comportamiento del penado (esta última es la crítica que, a mi parecer, ha sido más atendida por la criminología).

que “el ideal rehabilitador constituye una amenaza a los valores políticos de las sociedades libres”.

Una de las más grandes reticencias a la incorporación de las penas comunitarias en España ha sido la discusión en torno a la legitimidad del Estado para incidir en los valores y actitudes de los penados, estimándose que mediante las penas comunitarias se estarían afectando derechos fundamentales como el desarrollo libre de la personalidad, el respeto de la identidad y la dignidad. Esto sería evidente en las que contienen obligaciones de tratamiento y, aunque de forma menos aparente, también en las penas de TBC<sup>135</sup>.

En España, puesto que la intervención mediante la pena es relativamente reciente, las críticas que se hacen al tratamiento del delincuente se hicieron primero en el contexto de la Ley general penitenciaria de 1979, que recepcionó en España el ideal rehabilitador y que estableció que “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”<sup>136</sup>, en concordancia con el artículo 25 de la Constitución española que dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Las críticas a la resocialización pueden leerse con claridad cuando la LGP era sólo un proyecto en el trabajo de Muñoz Conde (1979) quien explicó las críticas<sup>137</sup> siguiendo la literatura internacional<sup>138</sup>. En primer lugar, se afirma que si es la propia sociedad la que produce la delincuencia, no tiene sentido resocializar al delincuente si no se resocializa antes la propia sociedad. En esta línea, “resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito”. En segundo lugar, la resocialización implicará un sometimiento del sujeto y un dominio por parte del Estado, respecto del cual, se niega toda legitimación para imponer creencias y convicciones. Por último, si lo que se persigue es únicamente una resocialización para la aceptación de la legalidad, sin incidir en el fuero interno del sujeto, también se puede objetar que dicha legalidad está conformada por los valores de la clase dominante, de

---

<sup>135</sup> Sobre el contenido rehabilitador de las penas de TBC ver Blay (2007b).

<sup>136</sup> Hay que tener en cuenta que la propia exposición de motivos de la LO General Penitenciaria hace referencia al anteproyecto de CE en este aspecto.

<sup>137</sup> Otras críticas que dicen relación más directa con la resocialización específicamente en la prisión se pueden ver en Muñoz Conde (1985a cap. iV).

<sup>138</sup> De las mismas, extraeré aquellas que están vinculadas a tema que se desarrolla en este lugar.

manera que se generan tensiones que también son posibles de rechazar por su falta de respeto a la autonomía y la autodeterminación.

Ante todas estas críticas, en el ámbito penitenciario<sup>139</sup> al menos, se ha interpretado que el fin de resocialización, no debe entenderse en relación a la personalidad del individuo sino al marco penitenciario (Mapelli Caffarena 1983). De esta manera, la reinserción social se conseguiría principalmente mediante la humanización del castigo y la asistencia social, más que a través de terapias psicológicas o similares tendentes a modificar la personalidad del condenado (Juanatey Dorado 2013, 64-65).

Pese a las prevenciones realizadas para adecuar este principio a las exigencias de un Estado liberal, en la realidad, hay que reconocer que el cumplimiento de la pena comunitaria tiene elementos de intervención y no únicamente de asistencia<sup>140</sup>. Y, además, su cumplimiento será cuando menos “coercitivo”, es decir, se cumplirá voluntariamente pero bajo amenaza de un mal que se pretende evitar. En este sentido, “aun cuando puede sostenerse que todo tipo de castigo es siempre coercitivo, esto parece ser particularmente problemático para la rehabilitación correccional, puesto que su objetivo es cambiar al sujeto en vez de limitarse a restringirle o privarle de su libertad o bien castigarle de alguna otra manera. Esto implica una forma bastante particular de inmiscuirse en el mundo interior de una persona, incluso en la misma identidad del sujeto, por lo que, bajo este respecto, la coerción genera una serie de problemas ético/morales propios de la rehabilitación” (McNeill 2015).

Esta misma característica, llevó a algunos académicos al extremo contrario, llegando a afirmar, respecto de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no constituía verdaderamente una pena: puesto que los fines perseguidos por esta pena no podían considerarse un “mal”, entonces no se podía hablar de pena<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Que es en el que más se han desarrollado estas ideas, probablemente en parte por su mayor longevidad pero también porque el elemento coercitivo del Estado es más evidente.

<sup>140</sup> Cuestión que se criticó cuando en 1995 se incorporaron las primeras penas comunitarias en el CP español (Larrauri 1996), puesto que la intervención que se deseaba por la doctrina penal era una de carácter asistencial. La autora consideró las nuevas reglas de conducta como excesivamente gravosas, puesto que se enfatizaban las medidas de control que afectan la libertad individual, se otorgaba amplia discrecionalidad para añadir cuantas medidas dispusiera el juez y, por último, por la rigidez y severidad de las consecuencias del incumplimiento de las mismas.

<sup>141</sup> Un segundo motivo, revisado anteriormente, era la necesidad del consentimiento del penado para su ejecución.

## 5. El cumplimiento de las penas comunitarias

Una vez revisadas algunas de las tensiones que provoca la incorporación de las penas comunitarias en el sistema de sanciones penales, nos ocuparemos de las diversas construcciones de cumplimiento de las penas comunitarias.

Los términos cumplimiento e incumplimiento conforman un binomio, de manera que el interés por el incumplimiento exige la atención de su opuesto aparente: el cumplimiento. Aunque pronto esta ilusión de claridad dará lugar a una realidad de grises entre cumplimiento e incumplimiento. A este tema se dedica el presente apartado, último y necesario antes de dar lugar al estudio del incumplimiento de las penas comunitarias.

El cumplimiento de las penas comunitarias presenta ciertas especificidades y dificultades, por requerir un cumplimiento en libertad y una consecuente mayor colaboración por parte del condenado, lo que agudiza la importancia del estudio del cumplimiento en las penas comunitarias (Robinson y McNeill 2008, 432). En este sentido, si el penado no presta su colaboración, el incumplimiento de la pena en estos casos es equivalente a no haber impuesto pena alguna<sup>142</sup> (Robinson 2013, 27). En prisión, incluso el reo más rebelde y “poco colaborador” está siendo castigado y está cumpliendo su pena privativa de libertad, aun cuando incurra en el incumplimiento de otras obligaciones y deberes relacionados con su estadía en prisión.

Es por estas dos razones que resulta fundamental emprender la tarea epistémica de definir los elementos y contornos del cumplimiento en estas condiciones, aunque como intentaré explicar a continuación, se trata de una tarea que presenta matices.

### 5.1 El cumplimiento como un constructo

En principio, el cumplimiento de las penas comunitarias emana de la persona condenada, la ejecución de la pena depende de ella. De asistir a las reuniones, a las citas de un tratamiento, de no cometer nuevos delitos, evitar ciertos lugares y/o personas, etc. Y desde esa perspectiva, la conducta de cumplimiento es algo que el condenado “hace” y que puede apreciarse de forma más o menos objetiva teniendo en cuenta las reglas que tenía obligación de observar.

---

<sup>142</sup> En la medida en que en el caso no existan penas accesorias y que no se consideren las otras consecuencias del castigo como los antecedentes penales.

Sin embargo, de inmediato puede rebatirse esta idea al considerar la existencia de “parámetros de desviación aceptada”, que es aquél margen en el que se inscribe una serie de comportamientos que normalmente no son sancionados, pese a su ilegalidad (Edwards 2006). El autor ejemplifica esta idea claramente con la norma que rige los límites de velocidad. Hay un margen de kilómetros por hora por sobre el límite máximo que no se interpretarán como incumplimiento.

Yendo un poco más allá, la idea del cumplimiento como una característica objetiva de la conducta humana, que parece sencilla, ha sido rebatida desde las teorías sociales constructivistas (y en especial en esta materia, la teoría del etiquetamiento de Becker). La idea básica consiste en que “el cumplimiento no es una cualidad objetiva del comportamiento, sino más bien, una etiqueta que se aplica a algunos individuos y a otros no” (Robinson 2013, 26 s.).

La interacción social “es el proceso según el cual una persona actúa y reacciona en relación a otras personas siguiendo unas pautas preestablecidas culturalmente. La interacción social nos permite crear y recrear la realidad que percibimos” (Macionis y Plummer 1999, 158). De acuerdo a estos mismos autores, lo que llamamos la “realidad” no es algo fijo o inmutable que se impone a las personas, sino que éstas pueden hacer que la realidad sea una u otra al definirla de una u otra manera. La interacción social implica entonces una negociación continua entre las personas que están participando en esa interacción o ese encuentro y de esta manera la supuesta realidad que constituye el cumplimiento no ocurre en el contexto de una interacción social sino que es moldeada mediante esta. Es en este último sentido que el cumplimiento se construye en la propia interacción social (Picciotto 2007)<sup>143</sup>. Cuando a este entendimiento se le incorporan las teorías del etiquetamiento, entonces, se puede afirmar que ciertos sujetos tendrán mayor capacidad de incidir en la construcción social de lo que es cumplir y que el cumplimiento no es una cualidad del comportamiento, ya que ciertas conductas se interpretarán como cumplimiento según el individuo que las realice.

Asumir estas limitaciones no implica tomar una postura escéptica, sino, por el contrario, ofrecer el contexto necesario e invitar a tener en cuenta las condiciones en que se desarrolla la presente investigación.

---

<sup>143</sup> Para este autor, ocupado del cumplimiento de la obligación de pagar impuestos, lo que es cumplimiento se construye en la interacción entre las partes involucradas, contribuyente y Fisco (y otros actores como contadores, abogados, etc.), y consiste en la creencia compartida acerca de lo que es cumplir.

## 5.2 Efectividad de la pena y cumplimiento

El cumplimiento de las penas comunitarias es la otra cara de la efectividad de las mismas. Si la efectividad de la pena es la consecución de cierto fin, el cumplimiento de la pena sería el aspecto subjetivo de dicha efectividad y por tanto el cumplimiento tendría que ser algo que el condenado “hace”. Cuando en criminología se habla de la “efectividad” de una pena, se hace referencia a su capacidad para lograr ciertos objetivos que se esperan de ella<sup>144</sup>.

Respecto de las penas comunitarias en específico, Bottoms distingue cuatro criterios de efectividad (sin hacer una lista cerrada): no reincidencia, no reincidencia comparativa, completitud de la pena y metas intermedias del tratamiento (Bottoms 2001, 88).

- a) No reincidencia: luego de cumplida la pena, el condenado no comete posteriores delitos por un tiempo determinado.
- b) No reincidencia comparativa: en este caso, el condenado no comete posteriores delitos por un tiempo determinado y, de haberse dado una pena diferente, se habría esperado cierta reincidencia.
- c) Completitud de la pena: se cumple exitosamente la pena comunitaria sin quebrantarse los requerimientos de la misma.
- d) Metas intermedias de tratamiento: Se logran ciertas metas del tratamiento en el contexto de una pena comunitaria (abandonar el alcoholismo por ejemplo).

Los criterios establecidos por Bottoms no pretenden representar todas las posibles formas de entender la efectividad, sin embargo, creo que requieren ser suavizados, dando lugar a criterios alternativos de efectividad. A mi parecer, los dos primeros criterios pueden ser atenuados desde las teorías del desistimiento, que enfatizan que el proceso por el que una persona abandona la delincuencia es gradual y progresivo en el tiempo. Desde este enfoque, la pena será efectiva en la medida en que el sujeto cometa menos delitos que los esperados en cierto periodo de tiempo y no únicamente si es que abandona la delincuencia de una forma absoluta. Asimismo, desde la perspectiva comparativa, la pena comunitaria es

---

<sup>144</sup> En este apartado me refiero a los efectos esperados de las penas desde una perspectiva utilitarista. Más concretamente referida a los fines de prevención especial, que, independientemente de la teoría de los fines de la pena a la que se adhiera, es generalmente aceptada como la que debe guiar la aplicación y cumplimiento de las mismas y es recogida en el artículo 25.2 de la Constitución española.

efectiva no sólo cuando no hay reincidencia y, aplicada otra pena se hubiera esperado reincidencia, sino cuando la reincidencia es menor a la esperable de haberse aplicado otra pena.

También se puede atenuar el segundo criterio aún más si consideramos el coste económico y social de penas más aflictivas como la prisión. En este sentido, la pena comunitaria puede valorarse como efectiva cuando luego de cumplida genera el mismo nivel de reincidencia esperado para las penas de prisión, pero ahorrando al mismo tiempo no sólo recursos económicos al Estado, sino también ahorrando una intervención aflictiva innecesaria (coste humano).

Estos criterios se utilizan para evaluar las penas comunitarias en cuanto a su efectividad. Y las dos últimas formas de medir la efectividad de la pena (completitud de la pena y metas intermedias de tratamiento) tienen que ver directamente con el cumplimiento de las penas comunitarias.

A partir de los criterios recién mencionados, Bottoms (2001) realiza una distinción entre los distintos tipos de cumplimiento -*compliance*- y los denomina: cumplimiento a corto plazo y a largo plazo. Desde entonces, es obligado en toda publicación en torno al *compliance* hacer referencia a dicha distinción. Así, el *short-time compliance* consiste en el cumplimiento de los requerimientos específicos de la pena comunitaria<sup>145</sup>, mientras que aquél que es a largo plazo<sup>146</sup>, considera el cumplimiento posterior a la ejecución de la pena y tiene que ver con “el asunto más fundamental del cumplimiento del derecho penal por el delincuente” (Bottoms 2001, 89)<sup>147</sup>, de manera que implica que no haya reincidencia posterior por un determinado periodo de tiempo (Robinson y McNeill 2008, 433).

Las categorías ayudan a entender mejor el objeto de categorización, así, al separar ambas nociones de cumplimiento, Bottoms nos ayuda a comprender de mejor manera cómo el cumplimiento sirve para medir la efectividad de las penas y en qué momentos se desarrolla esa medición.

---

<sup>145</sup> Contiene la letra “c” del anterior esquema: Completitud de la pena: se cumple la pena comunitaria sin quebrantarse los requerimientos de la misma. Puede también ser relevante la letra “d” del esquema: metas intermedias de tratamiento, en la medida que se establezcan como requisitos o indicadores del cumplimiento de las condiciones de la pena comunitaria. En el caso español, por ejemplo, la obligación de someterse a un tratamiento de deshabitación exige no sólo el no abandono definitivo del programa, sino que incluso e establece como causal de revocación de la pena la no deshabitación una vez transcurrido el periodo de prueba. En este caso el juez podrá extender el periodo de prueba con cierto límite.

<sup>146</sup> Contiene las letras “a” y “b” del anterior esquema: la no reincidencia y la no reincidencia comparativa.

<sup>147</sup> La traducción es mía.

Sin embargo, hay que enfatizar que el cumplimiento de la pena comunitaria se circunscribe únicamente a aquél denominado “a corto plazo”, ya que el que es a largo plazo, es el cumplimiento de la norma penal, posterior al efectivo cumplimiento de la pena. Así, en el mundo anglosajón, *compliance* abarca un campo más amplio, mientras que cuando decimos en castellano “cumplimiento de la pena” no pensamos en el comportamiento temporalmente posterior a la misma.

Durante el resurgimiento de la rehabilitación como fin de la pena y la corriente criminológica del What Works, el cumplimiento a largo plazo ha sido objeto principal de estudio de la criminología, que ha realizado múltiples y diversos estudios de reincidencia posteriores al cumplimiento de las penas como la forma más común de analizar la efectividad de la pena. Esta investigación en cambio toma como referencia el marco conceptual del *short term compliance* o cumplimiento a corto plazo, es decir, la parte de la efectividad de la pena que se mide en el cumplimiento de la misma, en la gestión de las incidencias en el cumplimiento y en la reacción ante el incumplimiento en dicho contexto. No obstante lo cual, también me interesa el cumplimiento a largo plazo, ya que puede ser un elemento relevante a tener en cuenta cuando se pregunta acerca de cómo se debe reaccionar frente a una incidencia en el contexto de una pena comunitaria. Es decir, qué formas de reacción ante un incumplimiento garantizan mejor un futuro cumplimiento de corto y de largo plazo<sup>148</sup>.

La distinción entre cumplimiento a corto y a largo plazo de Bottoms ha sido reinterpretada, a veces, añadiendo elementos subjetivos a un criterio que pretende ser objetivo. Los criterios de distinción que utiliza el autor son de carácter formal (cumplimiento de los requerimientos de la pena v/s cumplimiento de la norma penal) y de carácter temporal (cumplimiento en el plazo de la pena *versus* cumplimiento posterior a la pena). Vanstone (2013, 11) por ejemplo, confunde cuando, citando la distinción de Bottoms, define el cumplimiento a largo plazo añadiéndole un elemento subjetivo “el desistimiento a largo plazo de la actividad delictiva (compromiso en el proceso de cambio)”<sup>149</sup>. Pese a que el cumplimiento a largo plazo parece requerir un esfuerzo mayor por parte del condenado y un compromiso más firme, creo que no es adecuado confundir criterios objetivo/formales con otros subjetivos, o dicho de otra manera en este caso, no

---

<sup>148</sup> Aquí es interesante destacar las Reglas Europeas de Probation, que se estudiarán más adelante, puesto que fueron desarrolladas teniendo en cuenta expresamente las evidencias criminológicas contemporáneas para su desarrollo.

<sup>149</sup> La traducción es mía.



confundir las respuestas de cómo se cumple, con aquellas que permiten entender por qué se cumple. Esto no sólo porque al agregar criterios a una clasificación puede hacer que pierda su sentido explicativo, sino porque (al menos a nivel teórico) pueden haber cumplimientos a corto plazo comprometidos y cumplimientos a largo plazo simplemente formales desde el punto de vista de la involucración del penado en el mismo.

Destaca la formulación de Robinson y McNeill (2008), quienes enfatizan que, dentro del cumplimiento a corto plazo, es posible distinguir diferentes grados y dimensiones cuando se analiza el compromiso del sujeto en el proceso de cumplimiento. Los autores afirman que el cumplimiento de corto plazo puede ser formal o puede ser sustantivo, de manera que mientras un sujeto puede cumplir con el mínimo técnico exigible para evitar un proceso por incumplimiento, en el extremo opuesto otro sujeto puede, además, demostrar un compromiso activo con los requerimientos de su pena. Este último caso, Robinson y McNeill lo ejemplifican con un penado a TBC que trabaja dura y diligentemente y con un penado a probation que muestra un deseo genuino de enfrentar sus problemas.

En un Estado democrático y liberal, no se podría aceptar que fuera exigible un cumplimiento sustantivo por parte del penado para estimar ejecutada la pena<sup>150</sup>, sin embargo, puede ser legítimo hacer la distinción en la medida de que es deber de los organismos encargados de la ejecución de las penas comunitarias, el propender a un cumplimiento sustantivo de los penados, que pueda incidir en un posterior cumplimiento a largo plazo de las normas penales.

De acuerdo a esto, se puede hacer el vínculo con las motivaciones para el cambio y los mecanismos de cumplimiento que ahora se explicarán.

### 5.3 Razones y mecanismos de cumplimiento

El enfoque en este apartado es amplio en dos sentidos: sirve para explicar diversos mecanismos que desencadenan el cumplimiento en los ciudadanos y además, se trata de mecanismos explicativos del cumplimiento de diversas normas, no solo penales, e incluso no sólo jurídicas, sino también morales o de trato social, por ejemplo. Es por estas razones que la literatura es enriquecida con los conocimientos no sólo de criminología, sino de

---

<sup>150</sup> Recordar la discusión en este mismo capítulo en 4.4.

áreas tan diversas como las ciencias políticas, la economía, el derecho y la psicología (R. Weaver 2014; Picciotto 2007; Decoene y Beyens 2013; Ugwudike y Raynor 2013).

Destaca especialmente por lo esquemático y comprensivo el desarrollo de Bottoms de los mecanismos de cumplimiento. El autor utiliza las diversas aportaciones teóricas y empíricas de la criminología y la psicología en esta materia para elaborar una clasificación de los diversos mecanismos. Ya en 1999 (von Hirsch et al. 1999) junto a otros autores comenzaba un diseño que en 2001 (Bottoms 2001) desarrolló con mayor profundidad y que completó en 2015 (Bottoms 2015)<sup>151</sup>. Este enfoque global e integrador ha gozado de un alto impacto en la literatura criminológica y, además, ha evolucionado desde su primera formulación, integrando tanto las nuevas investigaciones relevantes, como las críticas de las que ha sido objeto. A continuación explicaré la tipología actualizada de Bottoms, integrando los tres artículos citados y reflexionando sobre las consecuencias que este conocimiento ha de tener respecto de la ejecución de las penas comunitarias.

Ilustración 5 Una tipología revisada de los mecanismos de cumplimiento (Bottoms 2015)

<p><b>A. Cumplimiento Instrumental/De Prudencia</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Respuesta a incentivos</li><li>2. Respuesta a desincentivos</li><li>3. “Game-playing”</li></ol> <p><b>B. Cumplimiento basado en restricciones y habilitaciones</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Cumplimiento socio-estructural</li><li>2. Cumplimiento “situacional”</li></ol> <p><b>C. Cumplimiento basado en el compromiso normativo</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Aceptación o creencia en la norma social</li><li>2. Apego que lleva al cumplimiento</li><li>3. Respuesta a las señales normativas</li><li>4. Legitimidad</li></ol> <p><b>D. Cumplimiento basado en hábito o rutina</b></p>
---

Elaboración de Bottoms (2015). La traducción es mía.

A. Las razones instrumentales de cumplimiento están vinculadas a los incentivos al cumplimiento y desincentivos al incumplimiento. En su versión del 2015 Bottoms agrega la idea del “game-playing” incorporándola (a mi parecer) de la literatura del cumplimiento de las obligaciones tributarias (Braithwaite 2003; Picciotto 2007) que ha nutrido la

---

<sup>151</sup> Lamentablemente, la versión de 2015 corresponde a una conferencia que el autor no llegó a realizar, de la cual únicamente dispongo de sus diapositivas.

investigación en materias de cumplimiento. El game-playing tiene que ver con las estrategias que se utilizan para engañar u ocultar verdaderas intenciones.

Este grupo de mecanismos invita a reflexionar, por una parte, sobre la normativa referida a las consecuencias del incumplimiento de las penas comunitarias (capítulo 3 de esta tesis), que en su máxima expresión pueden implicar la entrada en prisión y, por otra, sobre las posibilidades que dispone la ley para la obtención de beneficios gracias a un progreso exitoso en la ejecución de una pena comunitaria. Esta última posibilidad era inexistente en la legislación española<sup>152</sup>, cuya regulación de penas comunitarias parecía estar construida únicamente en base a desincentivos<sup>153</sup>. En la reforma operada por la LO 1/2015 se introduce una innovación que incorpora la posibilidad judicial de aligerar e incluso terminar con las condiciones y obligaciones de la suspensión. El actual artículo 85 CP dispone que:

*Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.*

Se puede defender entonces la posibilidad de otorgar una especie de libertad condicional (quedará siempre vigente la condición de no delinquir) anticipada para las penas comunitarias. Se trata de un avance positivo en cumplimiento de las Recomendaciones europeas que otorga una herramienta penológica efectiva para la motivación del penado en base a incentivos para obtener su cooperación que completa la tradicional motivación en clave de amenaza por las consecuencias del incumplimiento. En cualquier caso, este artículo no faculta al juez para acortar el periodo de prueba y adelantar la remisión de la pena. No se dispone de una norma similar para la pena de TBC, de manera que se han de cumplir el número de jornadas impuestas inicialmente en la condena, con independencia del progreso que pueda observarse en el penado.

B. El segundo grupo de mecanismos dice relación con las restricciones para delinquir. En sus primeros desarrollos, Bottoms aunaba diversos elementos incapacitadores y las restricciones estructurales. En 2015 lo reordena con lenguaje más “contemporáneo” al referirse al cumplimiento derivado de las restricciones situacionales para delinquir.

---

<sup>152</sup> Crítica en Cid (2010, 71-72).

<sup>153</sup> A diferencia de la ejecución de la pena de prisión, cuyo modelo progresivo, con sus particularidades, consiste precisamente en eso.

En primer lugar hace referencia al cumplimiento socio-estructural, propio de quien se encuentra intimidado en una relación de poder, pero que no es instrumental puesto que no hay cálculo de consecuencias. Este mecanismo de cumplimiento, que tiene sentido en relaciones de familia, es de poco interés en el contexto de las penas comunitarias<sup>154</sup>.

En segundo lugar, las restricciones situacionales, dirán relación con aquellos mecanismos que, en el contexto de una pena comunitaria, puedan establecer barreras para delinquir o eliminar o disminuir oportunidades para hacerlo. En principio, las penas comunitarias ofrecen un menor potencial de restricciones situacionales a la delincuencia que la prisión que goza de una evidente y connatural capacidad incapacitadora. Las prohibiciones de concurrir a ciertos lugares, por ejemplo, proveerán de una restricción situacional. Por otra parte, tanto Bottoms como Robinson y McNeill, ponen énfasis en los desarrollos más modernos de las penas comunitarias que integran elementos tecnológicos como el control electrónico y los tests de drogas y alcohol. De acuerdo a estos autores, se trata de elementos presentes en las penas comunitarias y que tendrían efectos, ya sea incapacitadores o de prevención situacional, sobre el cumplimiento por parte del penado. A mi parecer, estos instrumentos tecnológicos no logran constituir una real restricción que motive al cumplimiento, sino que serían herramientas que persiguen asegurar un cumplimiento instrumental por parte del penado de alguna de las reglas o condiciones de su condena, las cuales efectivamente detentarían un carácter de restricción situacional. Así, por ejemplo, un penado puede estar sujeto a la condición de no acercarse a ciertos lugares, o a no salir de su casa a ciertas horas, o a no consumir alcohol. Todas estas reglas, cuyo cumplimiento es exigido como un requerimiento de la pena comunitaria (cumplimiento de corto plazo y formal), tienen una finalidad de prevención situacional respecto de otras conductas que se pretenden evitar mediante el cumplimiento de la pena y que pueden o no, constituir requisitos de la misma (siendo la más evidente, evitar la comisión de nuevos delitos). Continuando con el argumento, las herramientas tecnológicas sirven para disuadir al penado de incumplir alguno de los requerimientos de la pena<sup>155</sup>, el cual a su vez sirve como restricción situacional para evitar otras conductas indeseadas. De esta manera, las herramientas mencionadas pueden tener un fin mediato de restricción situacional, pero

---

<sup>154</sup> Tanto para Bottoms, como para Robinson y McNeill que lo comentan.

<sup>155</sup> En este sentido, puede servir de apoyo la investigación de Hucklesby sobre el cumplimiento en el contexto de penas con control electrónico (2009), en la que la autora, aun reconociendo que las motivaciones al cumplimiento son múltiples, encontró significativos los cumplimientos instrumentales, basados en la percepción de certeza y velocidad del instrumento para detectar un incumplimiento por parte del penado.

inmediato de cumplimiento instrumental respecto de algún requerimiento de la pena comunitaria.

C. Bajo cumplimiento normativo, se aúnan aquellos mecanismos que tienen su raíz en la aceptación consciente de la norma, en el apego con personas significativas para el sujeto y en la legitimidad que se atribuye a la autoridad que promulgó la norma. Bottoms no desarrolla una aproximación global acerca del cumplimiento normativo, sino que enumera aquellos que pueden desencadenarlo. Tampoco lo hacen cuando comentan a Bottoms Robinson y McNeill, pero como bien señalan Decoene y Beyens (2013), todos estos mecanismos parecen suponer un razonamiento moral para la actuación<sup>156</sup>. De acuerdo a Bottoms, el cumplimiento normativo implicaría que el sujeto actúa razonando moralmente y por tanto puede ser persuadido moralmente, por ejemplo por un agente de probation, haciéndole ver el daño causado a la víctima. Estas tipologías de cumplimiento normativo suponen un extenso cuerpo teórico y empírico que las sustenta o que se ha dedicado a desarrollarlas y que no se pretenden abordar en esta tesis.

Las consecuencias que tendría este conocimiento para la ejecución de las penas comunitarias son múltiples, e integran, entre otras: las propuestas basadas en la justicia procedimental, de acuerdo a las cuales un ejercicio de autoridad que se percibe como justo y respetuoso de su dignidad por parte del penado puede incidir positivamente en su cumplimiento<sup>157</sup>; la necesidad de reestablecer y/o fortalecer los vínculos significativos o de apego del penado; y el reconocimiento del penado como un ser moral, capaz de extender sus creencias morales mediante el razonamiento. El propio Bottoms (2001) profundiza en todos estos mecanismos y en algunas formas que tendrían los agentes del sistema penal de potenciarlos y gatillarlos.

D. La cuarta tipología de mecanismos de cumplimiento añadida por Bottoms en 2001, es aquella basada en hábito o rutina. Estos dos mecanismos dicen relación con aquella que, si bien inicialmente tiene elementos coercitivos o normativos, pasa a cumplirse sin pensar (por “hábito” o “rutina”) transformándose en un mecanismo independiente. Mientras la rutina se adquiere por la repetición de comportamientos que tienen una causa instrumental, el hábito requiere además una disposición mental acorde con la norma (y por

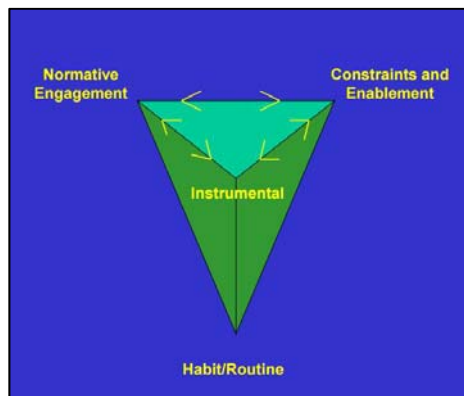
---

<sup>156</sup> Decoene y Beyens citan diversas investigaciones, de acuerdo a las cuales no habría evidencia empírica suficiente como para sostener la idea de que la mayoría de las personas funcionen en este nivel de razonamiento moral explícito, o que habitualmente tomen decisiones conscientemente basadas en normas.

<sup>157</sup> Aquí se puede vincular con la idea de oblicuidad explicada en el primer capítulo.

tanto normativa). En este sentido, el hábito tendría un mejor pronóstico de cumplimiento a largo plazo, y sería el mecanismo perseguido por los programas cognitivo conductuales, que mediante la alteración de las formas de pensamiento buscan producir nuevas disposiciones (o hábitos) en penados que, a su vez, estarán vinculados a alterar sus rutinas de comportamiento.

Ilustración 6 Visualización de los Mecanismos de cumplimiento (Bottoms 2015)



Concuerdo con los autores citados en el sentido de que los órganos encargados de la ejecución han de perseguir el cumplimiento mediante la activación de todos los mecanismos, y por tanto más que ocuparse únicamente del control de un cumplimiento formal y de una motivación a ese cumplimiento gatillando mecanismos instrumentales (mediante la amenaza de la consecuencia negativa del incumplimiento), habrían de tener en cuenta otras formas de motivación basadas en los antecedentes expuestos. Robinson y McNeill dan un paso más, al poner en el centro el cumplimiento normativo y el de hábitos, puesto que estos serían mecanismos internos, capaces de incidir en un cumplimiento de largo plazo. Sin embargo, me parece riesgosa la propuesta de Robinson y McNeill, quienes critican las políticas que ponen énfasis en el cumplimiento formal, puesto que pueden dar pie a la permisibilidad de una ilegítima valoración de la motivación al cumplimiento, cuestión que es contraria a la dignidad del penado y no podría imponerse vía sentencia.

A mi parecer, el sistema de justicia penal no puede sino exigir cuestiones de formal cumplimiento al penado<sup>158</sup>, no obstante lo cual, ha de capacitarse a los agentes del sistema penal para que mediante un adecuado uso de sus habilidades en el ejercicio de sus funciones, puedan incidir en la motivación del penado y propender a un cumplimiento sustantivo, que, en ningún caso, será exigible ni evaluable.

---

<sup>158</sup> Y no sólo porque sea la que se puede medir cuantitativamente y se pueda probar en tribunales, como afirman Robinson y McNeill. Ver discusión en el apartado 4.4.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS PENAS COMUNITARIAS

Damocles tenía una espada colgando de un hilo sobre su cabeza. “La espada de Damocles” se utiliza a menudo por los penalistas para ilustrar la dualidad de las penas suspendidas y en general para hacer referencia a un peligro o inconveniente inminente atado a un beneficio<sup>159</sup>. Una espada pende en el aire de un pelo de caballo sobre la cabeza de Damocles así como la ejecución de la pena privativa de libertad pende “suspendida” de un hilo sobre el penado. Sin embargo, la historia es más rica para el propósito de esta tesis: de acuerdo a la historia griega (Cicero 1877, 185), Damocles era un cortesano del tirano Dionisio. Era muy adulator y constantemente comentaba lo grandiosa que era la vida de rey rodeado de lujos. El monarca le invita a pasar un día disfrutando las pleitesías reservadas a personas de su autoridad. Damocles está encantado con la comida, la bebida y el servicio, hasta que se percata de que una espada pende sobre su cabeza sujeta tan sólo de un delgado hilo. Entonces, ya no puede disfrutar de ninguno de los lujos que le rodean y ruega al tirano que le permita marchar, puesto que “ya no tiene deseo alguno de ser feliz”. Esta última parte de la historia suele ignorarse, pero completa la anécdota moral y permite

---

<sup>159</sup> En medicina se utiliza para dar nombre a un síndrome que pueden padecer las personas que superaron un cáncer siendo niños (estar sanos pero con miedo a enfermar).

extender la analogía para comprender los problemas que contiene la consecuencia del incumplimiento en este tipo de penas.

La espada consiste en un peligro inminente asociado a un cierto beneficio que al menos para Damocles, no valía la pena. El riesgo de la revocación o del quebrantamiento es una de las “penalidades” de las alternativas (más evidente en el caso de la suspensión), que ha sido descrita por la reciente línea de investigación que, siguiendo la herencia iniciada por Sykes en 1958 y su influyente trabajo sobre las penalidades y dolores de la prisión, ha buscado entender las penalidades o sufrimientos asociados a las penas comunitarias y específicamente a intervenciones asociadas a la rehabilitación<sup>160</sup>. En la investigación de Durnescu (2011, 108-9) se releva que una de las penalidades de la probation es “vivir bajo una tremenda amenaza”<sup>161</sup> que consiste en la revocación y la consecuente entrada en prisión. Los penados además son constantemente recordados de las posibles consecuencias de un incumplimiento por parte de los intervinientes en la ejecución en parte conforme al derecho a la información que la rige y en parte como un mecanismo (la amenaza) para asegurar el cumplimiento de la medida por parte del penado (Durnescu 2011, 114). Otras dos penalidades vinculadas a las penas comunitarias se pueden desprender de la investigación de Lund Shammas (2014)<sup>162</sup>: ambigüedad y responsabilidad personal. La primera describe la sensación “agridulce” del penado que reconoce su situación de privilegio, pero al mismo tiempo es consciente de las dificultades que debe enfrentar, ausentes en una vida de prisión normal<sup>163</sup>. Por su parte, la idea de responsabilidad personal hace hincapié en lo “fácil” que resulta incumplir con la pena en libertad y el consecuente esfuerzo que debe poner el penado en su cumplimiento.

Si bien los casos de personas que renunciarían a este “beneficio” por sus penalidades propias aparecen como anecdóticos, es relevante tener en cuenta estas cuestiones para mitigarlos hasta el límite esencial de la pena. De acuerdo a Petersilia (1998b,

---

<sup>160</sup> Ver resumen y referencias en McNeill (2013).

<sup>161</sup> Las penalidades que enumera el autor son: pérdida de autonomía; reordenar la rutina en torno a la sanción; pérdida de la intimidad familiar; restricción del tiempo, costes financieros, estigmatización, forzados a revivir el delito y vivir bajo una tremenda amenaza.

<sup>162</sup> En dicha investigación se da cuenta de las penalidades de lo que en España sería el tercer grado (o prisión abierta), allí se profundiza en los dilemas que los penados enfrentan en esta situación aparentemente privilegiada ante la prisión “normal”: confusión; ansiedad y desamparo; ambigüedad; privación relativa y responsabilidad individual.

<sup>163</sup> Aquí por ejemplo se describe que la percepción del paso de tiempo en una experiencia normal de prisión como más rápido, esta idea es transferible a las penas comunitarias no sólo por una cuestión de percepción, sino porque efectivamente 10 días en prisión pasan del día uno al diez de forma ininterrumpida, mientras que 10 días de TBC se cumplen normalmente en dos semanas o incluso de forma más diferida en el tiempo.



45), en un programa en que se daba a escoger al penado entre probation intensiva (con test de drogas, TBC y visitas frecuentes con un agente) y prisión, un tercio de los seleccionados prefirieron la prisión. Por otra parte, insisto en la necesidad de estudiar las penas comunitarias como penas en sí mismas y no en la constante comparación a la pena de prisión, ya que es esto último lo que provoca verlas como no verdaderas penas o como “beneficios”. Así quiero ilustrar de una forma diferente la importancia de la cuestión de la revocación y el quebrantamiento, puesto que si bien esta tesis trata del incumplimiento desde la perspectiva del sistema penal (qué es y cómo se decide), el enfoque subjetivo del penado enriquece el análisis y lo dota de relevancia.

En el presente capítulo, se realizará un estudio del incumplimiento de las penas comunitarias. En primer lugar se abordará la normativa internacional que se hace cargo del incumplimiento de las penas comunitarias, poniendo especial preocupación en la regulación europea. En segundo lugar, se desarrollarán algunos problemas que plantea la reacción penal al incumplimiento tanto desde perspectivas filosóficas como criminológicas. En tercer lugar se expondrán los actores que intervienen en el incumplimiento en España, para finalmente explicar los diversos supuestos de incumplimiento de las distintas penas comunitarias en España junto con las posibles consecuencias que acarrea cada uno de ellos y la concreta materialización de incumplimientos en España.

## **1. Marco normativo internacional que regula el incumplimiento de las penas comunitarias**

Las penas comunitarias han sido un objeto relevante de regulación internacional (ONU y Consejo de Europa) a partir de los años 90, en que se promovieron para reducir las tasas de prisión, desarrollando al mismo tiempo unos estándares mínimos que debían asumirse para asegurar el respeto de los derechos humanos de los penados (Cid 2010; Morgenstern y Larrauri 2013; McNeill 2013). Así, al revisar estos instrumentos, se pueden encontrar constantes referencias a la necesaria promoción de las penas comunitarias y el desarrollo más o menos pormenorizado de estándares mínimos para su implementación.

El enfoque europeo es vertical en el sentido que se trata de reglas que emanan de órganos superiores a nivel organizativo y que tienen pretensión de incidir en las legislaciones nacionales. En ocasiones tienen carácter obligatorio (Convención Europea de Derechos Humanos), o los Estados están obligados a conformar su legislación de acuerdo a ellas (Decisión Marco), y en otras operan como meras recomendaciones (y su nombre de

hecho lo indica). El ámbito que interesa a esta tesis (incumplimiento de las penas comunitarias), ha sido desarrollado especialmente a partir de estas últimas<sup>164</sup> que pese a no tener un carácter vinculante, tienen un valor que emana de su autoridad por haber sido adoptadas unánimemente por los representantes de los gobiernos (Comité de Ministros) y por la participación de diversas ONGs y de académicos en su preparación (Morgenstern et al. 2017). El instrumento de la Recomendación está regulado, en general, en el art. 15 del Estatuto del Consejo de Europa<sup>165</sup> que en su parte final establece, como única suerte de mecanismo de control, la petición por parte del Comité de informes a los Estados respecto de las medidas tomadas respecto de la Recomendación.

### 1.1 ONU: Las Reglas de Tokio

En el año 1990 se adoptaron por la Asamblea General de las Naciones Unidas las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” (*non-custodial measures*) en su resolución 45/110, de 14 de diciembre más conocidas como Reglas de Tokio. Esta resolución procura el fomento del uso de las medidas no privativas de libertad por parte de los Estados, así como el establecimiento de garantías mínimas en cuanto a salvaguarda de los derechos de los penados.

Dentro del apartado quinto (Aplicación de las medidas no privativas de la libertad), se dedica el artículo 14 a normas referidas a la “Disciplina e incumplimiento de las obligaciones”. En estas se estipula que si bien el incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad (14.1), esta corresponderá a la autoridad competente que procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente (14.2).

---

<sup>164</sup> Pese a que escapan del objeto de esta tesis, caben destacar las Directivas y Decisiones Marco en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, recogidas en gran parte en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Quizás la más relevante en esta tesis sea la: Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas. Pero por su escaso contenido sustantivo dejo su estudio al margen de esta tesis.

<sup>165</sup> “a) El Comité de Ministros examinará, por recomendación de la Asamblea Consultiva o por iniciativa propia, las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos. Sus conclusiones serán comunicadas a los Miembros por el Secretario general.

b) Las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité podrá invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones”.

Se establece un principio relevante para conseguir que las medidas no privativas de libertad cumplan su función de alternativas<sup>166</sup>: que su incumplimiento no implique de forma automática la entrada en prisión. “El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad” (14.3). Esta posibilidad se reservará únicamente para cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas (14.4). Se recoge el principio de legalidad en la competencia para la decisión sobre detención o supervisión en caso de incumplimiento (14.5) y el derecho a recurso ante autoridad independiente en casos de modificación o revocación (14.6).

## 1.2 Instrumentos europeos: Recomendaciones del Consejo de Europa

La política penológica europea respecto del tema que interesa en esta tesis se aborda especialmente en la Recomendación del año 1992 N°R (92)16 de Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias (en adelante ERCSM por sus siglas en inglés) y en la Recomendación del año 2010 N° (2010)1 Reglas Europeas sobre Probation (en adelante EProbR por sus siglas en inglés). Ambas recomendaciones se detienen en cuestiones de ejecución de las penas comunitarias y del incumplimiento. Publicadas con casi veinte años de diferencia, se puede apreciar una evolución en su contenido desde el reduccionismo tan importante en 1992 hacia la influencia del movimiento “what works” en las reglas de 2010 entre otros (van Zyl Smit, Snacken, y Hayes 2015). En el tiempo intermedio se desarrolló la Recomendación N° (2000)22 para la mejora en la implementación de las Penas y medidas comunitarias cuyo principal objetivo fue la modificación de la regla quinta de la ERCSM, para admitir las penas indeterminadas. A continuación se revisarán ambos instrumentos en lo referente a las recomendaciones que incluyen respecto del incumplimiento de las penas comunitarias.

La ERCSM de 1992 dedica su capítulo décimo a las consecuencias del incumplimiento (“operacionalización de las penas y medidas y consecuencias del incumplimiento”). Antes de dicho capítulo, hay algunas reglas de interés que establecen algunos principios y reglas para las regulaciones nacionales:

---

<sup>166</sup> La propia resolución en sus objetivos fundamentales establece que “1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”.

El recurso al arresto por incumplimiento de las condiciones debe ser regulado por ley (regla 9), deben evitarse las conversiones automáticas a prisión (regla 10), la decisión de revocar deberá ser tomada por una autoridad judicial (regla 12), deberá haber derecho a quejarse contra la modificación o la revocación de la sanción a una autoridad superior (13), apelaciones contra decisiones respecto de la implementación deberán ser enviadas a la autoridad judicial siempre que el penado desee quejarse de que una restricción de su libertad es ilegal o contraria al contenido de la sanción o medida impuesta (14).

Como adelanté, la mayoría están desarrolladas en el capítulo 10 (reglas 76-88), entre las reglas 76 y 79 se tratan cuestiones de la fase inicial de la ejecución de las penas, siempre poniendo algún énfasis en el posible incumplimiento. En la regulación ocupa un lugar central la información que debe darse al penado acerca del contenido de la pena, así como de lo que se espera de él durante el cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento. Se trata de un pre requisito lógicamente indispensable para la ejecución si se tiene en cuenta la necesidad de colaboración por parte del penado para la ejecución. Asimismo, se dirigen las reglas a la autoridad de ejecución, que deberá establecer claramente los procedimientos a seguir por el agente de ejecución hacia el penado en caso de cumplimiento inadecuado de la pena<sup>167</sup>.

La ERCSM realiza una importante distinción entre transgresiones menores y fallos significativos -*significant failures*- para recomendar una diferente forma de enfrentar unos y otros. En el Memorando Explicativo<sup>168</sup> de las ERCSM se intenta explicar la diferencia entre estos supuestos. Así, las transgresiones menores son

*incidentes que no necesitan ser caracterizados como deficiencias graves. Pueden ascender a no más de alguna inobservancia menor de las condiciones u obligaciones impuestas por la cual no es necesario hacer uso de un procedimiento de revocación de la pena o medida.*<sup>169</sup>

Mientras que señala respecto de los fallos significativos que:

*Se trata de un fallo que es tan grave que puede dar lugar a una reconsideración de la pena impuesta. Si bien estas infracciones normalmente se establecen por ley, ya que pueden dar lugar a la revocación o modificación de la pena,*

---

<sup>167</sup> Si bien las normas reseñadas con anterioridad parecen establecer un principio de legalidad en la etapa de ejecución, se deja para una regulación bastante inferior (como sería un protocolo) el detalle del procedimiento concreto a seguir por el agente.

<sup>168</sup> Se trata de un comentario que suele publicarse en conjunto con las Recomendaciones, que permite explicar con más detalle y clarificar la normativa publicada de forma más concisa en la Recomendación.

<sup>169</sup> Lo mismo se aplica a las transgresiones menores contra las instrucciones del agente de ejecución.

*corresponde a la autoridad de ejecución evaluar si la falta debe considerarse significativa porque es verdaderamente grave.*

Lamentablemente, el memorando se limita a definir los supuestos a partir de la consecuencia apropiada para cada uno (adecuación de un procedimiento de revocación), sin referirse al contenido de la violación. No obstante, debe destacarse que dicha consecuencia tiene que contemplar un criterio de proporcionalidad: inobservancia menor versus que la transgresión sea “verdaderamente grave”.

Volviendo a la ERCM, esta sugiere que las transgresiones sean siempre atendidas con prontitud, pero mientras los fallos significativos deben informarse por escrito a la autoridad de decisión (regla 80), en el caso de transgresiones menores se favorece una reacción discrecional o, en caso de ser necesario, por medio de un procedimiento administrativo (regla 78). Es decir, debe evitar judicializar los supuestos de transgresiones menores.

Si bien en la ERCM no queda claro, en el memorando se explicita que transgresión menor y fallo significativo son “contrarios”. Esto para mí significa que ambos engloban todos los posibles supuestos. Es decir, una infracción a las obligaciones o a las órdenes de un agente de ejecución que no puede considerarse fallo significativo por no ser lo suficientemente grave, será una transgresión menor y, como tal, deberá manejarse con medios discrecionales o a lo sumo en procedimiento administrativo (reglas 78-80). Aún en el caso de una respuesta discrecional, debe registrarse en el expediente del caso. Además, siempre debe darse cuenta de las circunstancias del incidente.

La EProbR conlleva un giro de un enfoque proporcionalista a uno que integra la peligrosidad. La EProbR hace referencia explícita al modelo de Riesgo, Necesidad y Responsividad y en el comentario a la regla 87 señala que:

*En ciertos casos, el incumplimiento de las condiciones es un signo de un aumento del riesgo. Asimismo, cuando se teme un perjuicio grave, el servicio de probation debe considerar ese hecho como una prioridad y reaccionar con la máxima urgencia. A veces habrá que organizar, por ejemplo, la comparecencia del delincuente ante un tribunal lo más rápidamente posible, o prever su reingreso en prisión.*

Así, esta Recomendación da pie para que la consecuencia del incumplimiento se decida por el aumento en el nivel de riesgo. Cabe destacar, eso sí, que se requiere que haya un incumplimiento y que sea este un signo del incremento de peligrosidad. No basta con el incremento puro en la peligrosidad.

La ERCM requiere que en la decisión que sigue a la declaración de incumplimiento tome en cuenta los logros alcanzados (85). En el comentario se desarrolla que se trata de una exigencia de justicia valorar los aspectos positivos. Así, la ejecución parcial de la pena (como ocurre, por ejemplo, cuando se ha llevado a cabo solo una porción de horas de TBC) o una ejecución deficiente (como cuando se han hecho esfuerzos por compensar a la víctima aunque sea parcialmente) pueden constituir indicaciones que iluminen la forma en que se ha llevado a cabo la ejecución y por tanto sirvan para ponderar una decisión de revocación. El incumplimiento de las condiciones de la pena no debe ser constitutivo de delito por sí mismo (84).

La segunda Recomendación relevante data del 2010, la Recomendación CM/Rec(2010)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la probation<sup>170</sup> (Adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero 2010, en la reunión 1075 de Delegados de los Ministros). En ella se incluyen normas sobre aspectos procesales del incumplimiento en el apartado especial “Ejecución y cumplimiento de obligaciones” (85-87) y otras normas vinculadas. Estas “reglas” interesan porque pretenden guiar la creación y el funcionamiento de los Servicios que gestionan la Probation en Europa y, de esta manera, moldean la forma como se ejecutan las penas comunitarias que constituye el contexto en que el incumplimiento es interpretado y construido por los diferentes agentes involucrados. Procederé a comentar las reglas pertinentes y complementarlas con el Comentario CM(2009)187 a las Reglas de probation<sup>171</sup>.

Si bien se sostiene el deber de los Servicios de Probation de velar por el cumplimiento de las condiciones por parte de los penados, para obtener su cooperación, los Servicios de Probation evitarán recurrir sólo a la vía disciplinaria en caso de incumplimiento (regla 85). Es decir, incluso habiendo una infracción de las condiciones, la vía disciplinaria debe evitarse como única reacción y deberá evitarse su uso como una espada de Damocles (Morgenstern et al. 2017). Así, deberá favorecerse el uso de

---

<sup>170</sup> Estas reglas cuentan con una traducción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior). Es la que utilizaré en esta sección.

Consultada en: [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REGLAS\\_DEL\\_CONSEJO\\_DE\\_EUROPA\\_RELATIVAS\\_A\\_LA\\_PROBATION\\_2.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REGLAS_DEL_CONSEJO_DE_EUROPA_RELATIVAS_A_LA_PROBATION_2.pdf)

<sup>171</sup> Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Consultada en: [http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio\\_\\_recerca\\_i\\_docum/recerca/recomanacions\\_consell\\_d\\_europa/comentario\\_reglas\\_probation.pdf](http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio__recerca_i_docum/recerca/recomanacions_consell_d_europa/comentario_reglas_probation.pdf)

habilidades motivacionales e identificar y analizar obstáculos, implementando estrategias para ayudar a los penados a realizar lo que se les pide. Se enfatiza en la relevancia de la información para los penados, acerca de lo que se espera de ellos, las responsabilidades del personal de ejecución como de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones (regla 86). En este sentido, el Comentario sugiere la realización de un acuerdo

*donde se define no solo lo que se espera de los delincuentes, sino también lo que estos tienen derecho a esperar a cambio.*

En las EProbR se insiste en la necesidad de que ante una infracción la reacción del Servicio debe ser de forma activa y con prontitud y deberá tener plenamente en cuenta las circunstancias concurrentes del incumplimiento de las obligaciones (regla 87). El agente encargado del seguimiento debe intentar comprender por qué no se han respetado las condiciones. Además de la negativa deliberada a ejecutar la sanción o la medida, hay otras muchas razones igualmente factibles: ¿quizá el delincuente no ha entendido lo que se espera de él? ¿Tiene problemas personales que perturban su vida cotidiana (y que explicarían el hecho de que falte a las citas)? ¿Desespera de la posibilidad de cambiar? El incumplimiento de las condiciones resulta inaceptable, y el agente encargado del seguimiento debe asegurarse de que el delincuente le ha entendido bien. Luego debe examinar con él lo que se puede hacer para que en lo sucesivo se respeten las condiciones. El incumplimiento de las condiciones y las razones que lo explican deben consignarse en el expediente del interesado.

En este punto, como expliqué previamente, el Comentario abre la posibilidad que ante un incumplimiento que sea indicador de un aumento de riesgo, se tomen medidas más drásticas cuando pueda esperarse un “perjuicio grave” (comparecencia ante el juez, reingreso en prisión). Aquí cabe preguntarse, ¿se trata de un cambio de principio de proporcionalidad hacia uno de peligrosidad o conviven ambos? La solución no es clara y por tanto quedará al arbitrio de cada Estado la materialización de esta regla. A mi parecer, puede desprenderse de estas recomendaciones que el principio de proporcionalidad (y la separación entre infracción menor y fallo significativo) continúan vigentes de manera que la consecuencia de la violación deberá ser proporcional. Sin embargo, en el espíritu de la EProbR, se añade la posibilidad de la adopción de medidas más drásticas sólo en caso de que se materialicen tres condiciones: i) hay un incumplimiento de condiciones; ii) que son un signo de un aumento del riesgo; y iii) puede temerse grave perjuicio. El aumento del riesgo por sí solo del que se tiene noticia de forma rutinaria durante la supervisión por ejemplo, en principio, no debería dar lugar a consecuencia alguna restrictiva de libertad.

Los Servicios de Probation deben estar en condiciones de dar cuenta a la justicia y otras autoridades competentes de las acciones en curso, la evolución del infractor y el grado en que cumple sus obligaciones (91). El infractor tendrá acceso a su expediente en la medida en que esté previsto en la legislación nacional y que no atente al derecho a la intimidad de terceras personas. El penado tiene derecho a impugnar el contenido de su expediente (92).

Aún falta para que el sistema de penas español cumpla los estándares europeos en materia de incumplimiento de alternativas debido a una persistente rigidez en sus consecuencias y una escasa regulación procesal que contenga ciertas garantías<sup>172</sup>. Con la Reforma de 2015 al CP (LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*), sin embargo, se acerca en algunos aspectos, como eliminando el automatismo previo en la revocación de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad cuando se cometía un nuevo delito. Pero permanecen pendientes cuestiones como, por ejemplo, que el incumplimiento de una pena alternativa no debería constituir un nuevo delito, ya que en España efectivamente puede dar lugar a la consumación de un delito de quebrantamiento (que se analizará más adelante en este capítulo). Tampoco cumple los estándares europeos la inexistencia de un derecho del penado a ser oído por el juez que estaría facultado a decidir sobre el incumplimiento de un TBC únicamente sobre la base de un informe de la Administración. Si bien esto último se solucionó para la suspensión con la Reforma de 2015, para los TBC continúa pendiente.

## **2. La prisión como pena de apoyo de las penas comunitarias**

En este apartado se explica la necesidad de una reacción penal al incumplimiento de las penas comunitarias y los problemas que plantea a nivel teórico el recurso a la prisión como pena de apoyo. Se hace referencia al caso español para ilustrar la discusión y enfrentar la regulación española a los criterios que ha desarrollado la doctrina para valorar dicha respuesta penal.

---

<sup>172</sup> Una crítica general respecto del sistema de penas español de acuerdo a los principios europeos en Cid (2010).



## 2.1 Necesidad de una pena de apoyo

Las penas que no son de prisión requieren de una “pena de apoyo” –*back up sanction*– para cuando hay incumplimiento (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 609; von Hirsch 1993, 63; Cid y Larrauri 1997; Cid 1999, 136) que puede consistir en una adición moderada en la pena inicialmente impuesta, una transformación a otra pena que permita ser ejecutada de forma forzosa e incluso la configuración de un delito de quebrantamiento con su propia pena independiente.

Una discusión equivalente es la que se desarrolla respecto de la pena de multa y las consecuencias de su impago. La pena de multa permite su ejecución forzosa, no así las penas comunitarias que por razones de derechos humanos requieren del consentimiento del penado y por tanto no pueden ejecutarse sin su voluntad<sup>173</sup>. Pero pese a la posibilidad de ejecución forzosa, la ausencia de patrimonio del penado o la imposibilidad judicial de acceder al mismo<sup>174</sup> provocan que muchas veces esta no sea posible y para estos casos existe la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Esta responsabilidad subsidiaria tiene su fundamento en el principio de inderogabilidad de las penas pecuniarias que de acuerdo al TC español<sup>175</sup> impide que la transgresión del ordenamiento jurídico quede sin sanción (Roca 2003, 308).

Si bien la idea de que la comisión de un delito no quede sin sancionar (o más bien una pena sin ejecutar) por razones ilegítimas<sup>176</sup> parece indiscutible, los problemas comienzan cuando se requiere justificar la consecuencia ante un incumplimiento y cuando se intenta definir cuál es la más adecuada ¿Por qué imponemos un nuevo castigo? ¿Qué circunstancias son relevantes para medir la gravedad del incumplimiento? ¿Qué sanción es más adecuada?

La necesidad de una pena de apoyo no se justifica únicamente desde una perspectiva utilitarista (la necesidad de una amenaza que permita motivar el cumplimiento de la pena, o más bien, que la ausencia de una sanción motive su incumplimiento), sino también desde una perspectiva de justicia o proporcionalista: la impunidad en el

---

<sup>173</sup> Ver discusión en el capítulo anterior.

<sup>174</sup> Para una aproximación a la problemática ver Cachón y Cid (1997) y Gómez et al. (Gómez et al. 2016).

<sup>175</sup> STC 19/1988 y STC 250/1991.

<sup>176</sup> El ordenamiento jurídico español contempla la posibilidad de inexecución de una pena por diversas razones, así por ejemplo la propia suspensión condicional de la pena, el indulto, los límites máximos de cumplimiento de una pena de prisión, etc. son instituciones muy diferentes pero que permiten afirmar que la inderogabilidad de la pena es relativa (Roca 2003, 309).

incumplimiento de una pena comunitaria es equivalente a la ausencia total de pena<sup>177</sup> (Robinson 2013, 27). Frecuentemente esta pena de apoyo ha consistido en la pena de prisión, a continuación, procederé a discutir los problemas que presenta la prisión como pena de apoyo clásica y, luego, las implicancias desde una perspectiva retributiva y otra utilitarista.

## 2.2 El problema de la prisión como pena de apoyo

La consecuencia de prisión para los casos de incumplimiento resulta muy problemática. En primer lugar, cuando el sistema penal prevé la ejecución de una pena privativa de libertad en caso de incumplimiento de una pena comunitaria, se cuestiona si se trata de una verdadera alternativa o si, más bien, se trataría de una “entrada diferida” en prisión. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, por una razón práctica que ya se desarrolló en el primer capítulo de esta tesis<sup>178</sup>: el recurso sistemático a la pena de prisión como sanción de apoyo sería uno de los factores por los cuales las penas comunitarias no lograrían cumplir su promesa de constituir una alternativa y disminuir las tasas de encarcelamiento (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989; Klingele 2013).

En el caso español, que se estudiará con mayor detención más adelante en este capítulo, el recurso legislativo a la prisión por incumplimiento es bastante sistemático. Gran parte de las penas comunitarias existen en el contexto de una pena suspendida de prisión, de manera que la “pena de apoyo” es efectivamente la de prisión<sup>179</sup>.

El problema del recurso a la prisión se acentúa con las nuevas penas comunitarias, que se caracterizan por contener requisitos más amplios que cumplir y por una supervisión más activa que la de una suspensión tradicional (por ejemplo), de manera que es más fácil que se descubran violaciones con mayor frecuencia (von Hirsch 1993, 63; Klingele 2013, 1030-42). Así sucede con las penas comunitarias en España. Tanto en la suspensión como en las distintas formas de trabajo en beneficio de la comunidad, las condiciones son más numerosas y pueden contar con una supervisión más intensa<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Aunque esta afirmación debe ser matizada, puesto que igualmente habrá que considerar la carga que implican los antecedentes penales.

<sup>178</sup> Vid *supra*: Capítulo I 4 sobre la expansión de la red penal o “net widening”.

<sup>179</sup> El caso del TBC directo merece un estudio más acabado, puesto que el incumplimiento da lugar a un nuevo juicio por un tipo distinto (quebrantamiento) y no vinculado al originario que contempla como pena por regla general, la multa.

<sup>180</sup> En Cataluña, existe un programa (o protocolo) para la ejecución de los TBC en el que se recomienda una **intervención de intensidad baja, moderada o alta** según las características y necesidades de cada penado.

En segundo lugar, la ejecución de una pena de prisión en casos de incumplimiento de una pena comunitaria da lugar a problemas de justicia. Surge el cuestionamiento de si acaso es justa, adecuada o proporcionada la ejecución de una pena de prisión por una conducta cuyo reproche no parece ser evidentemente alto y durante un periodo que seguramente será más extenso que si se hubiera ejecutado en un principio. Cuestión de injusticia acentuada ante la evidencia de que se aplica de forma desigual (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989). Este cuestionamiento dio lugar a los principios desarrollados en el siguiente apartado.

### ***La prisión como pena de apoyo según los principios del merecimiento***

En 1989, von Hirsh et al. escribieron un artículo que pretendía aplicar los principios del retribucionismo a las penas comunitarias (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989), este artículo dio lugar al modelo von Hirsch-Wasik-Greene y que luego fue desarrollado e incorporado en el influyente libro *Censure and Sanctions* (von Hirsch 1993). Específicamente en lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento, para von Hirsh (1993, 63 s.) hay tres cuestiones involucradas para evaluar la conducta de quien incumple su pena comunitaria con los criterios del retribucionismo. Es necesario sumar las tres para sopesar la censura que merece un incumplimiento y, especialmente para considerar si es justo aplicar una consecuencia privativa de libertad o no. Los elementos son:

- a) No ha terminado de cumplir (está “en deuda”): este elemento invita a permitir el cumplimiento de lo que resta de una forma equivalente, lo que no justifica el uso de la prisión.
- b) Incumplir es reprochable en sí mismo: este elemento añade algo de reproche, pero al no afectar un interés de una víctima, el reproche añadido es “modesto”.
- c) El incumplimiento puede implicar la comisión de un delito: si este es el caso, ya habría afectación del interés de un tercero y por tanto de acuerdo a este elemento, sólo si el nuevo delito por sí solo merece pena de prisión, será justificable su aplicación.

---

De esta intensidad dependerá la forma de comunicación, la derivación a servicios especializados y la forma y periodicidad del seguimiento. Como advirtieron los autores referenciados ya en el año 1989, una pena con más obligaciones y con un seguimiento más periódico tiene una probabilidad de infracciones mayor y al mismo tiempo que sus infracciones sean más percibidas o “descubiertas” (Programa de Treballs en Benefici de la Comunitat, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Direcció General d’Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil, Àrea de Mesures Penals Alternatives, de 16 de enero de 2013).

A continuación se presenta una explicación de cada uno de esos tres elementos que inciden en el reproche que merece el penado que infringe una obligación de una pena comunitaria haciendo referencia a la realidad española.

En primer lugar, se ha de considerar que la persona no ha terminado de cumplir y por lo tanto está “en deuda” o como se dice en el lenguaje cotidiano: “no ha saldado su deuda con la sociedad”. En este sentido es relevante tener en cuenta dos cuestiones. Habrá que contemplar en qué momento del cumplimiento de la pena comunitaria se produce la infracción, si es al inicio de la ejecución o si el penado ya ha satisfecho sus obligaciones por un periodo de tiempo. El reproche que merece la infracción puede no ser el mismo si es que el penado ha cumplido ya una fracción importante de su pena. Por otra parte, es necesario saber qué ocurrirá con el saldo adeudado una vez sancionada la infracción<sup>181</sup>.

En segundo lugar, incumplir es reprochable en sí mismo. La cuestión para von Hirsch en este punto es cómo medir la censura que merece no cumplir con la obligación que manda la sentencia. En el caso de un delito tradicional, la gravedad se mide en el impacto en la calidad de vida de la víctima, pero en este caso la censura no es tan evidente. Es por esto que el autor insiste que este elemento invita a una suma modesta de reproche. Porque, ¿cuánto reproche merece no cumplir con lo que ordena la sentencia condenatoria? En el ordenamiento español, la discusión en torno al bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena puede dar algunas luces. Así, resulta ilustrativa la teoría de Corcoy (1992, 133), de acuerdo a la cual, mediante la tipificación del delito de quebrantamiento de condena, se busca proteger la eficacia de las finalidades de prevención general adscritas al Derecho penal. Esto significa que el incumplimiento de la pena comunitaria lesiona la finalidad disuasoria general que persigue la ejecución de la pena impuesta ¿Cuánto reproche merece esta lesión? De acuerdo a von Hirsch, al tratarse de una conducta que carece de víctima, menos de lo que merece una conducta que atente contra el interés de una persona, y por tanto no alcanza el umbral de prisión (von Hirsch 1993, 64).

---

<sup>181</sup> Así, por ejemplo, en España, por lógicas razones prácticas, cuando hay una infracción grave en una pena comunitaria y el servicio de ejecución de penas notifica al juez y se da curso a un proceso para calificar dicho incumplimiento, el caso queda en suspenso y cuando se declara el incumplimiento por el juez, este caso termina para el servicio, “se cierra”. ¿Qué sucede con el saldo adeudado? En el caso de que se trate de una pena suspendida del artículo 84 CP no importa a cuántas sesiones del tratamiento haya asistido, ya que aparentemente la revocación de la suspensión dará lugar al cumplimiento de la pena íntegra suspendida (más adelante en este capítulo será analizada esta problemática con mayor detención). La solución actual parece excesiva y contraria a los principios de proporcionalidad.

En tercer y último lugar, el incumplimiento puede constituir delito. No hay que confundir esta apreciación con el hecho de que en un ordenamiento jurídico se considere el acto del incumplimiento como tipo penal autónomo, cuestión que sucede en España respecto del TBC directo (delito de quebrantamiento del art. 468 CP). Por el contrario, se verificará este elemento, por ejemplo, si durante el cumplimiento de la pena comunitaria (en una sesión de un programa formativo grupal por ejemplo) el penado golpea a otro. En este último caso, para von Hirsch sólo se justificará la pena de prisión en el caso que el delito cometido sea merecedor de una pena privativa de libertad por sí mismo.

La conclusión a la que se llega desde el retribucionismo, es que el incumplimiento de una pena comunitaria merece un reproche moderadamente mayor a la pena incumplida y debería invocarse por tanto escasamente la prisión como sanción por incumplimiento (von Hirsch, Wasik, y Greene 1989, 609-10; von Hirsch 1993, 64).

### ***La prisión como pena de apoyo desde una perspectiva utilitarista***

Ya analizado el problema desde un punto de vista retributivo, es necesario preguntarse por la adecuación de la sanción de apoyo desde un punto de vista utilitarista.

La pena de apoyo es una norma de refuerzo, que persigue el cumplimiento de la pena originaria. Así, la existencia de este tipo de consecuencias está estrechamente vinculada con la finalidad de prevención general de las penas. En España su estudio está fragmentado y se hace respecto de cada supuesto por separado: la revocación de la suspensión por cada una de sus causales por un parte, y el delito de quebrantamiento por otra. Esta separación es necesaria por cuanto cada una diverge mucho de la otra en el contexto normativo en que se desenvuelve, pero en el espíritu de esta tesis, resulta interesante encontrar la justificación general de todas estas consecuencias a las que se ha llamado “pena de apoyo”.

Corcoy (1992, 124 ss.) aporta una mirada amplia al cuestionarse el bien que se persigue cuando se quiere garantizar la efectividad de la pena. Concluye que se encuentra estrechamente vinculado con la finalidad disuasoria de las penas (o de prevención general en lenguaje dogmático continental) que requiere no únicamente la realización de un proceso penal y de una condena pública, rápida y adecuada, sino además que dicha condena se ejecute. En clave negativa o disuasoria, se trató en el primer capítulo la relevancia no sólo de la severidad y la celeridad del castigo para la efectiva intimidación, sino sobre todo la certeza del mismo, la conciencia de la probabilidad alta de que acaezca el castigo requiere

lógicamente de la ejecución de la pena. En clave positiva, agrega la autora que se persigue “la «protección efectiva de la conciencia social de la norma», exige que la norma penal tenga efectividad”. No basta la amenaza legal, ni la condena, sino también la ejecución efectiva para que la población se tome en serio las normas. Completa Corcoy con la idea de que la inejecución, por el contrario, afectaría esa conciencia social, provocando además un sentimiento de injusticia en relación con los otros supuestos en que sí surte efecto la amenaza penal.

En cuanto a la utilidad preventiva concreta (especial) de la sanción imponible, será relevante que esta constituya una amenaza suficiente para motivar el cumplimiento<sup>182</sup>, pero al mismo tiempo, que no sea tan severa que transforme en improbable su aplicación (Posner 2009, 67 [1985]). Esto último es válido para las penas comunitarias en el sentido que, por ejemplo, si la consecuencia esperada de una violación técnica es la entrada en prisión por un periodo importante de tiempo, es probable que ante una infracción, el agente de ejecución omita su comunicación al juez e incluso que este último evite la calificación del incumplimiento salvo para los casos más graves para evitar una consecuencia tan extrema para una infracción técnica. Hay evidencias de que los sistemas de justicia penal europeos funcionan así en la práctica, evitando el recurso a la prisión pese a su previsión legislativa (Boone, Maguire, y McIvor 2017). Será relevante asimismo la percepción del penado respecto de dicha amenaza, de manera que el derecho que detenta de conocer las consecuencias de un incumplimiento reviste además cierta utilidad preventiva. Por lo demás, la reciente tendencia de ejecución de TBC de forma grupal (Blay 2010), así como la previsión de sesiones grupales en el contexto de un programa formativo (Larrauri 2010), invitan a tener un especial cuidado con la reacción ante una incidencia durante la ejecución, puesto que la gestión de la misma será precedente para los demás penados.

Desde una perspectiva rehabilitadora, cobra especial relevancia la valoración de las circunstancias del incumplimiento y del penado, como es constantemente reforzado por las Recomendaciones que se analizarán a continuación. Así, se favorece un modelo flexible, que reaccione con rigor sólo ante el rechazo voluntario del penado a cumplir la pena impuesta, evaluando las dificultades que puede enfrentar para cumplir y se desaconseja un modelo rígido de reacción ante un hecho concreto (número determinado de inasistencias

---

<sup>182</sup> Vid. supra Cap. I 3.2.

por ejemplo), que pese a su facultad para dotar de mayor seriedad a las alternativas (lo cual lo hace más atractivo a los jueces) por el contrario, puede llevar a un número excesivo de revocaciones, cuestión más preocupante cuando la pena de apoyo sea privativa de libertad (Cid 1999, 137; González Tascón 2013, 350).

### **3. Incumplimiento de las penas comunitarias en España**

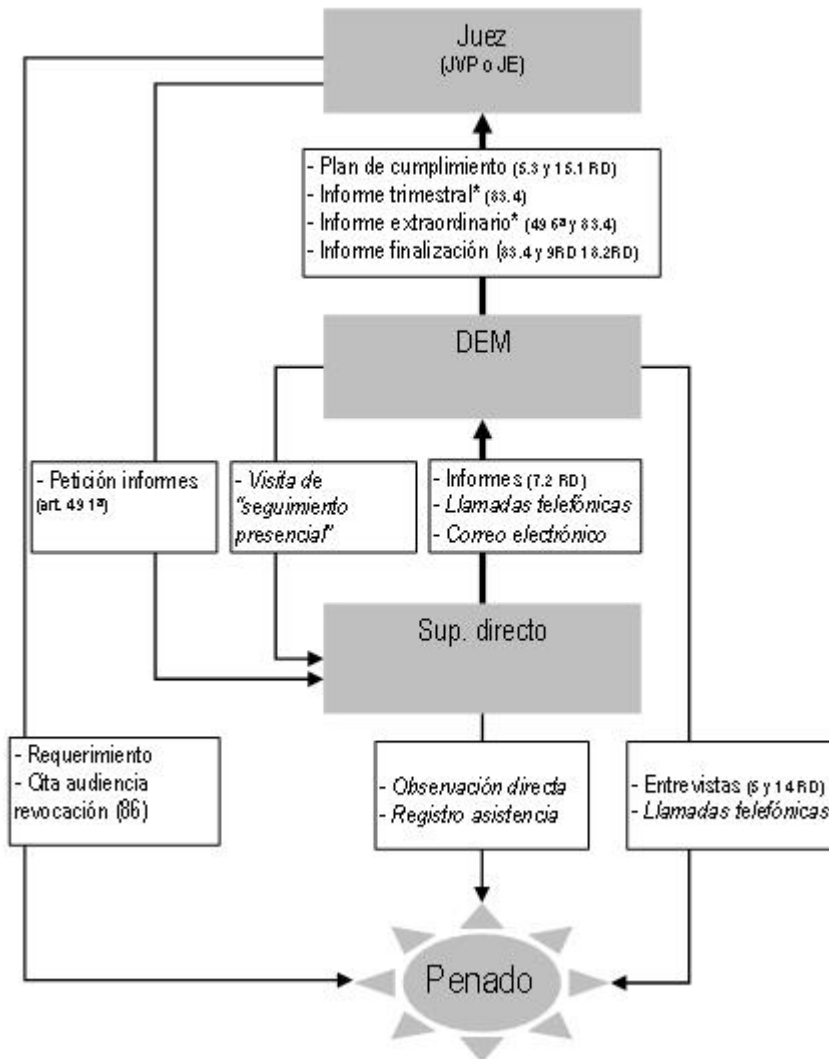
Las penas comunitarias presentan una serie de particularidades que se manifiestan especialmente en la etapa de implementación y ejecución de las mismas, en esta etapa, además, es cuando pueden surgir los problemas e incidencias propios del incumplimiento que se han venido desarrollando en esta tesis. En España, la ejecución de las penas comunitarias se caracteriza por una serie de actores y herramientas que se estudiarán a continuación, para dar lugar al análisis de la regulación del incumplimiento y profundizar posteriormente en el incumplimiento de las penas comunitarias más relevantes: el TBC y la suspensión con obligaciones.

#### **3.1 La supervisión de penados en España**

Antes de pasar al estudio de cada uno de los actores que intervienen en la ejecución de las penas comunitarias (y por tanto en la valoración de incidentes e incumplimiento), se revisarán a grandes rasgos los mecanismos de supervisión desarrollados en la legislación y normativas inferiores para establecer un mapa de la supervisión de penados en España. Pese a que TBC y suspensión con reglas de conducta se regulan de forma distinta, comparten el órgano administrativo que supervisa su ejecución (servicio de gestión de penas y medidas alternativas) y los mecanismos generales de seguimiento, de manera que he optado por su estudio conjunto, ya que creo que da cuenta de un tratamiento relativamente unificado de las penas comunitarias en España. Una vez sentadas dichas bases, será posible proceder a explicar los supuestos, criterios y consecuencias del incumplimiento de las penas comunitarias de forma separada. En el siguiente diagrama se pueden apreciar los diversos mecanismos de supervisión y servirá para apreciar el contexto cuando se estudie cada actor por separado.

Ilustración 7 Mecanismos de supervisión en España

Art. 49 y 83 CP y RD 840/2011



Elaboración propia.

Este diagrama ilustra las herramientas de que dispone cada actor y los flujos de información que dan forma a la supervisión de las penas comunitarias en España. De esta manera, se hace visible que si bien cada agente cuenta con mecanismos para comunicarse con el penado directamente, muchas veces la supervisión se realiza de forma mediada. Esto ha dado lugar a discusiones sobre quién detenta el poder en la decisión en la construcción del incumplimiento y la apropiación profesional (Decoene y Beyens 2013). Esta reciente línea de investigación en criminología da cuenta de las tensiones que se producen por controlar la decisión final y si bien es relevante para comprender la supervisión de las penas comunitarias, surgió primero para explicar las tensiones en la realización y el uso de los



Informes sociales en la fase de ejecución judicial de la pena (*Pre-Sentence Reports*)<sup>183</sup>. Así se ha descubierto que existe una suerte de control de la información y un intento de moldear la decisión siguiente por parte del agente anterior.

Si bien los tres actores a tratar intervienen en la ejecución de la pena, es apropiado explicar teóricamente qué partes de la supervisión corresponde a cada uno. En el primer capítulo adelanté una definición de supervisión como una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración, que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma. Además, los dos cuerpos normativos europeos en la materia se preocupan de la misma: tanto la ERCSM en 1992 como las EProbR en 2010 disponen de un glosario que contiene el vocablo “supervisión”.

*El término “supervisión” designa tanto las actividades de asistencia, realizadas por un oficial de ejecución, con el objetivo de mantener al autor de un delito en el seno de la comunidad, como las acciones emprendidas para asegurar que el infractor cumpla las condiciones y obligaciones impuestas, incluyendo el control cuando sea necesario. La supervisión puede ser obligatoria o voluntaria (a solicitud de los infractores)*<sup>184</sup>.

La supervisión es por tanto, un conjunto de actividades que realiza un oficial de ejecución. Se trata de una función que efectúa una persona, y pese a pertenecer a una institución (SGPMA), la supervisión es una actividad que se realiza a nivel individual. En el sistema penal español, se trata de un “profesional del servicio de gestión de penas y medidas alternativas” o un *delegat de execució de mesures* (DEM) en Cataluña<sup>185</sup>.

Y si es el DEM quien se encarga de la supervisión y el control de las penas comunitarias, ¿qué es lo que hace el juez? ¿A qué se refiere el Código Penal en su artículo 3 cuando manda que “la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”? ¿Y en su artículo 49 cuando encarga el control al juez<sup>186</sup>? Pese a que en España la función del juez parece ser más relevante en la ejecución de las penas comunitarias que en otros ámbitos europeos (Blay 2011) el legislador español no está estableciendo una forma diferente de desarrollo de las penas comunitarias. Así, mientras el DEM se encarga de la supervisión del penado y dentro de esta realiza una

---

<sup>183</sup> Una primera investigación en España sobre el uso de estos informes en Larrauri y Zorrilla (2014).

<sup>184</sup> Lo subrayado es una adición realizada en las EProbR 2010. La traducción es del Ministerio del Interior, Secretaría general de Instituciones penitenciarias.

<sup>185</sup> Usaré “DEM” en adelante para referirme a la figura del profesional del servicio de gestión de penas y medidas alternativas.

<sup>186</sup> Art. 49 1º La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria (...)

función de control, al juez le corresponde el control de la ejecución de la pena. Mientras el DEM controla al penado, el juez controla la ejecución de una forma más amplia. Otra posible respuesta implicaría asumir que ambas actividades responden a acepciones diferentes de la palabra “control” (posiblemente porque la primera se enmarca en el contexto anglosajón, mientras la segunda a uno continental español). Cuando la normativa europea y los autores anglosajones dicen que el DEM “controla” al penado, se referiría a una intervención que pretende incidir en la conducta ajena: “controlar la conducta de otro”<sup>187</sup>, mientras que cuando el legislador español afirma que es el juez quien controla, se estaría refiriendo a un “chequeo” de condiciones<sup>188</sup>, a comprobar el cumplimiento.

En efecto, el intento realizado en esta tesis de delimitar las funciones de SGPMA respecto de las del juez competente del control no una disyuntiva artificial, sino que ha tenido repercusión en la práctica, a partir de la modificación introducida por el citado RD 840/2011. Así, en el inicio de la implementación de la nueva regulación, que incluía la inmediata ejecutividad del plan de trabajo desarrollado por el DEM (sin perjuicio del posterior control por parte del JVP), se plantearon conflictos de jurisdicción, en situaciones en que los SGPMA consideraban que el JVP se estaba sobrepasando en sus atribuciones al requerir mayor documentación para realizar una diligencia solicitada (especialmente en el control del inicio de la ejecución, y para declarar la exitosa finalización de la misma). Ante estos casos, la sala especializada en conflictos de jurisdicción del Tribunal Supremo, estimó reiteradamente que “de ello [la inmediata ejecutividad del plan de trabajo] no se deduce en modo alguno que los Juzgados hayan perdido sus funciones de control, e incluso aceptación final, tanto de los planes mismos, como en especial del correcto y efectivo cumplimiento de las penas conforme a dicho Plan”. Para el Tribunal Supremo, las variaciones formales en cuanto a la ejecutividad inicial del plan se realizaron en aras de dotar de mayor agilidad al sistema, de manera que “para nada varía en el citado Real Decreto 840/2011 la sustancia del control que pueden ejercer los Juzgados respecto del Plan y, desde luego, esos cambios formales no se han producido en lo que al control del cumplimiento de la pena, una vez finalizado éste, se refiere” y, en definitiva, que “estos cambios de redacción de los artículos 8 y 9 no significan en modo alguno que los Juzgados hayan pasado a convertirse en meros observadores” (ver entre otras, con idénticos argumentos, STS 2026/2012, STS 2045/2012, STS 2040/2012, STS 2037/2012).

---

<sup>187</sup> Oxford Dictionary of English 1. [mass noun] the power to influence or direct people's behaviour or the course of events (...) (Stevenson (Ed.) 2015).

<sup>188</sup> RAE: control Del fr. contrôle. 1. m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención.

## 3.2 Actores que intervienen

En el sistema de justicia penal español destacan tres niveles de agentes (o agencias) en la etapa de ejecución administrativa de la pena: la entidad en que se presta el trabajo o el centro o servicio que desarrolla el tratamiento o programa, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas (en adelante SGPMA) y el juez o tribunal (RD 840/2011 arts. 7, 16 y 17).

*Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, así como las directrices de la entidad para la que preste el trabajo (Art. 7)<sup>189</sup>.*

Todos estos actores participan en la supervisión que caracteriza a la ejecución administrativa de las penas comunitarias. El binomio cumplimiento/incumplimiento ocurre (en cuanto acción) y se interpreta (en cuanto efecto) en este contexto.

### 3.2.1 Supervisor directo y entidad

Se trata de la persona que dicta el programa formativo, el psicólogo encargado del tratamiento o el encargado del lugar de trabajo donde se realizan las prestaciones de un TBC. Igualmente será relevante la entidad o asociación de interés general en que se desarrolla la actividad y el responsable de la misma.

Su labor en la ejecución de las penas comunitarias se encuentra presente en la normativa a distintos niveles. En el Código Penal “la entidad” es mencionada en la regulación del TBC, permitiendo al JVP solicitar informes sobre el desempeño del penado a la misma. Tres de los cuatro incidentes que pueden dar lugar a la declaración judicial del incumplimiento de un TBC hacen referencia al responsables del trabajo o la entidad (se puede realizar la analogía con el responsable del programa formativo cuando se trate de un TBC terapéutico) y de la lectura de esos incidentes se puede desprender que el responsable del centro de trabajo puede requerir al penado para que logre un desempeño medio; el responsable de la ocupación puede dar instrucciones al penado respecto del desarrollo de la actividad; y puede llamar la atención al penado respecto de comportamientos molestos o inapropiados y solicitar al SGPMA que lo desvinculen de su entidad.

---

<sup>189</sup> Esta triple supervisión es menos evidente en la regulación de la suspensión, puesto que no se hace referencia expresa a las entidades (salvo la referencia del art. 27 RD). Sin embargo puede desprenderse de los artículos 16 y 17 del mismo RD.

En el caso de la suspensión con programa formativo no se hace referencia ni a la entidad ni al supervisor directo, pese a que su existencia es esencial para la ejecución de la pena. En el RD 840/2011 se les incluye entre los Representantes de las entidades públicas o privadas que colaboren en la ejecución de las distintas penas y medidas de seguridad (Art 27 RD).

Las entidades cumplen con la función de facilitar el lugar para el desarrollo de la actividad, más concretamente el supervisor directo mantendrá un contacto estrecho con el penado, guiándolo en la ejecución de sus tareas y entregando instrucciones claras (Torres Rosell 2006, 420). En el caso de los programas formativos, el rol del supervisor directo estará orientado a la intervención sobre las causas que han generado el delito mediante “dos tipos de tratamientos distintos: uno de carácter formativo y otro de carácter reeducativo y psicológico” (Rueda 2007, 42).

La implicación de la entidad en aspectos de control se limita a confirmar la asistencia del penado al centro en los días acordados en el plan de ejecución y la ejecución efectiva de la tarea que le ha sido encomendada. Cualquier otra incidencia durante la ejecución debe ser puesta en conocimiento de los profesionales de la Administración para que sean ellos quienes procedan según convenga (Torres Rosell 2006, 420). Para cumplir con su función llevarán un registro de asistencia.

### **3.2.2 El DEM y el SGPMA**

A nivel internacional, en diversos países destaca el Servicio de Probation, órgano encargado de la ejecución de las penas comunitarias y sus agentes –*probation officers*. En las EProbR de 2010 se desarrolla un modelo de este servicio, que habría de ser un órgano autónomo de ejecución de sanciones en la comunidad, y que tendría por funciones, entre otras, la elaboración de informes psico-sociales (*pre sentence reports*) y la ejecución y supervisión de penas comunitarias entre las que destacan el TBC, la probation y las medidas de liberación anticipada de la prisión. De acuerdo a Cid (2010, 80 ss.), en España carecemos de una agencia como esta y “no disponemos de regulación general de las funciones de los diversos servicios de las administraciones que realizan las funciones de

probation”. Es decir, hay multiplicidad de órganos que realizan estas tareas y multiplicidad de normas que regulan su actuar<sup>190</sup>.

En España, para la ejecución de las penas de TBC y de suspensión con programas formativos, el órgano al que se remiten las disposiciones es el “Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas” (en adelante SGPMA). Esta nomenclatura es introducida al sistema de ejecución penal español en 2011, con el RD 840/2011 (con anterioridad se refería a los “servicios sociales penitenciarios”). En la reforma de al CP del 2015 se utiliza el mismo nombre cuando se quiere hacer referencia a esta institución en las reglas de la suspensión, sin embargo es de lamentar que el legislador de la reforma no haya aprovechado de actualizar y armonizar el artículo 49 CP, tantas veces modificado desde 1995, que sigue refiriéndose a los antiguos “servicios sociales penitenciarios”<sup>191</sup>.

Puesto que Cataluña tiene atribuidas las competencias de ejecución de sanciones en la comunidad, existen dos modelos de SGPMA en España. El de la administración general del Estado, que los integra dentro de su estructura de los servicios penitenciarios, y el de la comunidad autónoma catalana, en que la autoridad competente es la *Subdirecció General de Reparació i Execució Penal a la Comunitat*, que se encuentra orgánicamentee bajo la *Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil*, diferente de la *Direcció General de Serveis Penitenciaris*. Es interesante que los cuerpos que se ocupan de las penas privativas de libertad y de penas comunitarias sean diferentes y ni siquiera compartan misma dirección. Además, en el modelo catalán funciona una alianza público privada para estos fines, que externaliza los servicios de supervisión de penados (Blay 2010; Blay y Larrauri 2016).

Los SGPMA son definidos en el reglamento como “unidades administrativas dependientes de la Administración penitenciaria que están configuradas como equipos multidisciplinares, y que tienen encomendado el cumplimiento de las penas y medidas alternativas a la privación de libertad”. La función de los SGPMA se personaliza en el DEM (delegado de ejecución de medidas en Cataluña, profesional del SGPMA en el resto de España) y no se limita a ser un gestor de servicios ni un nexo entre juez y entidad, sino a ejercer una verdadera supervisión de la ejecución de las penas comunitarias (Torres Rosell

---

<sup>190</sup> Esto sería especialmente grave para Cid (2010), puesto que “ni el Código penal, ni los diversos reglamentos que desarrollan las previsiones legales contienen indicaciones ni sobre los principios que deben guiar la intervención del agente de probation en la ejecución de estas sanciones alternativa, ni sobre los métodos que deben guiar su actividad”.

<sup>191</sup> Al igual como lo hacía el antiguo reglamento de desarrollo de 2005 (RD 515/2005 de 6 de mayo) y el de 1996 (RD 690/1996 de 26 de abril).

2006, 421). Estos servicios ejercen su supervisión respecto del penado mediante diversas herramientas que les brindan ley, reglamento y protocolos de ejecución. Estas facultades se han visto reforzadas por la reforma de 2015 que establece como causal de revocación de la suspensión la sustracción del penado del control del SGPMA.

Como he mencionado, si bien el legislador se dirige al SGPMA, la supervisión es una actividad eminentemente personal y la realiza el DEM (profesional del servicio de gestión de penas y medidas alternativas en el resto de España). Cabe recordar que la supervisión es una actividad que integra ayuda y control. Por eso la figura del DEM (equivalente al *probation officer*) es una figura dual. Puede ayudar al penado en primer lugar diseñando con él un plan de cumplimiento acorde a sus necesidades y responsabilidades sociales y familiares, intentando vincularlo a los servicios sociales adecuados a su problemática, aconsejándolo y usando estrategias efectivas para un modelamiento prosocial, entre otras (Raynor, Ugwudike, y Vanstone 2013). Pero al mismo tiempo está entre sus funciones (y obligaciones) el controlar el cumplimiento por parte del penado de sus prohibiciones y deberes y cualquier incidencia en la ejecución para informarla al juez. En él se materializan los dos polos de la supervisión: la asistencia y el control (Blay 2007b; Torres Rosell 2006; Robinson y Ugwudike 2012; Trotter 2015, 3-5).

Además el DEM cumple una función de “puente” entre los distintos intervinientes en la ejecución de la pena comunitaria. Este elemento, junto con su capacidad de vincular al penado a los distintos servicios sociales y las exigencias de la agencia en cuanto a efectividad (managerialism) le han llevado a constituir un verdadero “gestor de casos”, desvirtuando su original implicación en el proceso de rehabilitación del penado.

Los contactos directos entre entidad y juez y entre penado y juez son escasos y es el DEM quien media e informa<sup>192</sup>. Es la cara visible ante los otros tres intervinientes: juez, entidad y penado. En virtud de ello los SGPMA tienen la tarea de informar al juez del curso de la ejecución de la pena mediante informes. Los hay de diversos tipos:

- a) Plan de cumplimiento (artículo 5.3 RD). El juez controla el plan que ya se está cumpliendo. En el artículo 15.1 RD se regula el plan de intervención y seguimiento en la suspensión. En el anterior reglamento de 2005 se requería aprobación judicial. Hoy el plan tiene ejecutividad

---

<sup>192</sup> Ver el diagrama al inicio de este apartado.

inmediata y el JVP controla a posteriori (art. 5.3 RD para TBC y 15.1 RD para suspensión y sustitución).

- b) Informes periódicos: trimestrales o semestrales para la suspensión (83.4 CP y 18.1 RD)

Para la pena de TBC principal no se exige periodicidad.

- c) Informe extraordinario por materialización de un incidente grave o por incremento de la peligrosidad del penado (83.4 y 86.4 CP).
- d) Informe de finalización (83.4 CP, 9 RD y 18.2 RD). Antes de la Reforma 2015 la exigencia de un informe de finalización sólo estaba en el reglamento.

En la elaboración de estos informes, los DEM describirán el estado de ejecución de la pena, informarán cambios en el plan si es que es necesario (por ejemplo una adaptación del calendario por ausencias justificadas o cambio de la situación laboral del penado) y en caso de que se informe una incidencia podrán informar al juez que se habló con el penado, se superó el problema y el penado presenta una buena actitud hacia el cumplimiento hasta sugerir al juez que declare un incumplimiento. En este último caso se trata de recomendaciones que realiza el DEM dentro del informe. Los SGPMA distinguen dos recomendaciones relevantes que pueden incorporar en su informe ante una incidencia: la de estimar que ha habido incumplimiento y la de requerir al penado para que cumpla. Pero será el juez quien valorará los hechos, iniciará diligencias de comprobación o audiencia cuando se requiera legalmente o cuando lo estime de forma discrecional y la ley se lo permita y finalmente resolverá soberanamente.

### **3.2.3 Juez**

El último actor que interviene en la supervisión del penado es el juez. En él reside la potestad jurídica última de decidir sobre un incumplimiento, aunque esta decisión sea de cierta forma mediada por los otros intervinientes. Por otra parte, la función del juez en la ejecución administrativa no se limita a la decisión sobre el incumplimiento, sino que reside en el más amplio control de la ejecución. En este apartado, al situarnos en el ámbito judicial, será importante considerar tanto las garantías que han de respetarse en ese contexto, los mecanismos generales que puede ejercitar el juez ante una incidencia, y la competencia judicial.

Como se explicó más arriba, al juez le corresponde el control de la ejecución administrativa, esta función está regulada de forma amplia en el segundo apartado del

artículo 3 del código penal, que establece la garantía de legalidad de las penas y su ejecución y, en su parte final, atribuye el control de la ejecución a jueces y tribunales:

*2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.*

Esta norma establece un principio de legalidad de la ejecución, de acuerdo al cual esta debe regirse por ley o reglamento que la desarrolle. Pese a que no se exige sólo norma con rango de ley y se permite que parte de la regulación se realice vía reglamentaria, esta última sólo podrá limitarse a desarrollarla, sin regular materias no enunciadas previamente por la ley. Así, debe ser la ley la que establezca los principios de actuación en la ejecución de las penas, que puedan ser desarrollados por norma de rango de reglamento. Por otra parte, en el artículo comentado se establece la competencia de los Jueces y Tribunales en el control del cumplimiento de las penas y medidas, lo que ha de interpretarse en el sentido de que “aun cuando la Administración puede ser competente en la ejecución de las penas y medidas, deberán establecerse siempre medidas de control jurisdiccional” (Corcoy y Mir 2015, 53).

Ocupándonos del rol de este actor en la ejecución de las penas comunitarias, surgen tres cuestiones que se analizarán a continuación. En primer lugar, se aprovecha este apartado para hacernos cargo de una cuestión algo más amplia que la mera función del juez, pero muy vinculada a la misma: las garantías que han de guiar la etapa de ejecución. En segundo lugar hacemos referencia a las facultades que tiene el juez en esta etapa. Finalmente se incide en la autoridad judicial en la que reside la competencia.

#### ***a) Garantías en ejecución***

¿Son los principios y reglas del debido proceso trasladables a la etapa de ejecución? Y si es así, ¿cuán lejos debemos llegar en esta extensión? La visión clásica del proceso penal, indicaba una separación clara entre el proceso penal, la individualización de la pena y la ejecución de la pena, de manera que una vez que decaía la presunción de inocencia, los principios que regían el debido proceso perdían su razón de ser.

La ejecución de las penas en general y de las alternativas en particular sufre de una escasez de normas procesales constantemente advertidas por la doctrina como por el poder judicial. Basta apreciar que en la LECrim, en el libro VII “de la ejecución de las sentencias”



se refiere a los supuestos de absolución (puesta en libertad) y a los de entrada en prisión sin referencia alguna en su articulado a la ejecución de las sentencias de penas comunitarias. La regulación está diseminada en algunos artículos del CP y en el RD 840/2011.

De hecho, al hacer una revisión de los manuales de Derecho Procesal Penal, por ejemplo, estos carecen de una sección dedicada a la fase de ejecución o se limitan a dar unas nociones muy sucintas y superficiales (contrastando con el contenido de la primera parte del manual) y únicamente respecto de la ejecución de la pena de prisión, de forma coincidente y proporcional a la escasa atención prestada por el legislador en estas materias. Sin embargo, una visión más moderna del proceso penal, evita ver las distintas etapas como compartimentos estancos. Así, ya hay doctrina que se ocupa de lo que ocurre después de la declaración de culpabilidad, pero más que de la etapa de ejecución administrativa de la pena, se ha discutido las garantías procesales que deberían regir la fase de decisión de la pena y de ejecución judicial<sup>193</sup> –*sentencing* (King 2012).

Otra forma de plantear la pregunta es contemplarla desde una perspectiva cronológica, así para Herzog-Evans (2015, 466 ss.), desde un punto de vista teórico, la cuestión principal es responder si la ejecución está separada del proceso penal que precede la condena. Para la autora, la “teoría del continuo” puede explicar por qué en general son los tribunales quienes tienen a su cargo la sanción del incumplimiento. En esta línea afirma que después de todo, la libertad condicional, como la remisión, los permisos, y el reingreso a prisión u otras sanciones impactan en la libertad de los delincuentes de una manera similar como lo hizo la condena inicial (positivamente con la libertad condicional; negativamente con el reingreso en prisión). Entonces ¿por qué es relevante ocuparse de las garantías en la etapa de ejecución? Porque cuando se está frente a un incidente por un posible incumplimiento de la pena comunitaria, se le está imputando una conducta al penado que pese a no constituir delito puede tener una seria incidencia en la ejecución de su pena, tanta como para que signifique entrar en prisión y de esta manera la decisión sobre el incumplimiento comparte con la condena inicial la afectación de los derechos e intereses del penado. Por otra parte, no es únicamente la potencial afectación de la libertad del penado lo que comparten condena y sanción del incumplimiento, sino también otras consecuencias, para Herzog-Evans lo es el impacto en la seguridad pública y a mi parecer pueden pensarse en otros como el impacto en los intereses de la víctima. Estas últimas

---

<sup>193</sup> Se pueden revisar las garantías en la etapa de ejecución judicial de la pena para España en Cid (2009) y Subijana (2005).

similitudes explican en parte las disposiciones que rigen la reacción penal a los incumplimientos de las penas comunitarias que incorporan no sólo la valoración de la conducta infractora, sino también valoración de la peligrosidad del penado y el derecho de la víctima a ser oída o informada.

En España, las garantías en etapa de ejecución administrativa de las penas se ha discutido mayormente en su faceta de ejecución de pena privativa de libertad. Al respecto, Navarro afirma que “si consideramos que la ejecución no es sino una nueva fase del proceso penal, es preciso concluir que la ejecución de la pena privativa de libertad seguirá informada por los mismos principios y garantías presentes en la fase de declaración de la responsabilidad criminal y, en especial, por el principio de legalidad que comprende, a su vez, el de oficialidad y el de necesidad” (Navarro Villanueva 2002a).

Siguiendo esta moderna idea de proceso penal, en que la ejecución no es sino una nueva fase del mismo, entonces las garantías rigen también en la etapa de ejecución administrativa de las penas comunitarias.

#### ***b) Facultades del juez en general y el “requerimiento” en particular***

Los principales mecanismos de que dispone el juez en la supervisión de la ejecución de las penas comunitarias dicen relación con la valoración de las incidencias en el transcurso del cumplimiento de la pena y por tanto se revisarán en el apartado siguiente de esta tesis.

Otras herramientas que se pueden apreciar en el diagrama que da inicio a este apartado son la solicitud de informes al SGPMA (que igualmente los entrega de forma espontánea como se revisó anteriormente), la solicitud de informes directamente a la entidad que realiza la supervisión más inmediata del penado, y una que no está en la legislación: el requerimiento del penado.

El requerimiento es una herramienta que no contempla la LECrim, ni el CP, ni el reglamento, y que existe en la práctica de la ejecución penal catalana. Se trata de un instrumento que es definido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en el artículo 149.4 que clasifica los actos de comunicación judicial:

*Los actos procesales de comunicación serán:*

*4.º Requerimientos para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad.*

Así, puede definirse como “un acto de comunicación procesal destinado a ordenar a persona determinada, conforme a la ley, una conducta o inactividad” (Rodríguez Lainz 2010, 10).

Puesto que la práctica catalana ha consistido en una comunicación de carácter personal, al penado se lo cita judicialmente (un acto de comunicación distinto), para ser requerido en el tribunal. Materialmente entonces se cita judicialmente al penado para que se presente ante el tribunal (a veces ante él, otras veces ante el secretario del tribunal), quien personalmente le requiere para que cumpla y le recuerda las consecuencias de su incumplimiento. En ocasiones se utiliza para darle la oportunidad al penado para que explique las circunstancias o razones de las incidencias previas que motivaron el requerimiento. En los informes que remite el SGPMA al juez, los delegados pueden recomendar que haga un requerimiento y se considera un “llamado de atención”, una forma para intentar lograr un mayor compromiso del penado en casos difíciles, pero que no se quieren “incumplir”. Podría decirse que con este requerimiento, se espera que el juez logre que el penado sea consciente de la espada de Damocles que cuelga sobre él.

El inconveniente que tiene es que cuando se solicita al juez por el DEM se paraliza la medida hasta que se materialice el requerimiento. Por otra parte, una vez informado el juez este podrá hacer caso omiso de la petición del DEM y valorar los hechos como constitutivos de incumplimiento (aunque es improbable).

### *c) Competencia*

Dependiendo de la medida de la que se trate, supervisa el juez sentenciador (quien realizó la ejecución judicial de la pena: juez de ejecución o juez penal donde no haya tal distinción) o el juez de vigilancia penitenciaria. El juez sentenciador realiza la supervisión de la ejecución administrativa de las penas comunitarias impuestas en el contexto de una suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad. A su vez, el juez de vigilancia penitenciaria (JVP) realiza la supervisión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. El JVP es competente del control de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad a partir de la reforma operada por la LO 15/2003<sup>194</sup>, en que el legislador se hizo eco de las voces de la doctrina mayoritaria que sugería la competencia especializada de la ejecución de penas (Torres Rosell 2006, 424). Sin embargo, esta nueva competencia no fue

---

<sup>194</sup> La competencia previamente correspondía al juez sentenciador.

favorablemente recibida por los jueces quienes se muestra incómodos puesto que no constituye “su auténtico trabajo” (Blay 2011, 67). Así en la XIX reunión de los JVP de 2010, se aprobó por unanimidad “instar la reforma del Art. 49 del Código Penal para que, no siendo privativa de libertad dicha pena, el control de su ejecución retorne a los tribunales sentenciadores”. Una opinión contraria se puede encontrar en Subijana (2005, 19), para quien lejos de reducir las competencias de los JVP resulta necesario ampliarlas absorbiendo algunas que hoy corresponden al juez sentenciador, incluyendo la decisión sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y su supervisión.

Es necesario hacer un apunte en el sentido que la reforma al CP operada por la LO 1/2015 derogó el TBC sustitutivo. La figura considerada “heredera” (como se ha explicado en el capítulo anterior) es la suspensión sustitutiva. Esta reforma ha generado un problema de competencia, en el sentido que previamente los JVP eran competentes de supervisar las penas de TBC sustitutivas, sin embargo, se han inhibido de controlar la ejecución de esta nueva figura. La razón es nuevamente formal: puesto que lo que se supervisa no es una pena privativa de derechos, sino una condición de una suspensión, la competencia otorgada por el artículo 49 CP al JVP para el control del cumplimiento no tiene sentido en ese contexto y por lo tanto parece volver al juez sentenciador. Así lo ha explicado Gómez-Escolar (2016, 4-5), haciendo referencia al artículo 85 CP que faculta al tribunal sentenciador para modificar la decisión adoptada conforme al artículo 84, que regula la suspensión sustitutiva. La disposición hace referencia a la modificación de la decisión que previamente hubiere adoptado (de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad con la condición de realizar TBC), de manera que no puede estarse dirigiendo al JVP<sup>195</sup>.

Por otra parte, entre las conclusiones de la reunión de jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria de 2015 (septiembre) destaca la cuarta:

*la consideración de los TBC como regla de la suspensión de la ejecución que se establece en los arts. 84.1 3ª y 80.3, segundo párrafo CP determina la pérdida de competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el control de su ejecución, que quedará residenciada en los órganos sentenciadores.*

Los firmantes continúan haciendo un llamado de atención al ejecutivo para la actualización del RD 840/2011 conforme a la reforma legislativa, específicamente para garantizar la intervención de los SGPMA en la ejecución del plan de cumplimiento del TBC en el contexto de una suspensión sustitutiva. Este reclamo tiene sentido ya que en el CP se

---

<sup>195</sup> En este mismo sentido, la también fiscal, Zeraibi (2015).

hace referencia a los SGPMA tanto en el artículo 49 para el TBC como en el artículo 83 para la suspensión con reglas de conducta, pero nada dice respecto de la suspensión del artículo 84.

Se logra así, de forma indirecta, dar satisfacción a la demanda realizada previamente por los JVP que, incómodos con el control de la pena de TBC, abogaban por que al menos los antiguos TBC sustitutivos fueran controlados por el tribunal sentenciador. Así lo aplaude el fiscal Gómez-Escolar, estimando que luego de esta devolución de competencias al juez sentenciador “buscada o no”, sería deseable la misma para el caso del TBC impuesto como pena directa.

### 3.3 Marco legal del incumplimiento en España

Después de hacernos cargo de la supervisión en España y de los actores involucrados en la ejecución de las penas comunitarias, es posible abocarnos al estudio de su incumplimiento.

A partir de lo desarrollado en el capítulo segundo, se puede definir cumplimiento como la observancia de los requerimientos específicos de la pena comunitaria. En contraste, el incumplimiento consistiría en la inobservancia de los requerimientos específicos de la pena comunitaria por parte del penado. Sin embargo, esta definición del incumplimiento, construida a partir de su confrontación con la definición de cumplimiento, debe ser matizada.

En primer lugar, la simple omisión de una conducta requerida (o la realización de una prohibida) no constituye incumplimiento cuando la conducta está justificada<sup>196</sup>. En segundo lugar, el legislador español en ocasiones exige un estándar subjetivo más elevado que la simple falta de justificación para que dicho incumplimiento tenga consecuencias penales. Así, en esta tesis se define incumplimiento como **la inobservancia injustificada de los requerimientos de la pena comunitaria por parte del penado**.

Además, se entenderá por incumplimiento aquél que puede ser declarado judicialmente<sup>197</sup>. Las razones para adoptar esta toma de posición son principalmente dos: en primer lugar, el incumplimiento es un constructo que surge de la interacción (y negociación) entre diversos agentes del sistema penal y el penado; en segundo lugar, el

---

<sup>196</sup> Hay que entender justificada en un sentido amplio y flexible, que depende de la jurisdicción de que se trate y no en el sentido específico del concepto en teoría del delito.

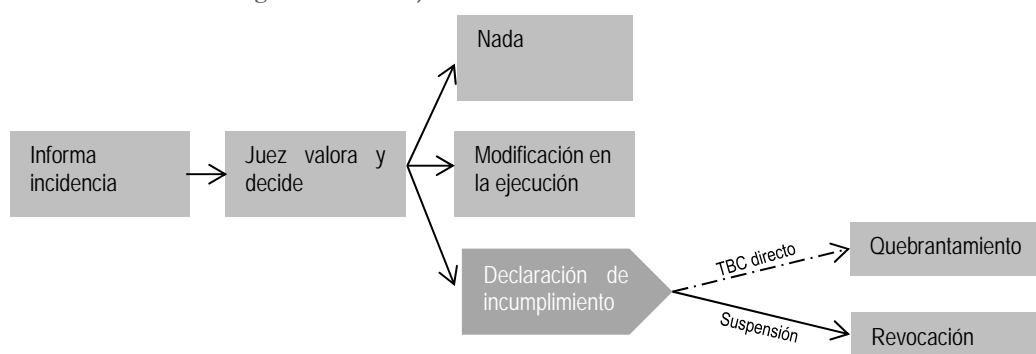
<sup>197</sup> Se trata de una discusión análoga a la que en criminología existe en torno al concepto de delito.

incumplimiento ha de ser declarado judicialmente para dar lugar a los efectos que la ley le atribuye, que son precisamente los que justifican la realización de esta tesis.

Esta toma de posición explica que los apartados venideros consistan en un estudio acerca de la regulación sobre los incidentes en la etapa de ejecución de las penas comunitarias y los criterios que rigen la decisión judicial para declararlos como incumplimiento o no, es por ello que se ilustrarán con jurisprudencia. Además, luego se estudiará la consecuencia a la que da lugar dichos incumplimientos que dependerá no ya de la magnitud de la inobservancia, sino de la naturaleza de la institución en la que existe la pena comunitaria.

Como se ha insistido durante esta tesis, el ordenamiento español hace un tratamiento de las penas comunitarias de forma fragmentada, pero su ejecución material comparte los elementos comunes en la supervisión que se revisaron en el apartado anterior. En el tema que desarrollaré a continuación ocurre algo similar, las consecuencias y requisitos difieren bastante en los distintos institutos, sin embargo, se puede construir un modelo básico: **a) se informa de un incidente al juez; b) el juez tiene tres grandes opciones de acuerdo a los criterios y al ámbito de discrecionalidad dados por el legislador: puede no hacer nada, puede modificar la pena comunitaria en algún sentido (aumentando condiciones o plazos, por ejemplo), o puede declarar el incumplimiento judicial de la pena y c) proceder a dar lugar a la consecuencia que el ordenamiento prevé.**

Ilustración 8 Diagrama decisión judicial



Pese a ser teóricamente posible, es prácticamente inviable hacer una separación entre supuestos, criterios y consecuencias del incumplimiento de las penas comunitarias en el Sistema Penal español. La interrelación entre estos elementos desaconseja su separación para el análisis en distintos apartados, que redundaría en una constante repetición y reenvío

entre los mismos. En esta tesis se ha optado por separar en primer lugar entre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 49 CP y las penas comunitarias que existen en el contexto de una suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

## **4. Incumplimiento de TBC**

El incumplimiento de la pena de TBC consiste en la inobservancia injustificada de los requerimientos específicos de la pena de TBC. El requerimiento fundamental de esta pena, de acuerdo al artículo 49 CP es la cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, de manera que el incumplimiento se verifica cuando el penado no coopera en las actividades de utilidad pública asignadas. Esta obligación de cooperación supone otras que el mismo artículo desarrolla, como se podrá analizar posteriormente.

### **4.1 Problemas en la fase inicial**

Una cuestión que ha generado cierto debate es la situación del penado a TBC que no acude a la entrevista inicial de forma injustificada ¿qué tratamiento merece esta conducta? ¿Puede valorarse judicialmente como un incumplimiento de la pena de TBC? ¿Ha de tener como consecuencia el castigo por un delito de quebrantamiento? Se trata de un tema relevante de tratar puesto que la incomparecencia de los penados ante los juzgados, cuando son citados “para su requerimiento a que comparezcan en los SGPMA, se da con bastante frecuencia, pero mucho mayor es su incomparecencia ante los SGPMA” (Aranda 2012, 87). Las tensiones que se producen para valorar esta conducta y establecer vías de acción (administrativas y judiciales) ante la misma, son consecuencia de la especialidad de la pena de TBC ante las penas tradicionales (y que lo dotan de la calidad de pena comunitaria) al exigir del penado una cierta colaboración, no ya solamente para el cumplimiento de la pena, sino para la determinación de las condiciones concretas de su ejecución (calendarización, horario, entidad y trabajo a realizar). No se trata de que el penado vaya a escoger cómo cumplir con la pena impuesta, sino que habrán de tenerse en cuenta cuestiones como sus responsabilidades laborales y sociales para la determinación del horario, sus capacidades y necesidades para la adecuación del trabajo a realizar, etc. De manera que su no comparecencia a la citación a los SGPMA es problemática. La dificultad adicional que representa esta incomparecencia, es la poca claridad acerca de las

consecuencias penales en sede judicial, de manera que los SGPMA puedan utilizarlas para motivar (amenazar) la asistencia del penado<sup>198</sup>.

Hay tres posibles soluciones para responder a esta interrogante:

1. Conducta atípica: Existe jurisprudencia que considera que la pena de TBC solo puede ser quebrantada una vez se ha elaborado<sup>199</sup> el plan de cumplimiento de la misma. El tipo de quebrantamiento requiere que la condena haya iniciado su cumplimiento efectivo<sup>200</sup>, cuestión que, de acuerdo a esta interpretación, en la pena de TBC se verificaría el día señalado en el plan de ejecución de la pena para la primera jornada. Sin plan de cumplimiento, no habría lugar a quebrantamiento. Lo que subyace a esta interpretación, es que para la implementación de la pena de TBC, este se divide en dos fases: una preliminar y otra de ejecución, la primera terminaría en la elaboración del plan de cumplimiento y su notificación al penado, momento en el cual se da inicio a la fase de ejecución, en que pueden acaecer incidencias de incumplimiento desde la primera jornada prevista en el calendario. Otro argumento que apoya esta interpretación, es que adelantar la barrera del cumplimiento a un momento anterior no sería posible en la ausencia de una norma que integre en el contenido de la pena una obligación para el condenado de participar activamente en la planificación de su cumplimiento (González Tascón 2013, 348). El sujeto está penado a cumplir con un cierto número de jornadas de TBC, no a asistir a reuniones con un DEM.

Incluso hay jurisprudencia que retrasa un poco más la barrera del inicio de cumplimiento efectivo, requiriendo para el mismo que el penado haya asistido a esa primera jornada<sup>201</sup>; o que exige que si se suspende el cumplimiento de la pena de TBC, el

---

<sup>198</sup> De acuerdo a lo estudiado en el apartado de prevención del delito mediante la disuasión, hay que recordar la necesidad de certeza del castigo.

<sup>199</sup> Se discute si basta con su elaboración en conjunto con el penado,

<sup>200</sup> El criterio que estaría a la base de estas decisiones sería uno sostenido para el quebrantamiento en general (no de TBC) de acuerdo al cual el quebrantamiento de condena solo puede producirse cuando se ha iniciado el cumplimiento efectivo de la condena (395/2005).

“Para que exista quebranto ha de existir una condena y ésta debe encontrarse en trance de ejecución, sin embargo debe señalarse que el trámite de ejecución ya está iniciado con la notificación del plan de cumplimiento, a partir de ese momento sí cabe quebrar la obligación de prestar dichos trabajos” (SAP Madrid 884/2006).

<sup>201</sup> En este sentido, SAP Barcelona 14 de septiembre de 2014 y SAP A Coruña 204/2016. Para A Coruña, además, la respuesta penal a la falta de cumplimiento voluntario no puede ser la comisión de un delito de desobediencia.



reinicio del cumplimiento ha de cumplir los mismos requisitos que el inicio (citación, etc.)<sup>202</sup>.

Destaca la solución de la sección 1ª de la AP de A Coruña (SAP 663/2015 y 204/2016) que, reconociendo como toda la dificultad que implica la necesidad de cooperación del penado para la ejecución, estima que lo adecuado en estos casos es “tal y como sucede en el supuesto de que se requiera judicialmente a un penado para ingresar en prisión para cumplir la pena impuesta privativa de libertad, si incumple dicho requerimiento, al referido penado no puede imputársele un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sino que lo que debe hacer la autoridad judicial es acordar la detención y posterior ingreso en prisión para cumplir la pena de prisión, siempre que se le encuentre. Pues bien, el caso de autos es similar: se requiere al penado para asistir a la cita del Servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración y ejecución del plan de los trabajos en beneficio de la comunidad, y la ejecución de dicha pena, y el penado incumple dicho requerimiento, pero ello no constituye un delito de desobediencia a la autoridad judicial sino que el juzgado competente para la ejecución de la pena de trabajos tendrá que acordar, en su caso, la detención del condenado”. Llama la atención la solución del tribunal, puesto que si bien en el caso de la no comparecencia para el ingreso en prisión es razonable la detención del penado para la ejecución forzosa de dicha sentencia<sup>203</sup>, cuesta encontrar un razonamiento análogo que justifique una orden de detención en este caso. Es difícil comprender la justificación y la finalidad de la detención propuesta ¿Se detiene al penado para ponerle a disposición de los SGPMA? ¿Cuánto tiempo ha de extenderse la detención? ¿O realmente está pensando el tribunal en una forma de motivar la cooperación del penado?

2. Delito de desobediencia (556 CP): Hay otra jurisprudencia que, aceptando la misma distinción de fases de implementación del TBC, y rechazando la posibilidad de que

---

<sup>202</sup> “[U]na vez interrumpida la ejecución, en condiciones que, entre otras cosas, reabrían el transcurso del plazo de prescripción, era preciso un reinicio de aquélla y en tanto no se completasen los trámites preliminares, en cuanto no habría comenzado, de nuevo, la ejecución, técnicamente no existiría quebrantamiento de condena. La pretendida integración de las dos fases, preliminar de entrevistas y aprobación del plan y de ejecución del trabajo propiamente dicho, en un concepto unitario de ejecución, en los términos que propone la sentencia de la audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, del 30 noviembre 2011, significa desconocer el carácter voluntario que, con todas las dificultades que ello plantea, en especial tras su incorporación a parte especial como pena única, se asigna, con carácter absolutamente excepcional, a la pena. En consecuencia, determinados axiomas como la imperatividad absoluta del cumplimiento de las penas exigen, de manera ineludible, modulaciones cuando de trabajos comunitarios se trata.” (SAP Murcia 230/2012).

<sup>203</sup> Ya se ha repetido en diversas partes en esta tesis que lo que caracteriza la ejecución de la pena de prisión es, precisamente, la posibilidad de su ejecución forzosa pese a la rebeldía del penado.

se pueda configurar un delito de quebrantamiento en la etapa preliminar, admiten que, bajo ciertas condiciones, pueda tipificarse un delito de desobediencia. Así, para evitar la impunidad de esta conducta, el curso de acción de algunos servicios ha consistido en su comunicación al órgano judicial, que vuelve a citar al penado bajo el apercibimiento que en el caso de no comparecer ante los mismos incurrirán en un delito de desobediencia a la autoridad<sup>204</sup> (Aranda 2012, 86 ss.). En caso de no concurrir (y verificándose los demás elementos del tipo<sup>205</sup>), se consumaría el delito de desobediencia grave del artículo 556 CP<sup>206</sup>. Entre los elementos del tipo de desobediencia que destacan para el supuesto que interesa aquí, está el que la orden haya sido notificada claramente al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.

3. Delito de quebrantamiento<sup>207</sup>: Algunas Audiencias Provinciales, en cambio, han sostenido que las incidencias en esta fase pueden constituir el delito de quebrantamiento puesto que interpretan que “la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no se inicia tras la aceptación del Plan de Ejecución por el penado, sino mucho antes, desde el mismo momento en que se inicia la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los Juzgados que intervienen en las distintas fases” (SAP Cantabria 496/2014)<sup>208</sup>. Por otra parte, para el tribunal alicantino, “la especial naturaleza de la pena permite integrar las dos fases mencionadas [preliminar y de ejecución] en un todo unitario, de forma que la vulneración de cualquiera de ellas, pueda calificarse de quebrantadora de la condena; porque si es imprescindible la colaboración del penado en todas las fases de ejecución de la pena, el incumplimiento del compromiso adquirido en

---

<sup>204</sup> “puesto que el quebrantamiento de condena solo puede producirse cuando se ha iniciado el cumplimiento efectivo de la condena [...], la pena de trabajos en beneficio de la comunidad solo puede quebrantarse una vez que se haya elaborado el plan de cumplimiento de la misma, de ahí que se considere que en supuestos como el presente la calificación correcta es la de considerar que existe un delito de desobediencia, por cuanto hay un mandato u orden de la autoridad o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones, revestida de todas las formalidades legales, su recepción directa y personal por el destinatario, y la voluntad de éste de desobedecer, esto es de incumplir la orden o mandato recibido” (SAP Pontevedra 322/2016).

<sup>205</sup> Sobre otros elementos del delito de obediencia ver Vera Sánchez (2015, 1706).

<sup>206</sup> En este sentido SAP Pontevedra 322/2016 (que se remite a otras sentencias propias en el mismo sentido) y la sección 6ª de la AP de A Coruña en sentencia de 15 de mayo de 2009, aunque la sección 1ª de esta Audiencia Provincial se ha pronunciado recientemente en otro sentido, declarando la atipicidad de la conducta (663/2015 y 204/2016).

<sup>207</sup> Se estudiará con mayor detención el tipo *infra*.

<sup>208</sup> Y continúa: “si el penado hace caso omiso de la citación que se le hace para redactar el Plan de Ejecución y no comparece ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas -piénsese que el penado ya habría manifestado su consentimiento a la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ANTES de que la sentencia firme fuera dictada, porque de no hacerlo la sentencia no podría haberla impuesto-, ya está incumpliendo la pena que le fue impuesta, en tanto en cuanto sin Plan no hay cumplimiento posible, y si el interesado pasa de acudir a la cita para configurar el Plan, está dejando patente su voluntad de no cumplirla”. SAP Cantabria 496/2014, Que a su vez remite a numerosas sentencias previas del mismo tribunal.

cualquier período de la ejecución, después de consentir que se le imponga, habrá que calificarlo de quebrantamiento de la condena, tanto cuando no realiza el trabajo asignado, como cuando no contribuye voluntariamente a la determinación del mismo, en la primera fase de la ejecución”. Continúa más abajo la Audiencia afirmando que “el cumplimiento de las penas no es materia potestativa, que dependa de la espontaneidad del condenado y el desprecio o abandono del deber asumido a tal fin, al consentir el penado la imposición de dicha pena, no puede dejarse impune, pues su cumplimiento dependería exclusivamente de su voluntad” (SAP Alicante 68/2009).

Para la configuración de cualquiera de estos dos tipos delictivos, no basta la inasistencia del penado a la citación al SGPMA, sino que se requiere que se le haya citado conforme a la ley y que se le haya requerido (una segunda vez) advirtiéndole que su inasistencia puede constituir delito de quebrantamiento o de desobediencia grave. Además, incluso con todas estas condiciones, podrá declararse su conducta atípica debido a los requisitos subjetivos de ambos tipos. En este sentido, destaca la explicación procedimental de la fiscal Soraya Zeraibi “con carácter previo a declarar el incumplimiento de la pena habrá que requerir de manera personal al penado a fin de que proceda al cumplimiento de la pena bajo apercibimiento de que en caso contrario incurrirá en delito de quebrantamiento de condena o de desobediencia, y en el caso de que la citación fuera negativa habrá que proceder a la averiguación de paradero a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a través de los medios telemáticos de los que disponga en Juzgado, sin perjuicio de que dictado auto de incumplimiento este sea objeto de recurso de reforma por parte del penado y atendiendo a las alegaciones efectuadas se considere justificada su conducta y se estime el recurso dejando sin efecto el auto de incumplimiento y procediendo elaborar un nuevo plan de ejecución” (2015, 25).

La entrada en la regulación de los TBC del RD 840/2011 parecía abrir la puerta a una respuesta distinta, e intermedia, para estos casos, empoderando a los SGPMA. La ejecución de la actividad de utilidad pública da contenido a la pena y tiene como pre requisito natural la existencia de un plan de ejecución de la pena que precise el qué, el cuándo y el dónde. La inasistencia del penado a la reunión inicial dificulta la confección de dicho plan. Sin embargo, a partir del RD 840/2011 (artículo 5) hay quienes interpretan que los SGPMA no requieren de la presencia del penado para la realización del plan. Se elimina la referencia expresa a la entrevista para conocer las características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar del penado, con el objeto de determinar la

actividad más adecuada para éste. Con la nueva norma, los SGPMA son los que valoran el caso para determinar la actividad más adecuada (Vegas Aguilar 2011, 5).

*Artículo 5 Valoración y selección del trabajo*

*1. Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, una vez recibidos el mandamiento u orden judicial de ejecución y los particulares necesarios, realizarán la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, informando al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; así mismo, se escuchará la propuesta que el penado realice (...).*

*2. Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.*

*3. Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.*

La eliminación de la entrevista de valoración previa, genera que algunos interpreten que ante la incomparecencia el SGPMA elaborase igualmente el plan de ejecución sin oírle, se lo enviase al Juez de Vigilancia Penitenciaria y se lo notificara al penado. De acuerdo a esta interpretación del artículo 5, se le concede al penado la posibilidad de escucharle; posibilidad a la que éste estaría renunciando cuando no se presenta a la cita con el SGPMA. Así, las consecuencias de la incomparecencia a las que se estaría refiriendo el número 2 del artículo 5 comprenderían la confección del plan sin su participación y, una vez elaborado, sería inmediatamente ejecutivo y se le notificaría para que tuviese conocimiento del día, hora y lugar señalado para que inicie el cumplimiento de su pena (González Tascón 2013, 348-49; Gómez Recio 2012, 10-11). Así, pese a que parece difícil el cumplimiento de un plan que se elabora en ausencia del penado, se salvaría el problema de la incomparecencia para la ejecución de la pena, lo que permitiría interpretar subsiguientes conductas del penado en clave de incidentes graves que incluso puedan dar lugar al quebrantamiento.

Existe otra interpretación posible, que es la que hace la Administración en la Instrucción 9/2011, de 1 de julio, *sobre procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el nuevo manual de ejecución*. De acuerdo a los criterios de actuación allí establecidos, los SGPMA se limitan en la citación a señalar que la incomparecencia será puesta en conocimiento del juez ejecutor a los efectos señalados en el Código penal; y una vez que ha transcurrido el plazo máximo de un mes o al recibir la documentación de Correos, salvo que la incomparecencia se debiere a que el citado se encuentra privado de

libertad, notificarán la situación a la autoridad judicial competente y archivarán el expediente.

La interpretación para la Administración catalana en el programa de 2013 parece coincidir. De acuerdo a esta, se abre una incidencia de “no inicio por incomparecencia” y se procede a informar al juzgado y en consecuencia no se llega a realizar el “plan de trabajo”. Tal parece ser por tanto que si bien el RD 840/2011 dota de ejecutividad al plan de cumplimiento desde su confección y aparentemente permite su elaboración sin requerir de una entrevista inicial, la Administración no prescinde de la comparecencia del penado a los SGPMA para dar inicio a la ejecución. Se trata de una cuestión controvertida respecto de la cual no hay paridad de criterio jurisprudencial.

Ahora bien, en caso de inasistencia del penado a la cita inicial a los SGPMA en un TBC impuesto en el contexto de una suspensión de ejecución de pena privativa de libertad del artículo 84 CP, la reacción no será la incoación de un procedimiento por delito de desobediencia, sino que podrá procederse a la revocación de la suspensión (Aranda 2012, 90-91 refiriéndose a la antigua sustitución). Esta solución cobra más fuerza desde la reforma operada por la LO 1/2015, que integra la nueva causal de revocación en el artículo 86.1, conforme la cual se revocará la suspensión cuando el penado “se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria”.

#### **4.2 Incidencias en ejecución del TBC**

En el artículo 49, condición sexta del CP, se establecen las cuatro incidencias relevantes durante la ejecución de un TBC que son de obligada comunicación al JVP para su valoración. En esta tesis se usa el término “incidencia” porque corresponde a la terminología que utiliza el propio Código Penal en su artículo 49 (condición sexta). Esta disposición es resultado de la reforma del año 2003 que, pese a las críticas que se puedan hacer (y se harán), mejoró de forma sustancial la regulación anterior en este ámbito. Con anterioridad, las incidencias que daban lugar al incumplimiento de la pena (y por tanto a la revocación de la sustitución ya que en ese entonces no existía el TBC como pena directa) no estaban recogidas en el CP, sino en el reglamento que desarrollaba los TBC de 1996. El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana* (vigente hasta el año 2005) contenía en su artículo ocho con alguna diferencia las incidencias que hoy se encuentran en la Ley. Entonces no sólo se criticaba que se regulara una cuestión tan relevante en una

norma de rango infra penal (trasgrediendo el principio de legalidad), sino que además establecía un principio rígido para la calificación de los incumplimientos<sup>209</sup>, contraviniendo la necesaria flexibilidad que debe primar en la ejecución de las penas comunitarias que recomienda la reacción penal sólo ante rechazos voluntarios. Ambas cuestiones se enmendaron con la reforma llevada a cabo con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que traspasó las incidencias relevantes al artículo 49 del CP y dio un margen de respuesta al juez un poco más amplio, abandonando el automatismo anterior.

El incumplimiento es declarado judicialmente, de manera que cualquier conducta disruptiva con la ejecución de la pena debe señalarse como incidente, incluso violación o infracción son términos deseables para no generar confusión y limitar el uso de “incumplimiento” y “quebrantamiento” únicamente cuando son declarados judicialmente. El CP usa la palabra incidencia para referirse a la información que los servicios sociales penitenciarios deben dar al juez de vigilancia penitenciaria durante la ejecución. En la condición sexta del artículo 49, la Ley se dirige en un primer momento a los Servicios Sociales Penitenciarios<sup>210</sup> para indicar que debe informar al JVP las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y enumera cuatro situaciones concretas en que debe informar siempre. Posteriormente, la norma se dirige al juez a fin de indicar las opciones con las que cuenta de acuerdo a su valoración del informe.

*6.ª Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

*a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*

*b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*

*c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.*

*d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.*

*Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la*

---

<sup>209</sup> Para un análisis acerca de esta evolución regulatoria, ver Blay (2007b, 91 ss.), y González Tascón (2013).

<sup>210</sup> Desde el Reglamento de desarrollo del año 2011 se denominan Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas SGPMA, el legislador del 2015 desaprovechó la oportunidad de armonizar la regulación cambiando el nombre también en el CP.

*ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.*

*En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.*

Existen cuatro incidencias que el legislador ha determinado como “relevantes” y que, además, ayudarán a valorar aquellas incidencias que pese a no estar entre las enumeradas, puedan considerarse relevantes y por tanto contenidas en el artículo 49 6ª en su parte abierta (letra d). Ante el acaecimiento e informe del incidente relevante, el JVP podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. A continuación se revisarán los cuatro incidentes desarrollados por el legislador.

*a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*

Esta causal requiere de un elemento objetivo: la ausencia del trabajo durante al menos dos jornadas y un elemento valorativo: que esa ausencia suponga un rechazo voluntario al cumplimiento de la pena. La regla exige que las ausencias sean valoradas por el juez, que puede determinar que a pesar de la constatación de varias ausencias, éstas no presuman un verdadero rechazo al cumplimiento de la pena. Esta novedad<sup>211</sup> se valora positivamente puesto que permite sopesar en la valoración las circunstancias personales del penado y las dificultades que puede enfrentar, como las normativas europeas analizadas con anterioridad recomiendan. Se reconoce de esta manera que para algunos individuos, con formas de vida poco ordenadas y estructuradas, el hábito a unos horarios y el cumplimiento de unas obligaciones, aunque impuestas por vía judicial, puede requerir de adaptación y significar un esfuerzo inmenso en comparación con una persona con un estilo de vida más convencional (Torres Rosell 2006, 428-29; Blay 2007b; González Tascón 2013, 351).

Hace falta traer a colación la regla contenida en la condición séptima del artículo 49 de acuerdo a la cual si bien la ausencia justificada no constituye abandono de la actividad, no se contará para la liquidación de la condena (ha de recuperarse y en la práctica ello implica una modificación del calendario del plan de trabajo o cumplimiento). Entonces para valorar el incumplimiento, debe tratarse de **dos ausencias injustificadas que supongan el rechazo voluntario al cumplimiento de la pena**. De esta manera, la ausencia justificada y la que no suponga rechazo al cumplimiento no requieren siquiera ser

---

<sup>211</sup> De la Ley Orgánica 15/2003, ya que en la regulación reglamentaria RD 690/1996 bastaba la ausencia o abandono injustificado.

informadas al juez por parte de los SGPMA. Resulta obligado preguntarse si puede darse la situación en que un penado se ausente de forma injustificada a dos o más jornadas de trabajo y pueda estimarse, simultáneamente, que dichas ausencias no supongan un rechazo voluntario al cumplimiento de la pena. “En este sentido, resultan difíciles de resolver los supuestos en que, a pesar de las ausencias constatadas y tal vez injustificadas, el penado niega que se trate de un rechazo al cumplimiento de la pena y muestra su voluntad de reemprender el cumplimiento” (Torres Rosell 2006, 428). En la jurisprudencia de audiencias provinciales, puede apreciarse que basta que no haya justificación por parte del penado respecto de las ausencias para declarar el incumplimiento. Así por ejemplo se aprecia en la SAP Valladolid 354/2010. En este caso, el penado asistió a 5 de las 20 jornadas impuestas y calendarizadas, en sede de apelación aportó justificación laboral para 11 de las ausencias. La Audiencia sostiene que tendría que haber notificado esta incidencia con antelación y que igualmente quedan 4 días sin justificar, razón por la cual se declara el incumplimiento (y se remite al juzgado de instrucción para valorar un eventual quebrantamiento)<sup>212</sup>.

Más exigente para valorar la presencia de un “rechazo voluntario” en las ausencias es la Audiencia Provincial de Barcelona, que sostiene que pese a las ausencias de la penada y a una justificación parcial de las mismas, “no ha quedado suficientemente acreditada una voluntad de la condenada renuente al cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta en sentencia; que no fue escuchada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como este consideró que debía hacer, siquiera fue citada pese a que por el Equipo de Medidas tenían buena comunicación con ella. Es verdad que se han acreditado problemas de tipo laboral, de coincidencia de las medidas con programas formativos, de enfermedad... pero no una voluntad obstativa al cumplimiento de la medida” (SAP Barcelona 205/2015).

En cuanto a la calidad de la justificación, la Administración ha interpretado en su Instrucción 9/2011, de 1 de julio, *sobre procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el nuevo manual de ejecución*, que se consideran “causas justificadas de ausencia aquellas que requieran, coincidiendo temporalmente con la realización del trabajo en beneficio de la comunidad, la presencia del penado y ésta no pueda llevarse a cabo en ningún otro momento como el fallecimiento o enfermedad grave de los padres,

---

<sup>212</sup> Aunque no se señala expresamente por la Audiencia, es probable que de haber justificado, aunque tardíamente las otras 4 ausencias, se hubiera descartado por el tribunal la condena por quebrantamiento.



cónyuge, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los penados; el alumbramiento de la esposa o persona con la que el penado esté ligado por similar relación de afectividad; y aquellas que presenten análoga naturaleza a las anteriores”. Por su parte, para la FGE, en su Circular 2/2004 *sobre aplicación de la reforma del CP operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre* “[p]ara determinar si las faltas son o no justificadas podrá utilizarse como parámetro indicativo, con flexibilidad, nuestra legislación laboral y la doctrina emanada de la jurisdicción social sobre este punto en relación con los trabajadores por cuenta ajena.”

Se trata de criterios de alta exigencia, sin embargo, de la jurisprudencia de los tribunales se puede extraer que el estándar de justificación suficiente es menos elevado que los recién referidos. Así, por ejemplo, que no constituye incumplimiento la ausencia que se justifica por razones laborales (SAP Valladolid 354/2010).

*b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*

Este incidente requiere también de la evaluación de dos cuestiones. Una de ellas es el bajo rendimiento del penado en las tareas encomendadas en el cumplimiento de su pena y la otra es que haya habido al menos dos requerimientos del responsable del centro de trabajo respecto de su rendimiento para que logre alcanzar el “mínimo exigible”. Este mínimo exigible debe entenderse respecto de una persona en las circunstancias concretas del penado. Hay que tener en cuenta que de acuerdo al RD 840/2010 es el SGPMA el responsable de la asignación de la actividad más adecuada para el penado, por lo que se sobreentiende que deberá tener en cuenta sus características personales, sus capacidades y, por supuesto, sus limitaciones y dificultades en el desarrollo de alguna tarea. Así, se evitará que este se vea perjudicado por la irresponsabilidad de la propia Administración cuando le adjudica una actividad de difícil o imposible cumplimiento (Torres Rosell 2006, 429).

Para evitar lo anterior, incluso existe la posibilidad que por las características del penado, el TBC se cumpla sin siquiera realizar la actividad de utilidad pública propiamente tal, sino haciendo uso de la posibilidad que da el artículo 49 CP después de la reforma operada por la LO 5/2010 de cumplir la pena mediante la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. El reglamento por su parte establece que cuando las circunstancias o características vinculadas a la persona condenada, o derivadas de su etiología delictiva, así lo aconsejen, los profesionales de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas

ofertarán al penado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se cumpla con su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Este es el denominado 'TBC terapéutico o formativo por el protocolo catalán de 2013 citado con anterioridad.

El término “sensiblemente inferior al mínimo exigible” se ha criticado por ser muy indeterminado por parte de la doctrina y también porque al referirse al rendimiento, parece usar parámetros en los que se mueve el trabajo retribuido, sin tener en cuenta que la prestación que comporta esta pena está al servicio de los fines de las penas y no de la productividad (González Tascón 2013, 351-52). La misma autora reconoce que si bien es posible que el legislador se estuviera refiriendo a un “incumplimiento encubierto de la pena, esto es, hacer como si se hiciera, tampoco ha sido acertado al expresar el parámetro de referencia bajo los términos, que, como ha advertido la doctrina, nos sitúa ante un problema grave de indeterminación”. Así, considera necesario la creación de un criterio que sea capaz de penar el desinterés del penado en colaborar en el desarrollo de una actividad pública, para que se atienda más a la actitud del penado hacia el desarrollo de la actividad (exteriorizado en su modo de hacer) y no al rendimiento efectivo de lo que haga.

*c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.*

Esta causal es aparentemente similar a la anterior. Se trata de una conducta que es muy disruptiva de la actividad a desarrollar, se requiere no sólo a la oposición a las instrucciones, sino que se trate de una conducta que sea manifiesta y a la vez que sea reiterada (no bastaría con dos veces, a mi parecer). La exigencia de que esa oposición o incumplimiento sea reiterada y manifiesta denota que también este supuesto está enfocado a constatar la existencia de una voluntad contraria al cumplimiento de la pena (González Tascón 2013, 352).

*d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.*

Si bien todas las situaciones descritas han sido cuestionadas por la doctrina que pide mayor precisión en la descripción de las circunstancias que pueden llevar a un incumplimiento, esta última situación ha sido quizás la más criticada por no cumplir con el principio de certeza que requiere calificar una conducta como incumplimiento de la pena. Se critica la indeterminación de esta causa, que genera un importante grado de inseguridad jurídica y crea el riesgo de posibles abusos al poner en manos de la institución de acogida el

mecanismo para intimidar al penado y someterlo a condiciones de prestación inadecuadas (Brandariz 2002, 318; Torres Rosell 2006, 430).

La conducta debe ser incómoda y disruptiva y no puede inscribirse en los tres incidentes anteriormente analizados. Se tratará entonces de conductas que no impliquen ausencias, rendimiento deficiente u oposición a instrucciones referidas al desarrollo de las tareas. A mi parecer, el carácter abierto de este incidente obliga a que en el caso de que se esté valorando un posible incumplimiento, sea necesario medir el desvalor de la conducta en relación a los otros tres incidentes para llegar a la conclusión de que la conducta sea “tan grave” como las anteriores y además, comparta con ellas el elemento que parece estar subyacente a todos los incidentes: el rechazo voluntario del cumplimiento. Sin embargo, es probable que en el contexto de un incidente como este, sea más probable el cambio de la entidad en que se cumple como respuesta judicial antes que una declaración de incumplimiento cuando el penado manifieste una voluntad creíble de cumplir. Aquí pueden caber cuestiones como retrasos constantes en la hora de llegada, conducta disruptiva o irrespetuosa con las personas de la entidad e incluso comportamientos violentos hacia el personal u otros penados en el caso de cumplimiento grupal de la pena.

La posibilidad introducida por la LO 5/2010 de cumplir la pena de TBC mediante la participación del penado en programas o talleres no ha tenido repercusión en el elenco de incidencias relevantes citadas, pese a que la segunda y en menor medida la tercera son inaplicables en el supuesto de cumplimiento en un programa formativo o en un taller. De entre todas las incidencias relevantes, esta cláusula abierta puede resultar especialmente interesante para incluir aquellas conductas de los condenados que pudieran obstaculizar el desarrollo de los programas o talleres (González Tascón 2013, 352). Así lo entiende una magistrada, para quien las situaciones que plantean más problemas son aquellas en que lo que se informa por parte de los terapeutas encargados de impartir el programa es el escaso interés del penado, que mientras no entorpezca el desenvolvimiento del programa manifestando una actitud reticente poniendo trabas a la labor de los profesionales, debe estimarse como un fracaso del programa y no como un incumplimiento<sup>213</sup> (Tena 2012, 69).

Por su parte, la FGE (Circular 2/2004) ha defendido la legalidad de estos criterios, pese a su indeterminación, puesto que no puede mantenerse que esté regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena sino que simplemente

---

<sup>213</sup> Se revisará respecto de la revocación por incumplimiento del programa formativo.

incorpora supuestos en los que es obligado analizar si efectivamente nos encontramos ante un quebrantamiento regulado en el art. 468 CP. En este sentido, cabe agregar que siempre que sea necesario valorar estos criterios para decidir sobre un incumplimiento, habrá un segundo cedazo por el que habrá que valorar la conducta del penado. Ya sea el examen respecto de la configuración o no de un delito de quebrantamiento, ya sea el acaecimiento de alguna causal de revocación de la suspensión de la pena (normalmente la del artículo 86.1 letra a).

### 4.3 Decisión sobre el quebrantamiento de condena

En el párrafo final de la sexta condición del artículo 49 que se ha estado analizando, se dirige el legislador esta vez al juez, para establecer el ámbito de discrecionalidad que regirá su decisión ante el informe recibido por los SGPMA.

*Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.*

El juez de vigilancia penitenciaria tendrá que valorar el informe y tomar una decisión motivada. El espacio de discrecionalidad que detenta pasa por estimar que la ejecución de la pena retome su curso (cuando acuerda su ejecución en el mismo centro); mandar el cumplimiento de las jornadas restantes en otra entidad o estimar que se ha incumplido la pena. Para los dos primeros casos, el penado no ve adicionada sanción alguna en respuesta a su conducta (Torres Rosell 2006, 433), cuestión que sólo ocurre cuando se estime por el juez que ha habido incumplimiento. Es necesario tener en cuenta que cuando se inicia un procedimiento por incidente relevante, el SGPMA “para” o detiene la ejecución del plan de cumplimiento hasta que el juez se pronuncie al respecto y por tanto cuando el juez decida que el penado continúe el cumplimiento en la misma entidad, tendrá que reiniciarse con la modificación necesaria en el calendario para programar el cumplimiento de las jornadas que falten para el cumplimiento total de la pena.

Es lamentable que, planteándose la posibilidad de declarar el incumplimiento de la pena no se prevea un procedimiento contradictorio o un trámite de audiencia previa con el penado, para la presentación de alegaciones de descargo y permitir contrastar la información que el JVP recibe de la Administración (Torres Rosell 2006, 431). Pese a no existir dicha norma, en la práctica, muchos jueces no son proclives a considerar el incumplimiento sin antes citar al penado a una audiencia al juzgado para advertir al penado

de la importancia de cumplir con los requisitos de la pena y de las consecuencias de la reiteración de su comportamiento (Blay 2011, 69-70). Si bien no se establece legislativamente el derecho a ser oído, al menos la decisión adoptada por el juez deberá ser motivada y susceptible de recurso<sup>214</sup> (Torres Rosell 2006, 431).

Es posible que el legislador obviara la disposición de una audiencia con el penado puesto que de procederse a la investigación de un delito de quebrantamiento de condena, se iniciará un proceso penal con todas sus etapas y garantías para el penado. Asimismo en el caso de que la consecuencia ligada a la declaración judicial de incumplimiento sea de revocación de la pena, está previsto en el artículo 86.4 que el juez o tribunal resuelva sólo después de haber oído al Fiscal y a las demás partes, con la excepción de cuando el ingreso en prisión inmediato resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. Es relevante que si bien no se trata de procedimientos obligatorios, se faculta expresamente al juez o tribunal para acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.

El párrafo final de la sexta condición del artículo 49, finaliza señalando al JVP que si estima que hay incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ha de deducir testimonio para proceder conforme al artículo 468<sup>215</sup>, regla cuya presencia parece ser innecesaria por la obligación de actuar de oficio ante el conocimiento de hechos que puedan constituir delito. Esta será la consecuencia cuando el juez esté valorando el incumplimiento de una pena de TBC directo.

En el caso del TBC en el contexto de una suspensión-sustitución, la consecuencia será la revocación y por tanto, habiendo una consecuencia específica, se excluye la configuración de un delito de quebrantamiento. Hay un grupo minoritario en la doctrina que ha sostenido que en el caso del antiguo TBC sustitutivo (lo que valdría para el actual TBC del artículo 71.2), no hay incompatibilidad al revocar la sustitución (con la

---

<sup>214</sup> De acuerdo a la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se regulan los recursos que caben ante las resoluciones judiciales de los JVP, se desprende que podrá recurrirse de reforma ante el mismo JVP y de apelación y queja ante el tribunal sentenciador.

<sup>215</sup> Es necesario que el JVP declare el incumplimiento del TBC y separadamente deduzca testimonio para proceder por quebrantamiento. La Audiencia Provincial de Barcelona reprocha al JVP que “ante la imposibilidad de contactar con la penada a fin de recordarle la necesidad de cumplir con sus obligaciones y las consecuencias legales de su incumplimiento, como pedía el equipo de medidas, directamente deduce testimonio que da lugar a este procedimiento, pero sin declarar previamente incumplida la pena como preceptivamente ordena el artículo reproducido del Código Penal” (SAP Barcelona 205/2015).

consecuente entrada en prisión del penado) y al mismo tiempo incoar un procedimiento para castigar el quebrantamiento de condena<sup>216</sup>, pero no ha sido acogida por la doctrina mayoritaria<sup>217</sup>, ni por la fiscalía, ni por la jurisprudencia. Así que se plantea la configuración del tipo de quebrantamiento de condena únicamente para el caso de TBC impuesto como pena principal (impuesto de forma directa y no sustitutiva). En definitiva, las penas sustitutivas tienen un sistema de reacción al incumplimiento propio, que desplaza la aplicación del artículo 468<sup>218</sup>.

Es importante tener en cuenta que la declaración de incumplimiento y una eventual condena por quebrantamiento son cuestiones separadas. El juez de instrucción que reciba testimonio sobre el incumplimiento del TBC, será soberano para considerar si en ese supuesto concreto se dan los elementos del tipo de quebrantamiento de condena y si es posible condenar por este delito.

El artículo 468 CP dispone:

*1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

*2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada. (...)*

a) Bien jurídico protegido

---

<sup>216</sup> En este sentido García Arán (2004, 515) y Mir (2011, 713). Este autor lo sostiene en las diversas ediciones de su manual, hasta la última (Mir 2015) en que no hace referencia al tema, vista la desaparición de la sustitución por TBC del artículo 88. Más actualmente les acompaña en este argumento González Tascón (2013, 356): “el hecho de que se trate del incumplimiento de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad sustitutiva no excluye de antemano la posible incursión en un delito de quebrantamiento de condena, que se habrá cometido cuando el incumplimiento de la pena mencionada no comporta únicamente el rechazo a la pena sustitutiva sino también la voluntad de hacer ineficaz la resolución judicial. Situación ante la cuál procedería tanto el regreso a la pena sustituida como la condena por un delito de quebrantamiento de condena”.

<sup>217</sup> Ver por todos Mapelli (2011).

<sup>218</sup> El Tribunal Supremo (959/2008) ha sostenido que no puede castigarse por quebrantamiento el incumplimiento de un TBC sustitutivo, puesto que al aplicarse la conversión y ejecutarse la pena de prisión por incumplimiento, debe entenderse entonces que la pena está cumplida y no habría ya incumplimiento que reprochar. Señala el Supremo que “el recurrente sí había cumplido tal pena de manera continuada, como días ininterrumpidos de prisión, con anterioridad al dictado de la sentencia cuya revisión se pretende. Ello evidencia la inocencia del recurrente en cuanto al delito de quebrantamiento de condena por el que fue penado.”

El tipo de quebrantamiento se encuentra entre los delitos “contra la Administración de Justicia” (Título XX) junto con otros como la prevaricación y el falso testimonio. De ahí se ha desprendido que el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena es la Administración de Justicia y por tanto la conducta típica produciría un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado<sup>219</sup>. “En particular, se afirma que en estos delitos se protege «la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de determinadas penas o medidas»” (Corcoy 1992, 115 citando a Quintano Ripolles 1963). Si lo que se protege es la efectividad del pronunciamiento judicial, entonces se sostiene una fundamentación formal del castigo, y no una material. Esta aseveración ha constituido el núcleo de las críticas que se han hecho a este delito históricamente, recomendando su derogación (al menos en la faceta de “autoquebrantamiento”) *de lege ferenda* por la doctrina mayoritaria. Hay que aclarar que el defender la derogación del quebrantamiento no es sinónimo de abogar por que el quebrantamiento de una pena quede sin consecuencia alguna, sino únicamente a que la consecuencia no debe ser la configuración de un nuevo delito penal. Así, por ejemplo, el quebrantamiento de prisión ya cuenta con sanciones disciplinarias severas (lo que incluso ha llevado a algunos a decir que habría *bis in idem*). En el caso del TBC, en cambio, la propuesta de derogación del delito de quebrantamiento plantea la necesidad de repensar una consecuencia ante su incumplimiento (sanción de apoyo).

Si bien el encabezado del título del CP siempre aporta en la discusión del bien jurídico protegido, este no es decisivo ni exclusivo. Como se explicó someramente más arriba en este capítulo, Corcoy (1992, 123) ha afirmado que “ni la Administración de Justicia, ni el Derecho estatal de castigar se protegen en sí mismos, sino únicamente en atención a su común finalidad de servir a la función del Derecho Penal global: la prevención general” y por tanto el delito de quebrantamiento de condena detenta un valor protegido específico, cual es la finalidad disuasoria de las penas que se lesiona cuando una pena es incumplida. Esto es más cierto para las penas de TBC, si cabe, puesto que su inejecución genera problemas de credibilidad sumados a los que ya tiene toda pena alternativa.

## b) Tipo penal

---

<sup>219</sup> Se puede encontrar una revisión de las opiniones doctrinales respecto del bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena en Suárez (2000, 245 ss.).

Quebrantar supone incumplir los términos de una resolución judicial, sea total o parcialmente. El objeto material de tal quebrantamiento son las resoluciones judiciales recaídas en un proceso penal a las que alude el precepto, entre ellas a condena consistente en la privación de derechos (la condena a privación de libertad la menciona de forma separada) acordada por sentencia firme (Santana 2015a, 1571-72) como es el caso de la pena de TBC en ejecución. Se requiere para que haya quebrantamiento que se haya iniciado la ejecución de la pena<sup>220</sup> (STS 598/1999). No puede quebrantarse una pena prescrita (STS 659/2015), ni una pena revocada en apelación aunque sea con posterioridad a la condena por quebrantamiento (STS 623/2012), tampoco hay quebrantamiento, por aplicación del principio *non bis in ídem*, cuando la conducta constitutiva del mismo ha sido condenada con ocasión de la comisión de otro delito (STS 929/2013), a menos que el quebrantamiento haya sido un medio necesario para la comisión de otro delito, caso en el cual se está ante un concurso medial<sup>221</sup> (STS 613/2009)<sup>222</sup>.

El delito se consuma en el momento en el que se infringe conscientemente la prohibición o la obligación impuesta “requiere el tipo la concurrencia de un elemento objetivo, que supone el incumplimiento de la pena impuesta, uno normativo, traducido en la decisión judicial firme previa adoptada por el Juez competente, y uno subjetivo, constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar, ya que el dolo del delito no exige el propósito de eludir definitivamente el cumplimiento de la pena, sino tan solo la voluntad de no cumplir la condena en el modo que debía serlo por mandato judicial” (SAP Málaga, 159/2007). En vistas de este requisito subjetivo, es posible (aunque poco probable) que un TBC pueda declararse incumplido en sede de vigilancia penitenciaria, y luego no dar a una condena por quebrantamiento. Eso sucedió en el caso conocido por la Audiencia Provincial de Cantabria, que resolvió que pese a que se podía sostener el incumplimiento de la pena de TBC, no se había materializado el elemento subjetivo propio del tipo de quebrantamiento<sup>223</sup>, en este sentido argumentó la Audiencia que “no tenemos certeza de

---

<sup>220</sup> Expliqué con anterioridad (4.1) las distintas interpretaciones que cabe hacer según el momento en que se estime que se ha iniciado la ejecución de la pena de TBC, respecto de las cuales el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en específico y hay jurisprudencia diversa a nivel de Audiencias Provinciales.

<sup>221</sup> Que se resuelve en el artículo 77 CP, modificado para agravar la solución en la Reforma operada por la LO 1/2015 (Santana 2015b, 305). Antes, en la fecha de la sentencia citada, la solución era la del concurso ideal).

<sup>222</sup> “Siendo así, no cabe duda que el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al concurso medial, previsto en el art. 77 del CP”.

<sup>223</sup> Para el tribunal se requiere la presencia del “dolo característico del delito de quebrantamiento de condena, es decir, el conocimiento de la vigencia de la condena que pesa sobre el sujeto y la conciencia de su vulneración. Para ser consciente de que se está vulnerando una condena impuesta, lo primero que tiene que



que el acusado supiera y conociera a ciencia cierta que tenía que presentarse en el C.I.S. para elaborar el Plan de Ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le faltaba por cumplir, y no teniendo la certeza de que concurriera tal conocimiento, tampoco tenemos la certeza de que el necesario elemento subjetivo propio del delito concurriera, lo que, ineluctablemente, aboca al dictado de una sentencia absolutoria, con estimación del recurso” (SAP 496/2014).

### c) Marco penal

Puesto que la pena de TBC se cumple en libertad, el marco penal asignado al delito de quebrantamiento de TBC es el de multa de 12 a 24 meses. La pena de prisión está reservada a los sujetos que quebrantaren su condena estando privados de libertad. Se ha permitido el cumplimiento de la pena de TBC durante la estancia en prisión del penado en cumplimiento de otro delito. Esta posibilidad ha sido admitida entre los acuerdos tomados en las reuniones de JVP en que se sostuvo que “la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es compatible con el cumplimiento de una pena de prisión, cuando el penado pueda salir del centro penitenciario (permisos de salida, tercer grado o libertad condicional) a realizar la prestación o incluso cuando encontrándose en el interior del centro, dedique su tiempo libre a la realización de esa pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sin que en estos casos esa actividad pueda reportarle ningún beneficio ni recompensa”<sup>224</sup>.

La posibilidad de que el TBC se cumpla dentro del centro penitenciario de forma simultánea al cumplimiento de una pena privativa de libertad plantea el interrogante de si el quebrantamiento de ese TBC tendrá asignada la pena más alta, o por el contrario la pena de multa que corresponde a los que quebrantan estando en libertad. Si bien de la interpretación literal del precepto pareciera concluirse que le corresponde el marco penal más elevado, creo que debe rechazarse esa posibilidad por desproporcionada, por atentar contra el principio de igualdad y porque la conducta no presenta ese supuesto mayor desvalor que tiene el quebrantamiento en el contexto de privación de libertad. A mi parecer, el legislador nuevamente teniendo en mente la pena de prisión, quiso castigar con mayor pena a quien escapa de ella, que a quien estando en libertad, no vuelve al centro penitenciario. La diferencia de reproches entre el que no retorna y el que escapa no es tan

---

hacer el sujeto activo del delito es saber que existe esa condena -hecho que aquí no se niega- y, sobre todo, saber cuándo, dónde y cómo ha de cumplirla”.

<sup>224</sup> Acuerdo aprobado por mayoría (3 votos en contra y 2 abstenciones) en la reunión de 2008.

evidente entre el que incumple un TBC privado de libertad y otro que lo incumple estando en prisión.

d) Saldo de la pena

Una cuestión que no puede simplemente concluirse de la lectura sistemática de las normas, es qué sucede con las horas pendientes de cumplimiento una vez declarado el incumplimiento por el JVP e incoado el proceso por delito de quebrantamiento, es decir, no existe una sanción subsidiaria para el delito que dio lugar a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad incumplida. El artículo 49 no hace referencia alguna a ello, ni tampoco el 468. Una interpretación sistemática, que considere que quien quebranta la pena de prisión ve sumada la pena del quebrantamiento al resto de la pena que le quedaba por cumplir, invita a pensar que el quebrantamiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no incide en la vigencia de la pena inconclusa, y así lo estima González Tascón quien afirma que “si finalmente el penado es condenado por este nuevo delito, aparte de la pena correspondiente al mismo, deberá, al igual que ocurre con cualquier otra pena, retomar o iniciar, según el caso, el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad quebrantada” (2013, 357). Si bien el legislador no se pronuncia al respecto y se pueden imaginar diversos problemas prácticos derivados de la conclusión expresada, la autora afirma que “otra forma de proceder como sería renunciar al cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad determinaría de *facto* un perdón judicial al margen de la legalidad, que paradójicamente se concedería a quien muestra una actitud desafiante a la Administración de Justicia. Incluso podría ser criminógena si tenemos en cuenta que la pena con la que se castiga el delito de quebrantamiento de una condena a pena de trabajos en beneficio de la comunidad es una pena de multa” (2013, 357). Sin embargo es difícil imaginar que luego de haberse parado la ejecución de la pena, haber pasado por un proceso penal y haberse condenado al penado a una nueva pena por quebrantamiento, sea no solo posible, sino beneficioso retomar el cumplimiento de la pena. Por lo demás, resulta imposible materialmente forzar el cumplimiento (Brandariz 2009, 439) Si se piensa en la posición del DEM por ejemplo ¿qué herramientas para motivar a un penado que seguramente estará “quemado” tendrá fuera de la amenaza de una nueva multa?

Cuando hay una incidencia relevante en un TBC, el SGPMA informa al juez y se da curso a un proceso para calificar judicialmente dicho incumplimiento, el caso queda en suspenso y cuando se declara el incumplimiento por el juez y esa resolución deviene firme,

se finaliza la intervención por parte del SGPMA, dando comunicación de tal hecho al JVP (Programa de Treballs en Benefici de la Comunitat, Barcelona, 16 de enero de 2013, Dep. de Justicia). Teniendo en cuenta que la pena asignada al delito de quebrantamiento de TBC es una pena de multa y que la posición mayoritaria sostiene que el cumplimiento del saldo de la pena es improcedente, la actual pena de apoyo del TBC sería una multa (Blay 2007b, 172 s.).

Ante este panorama, la doctrina mayoritaria ha visto aquí una suerte de vacío en el sistema sancionatorio, en que una pena se cumple parcialmente parece decaer y la sanción aplicable, no solo es de una entidad menor, sino que pretende castigar la conducta de rechazo al cumplimiento de una orden judicial, abandonando el castigo del delito que le dio origen. Así, de acuerdo al modelo proporcionalista que busca pesar el reproche de quien incumple, sólo se está teniendo en cuenta el segundo elemento: cumplir es reprochable en sí mismo y ello añade una censura menor, pero se obvia el primer elemento: el penado está “en deuda” y debe terminar de pagar su deuda con la sociedad. De las múltiples propuestas que se han hecho para solucionar de *lege ferenda*, se repite la posibilidad de que exista una pena subsidiaria, que como funciona el sistema de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, permita la ejecución subsidiaria forzosa de la pena (Cid y Larrauri 1997; Brandariz 2002; Blay 2007b; Torres Rosell 2006; González Tascón 2013), los autores difieren en la severidad que debe detentar dicha pena de apoyo<sup>225</sup> y, a mi parecer, ello dependerá de si acaso continúe vigente el delito de autoquebrantamiento.

En este último (y más probable) caso, creo que la pena subsidiaria de apoyo debe detentar una severidad equivalente a la del saldo de la pena incumplido, ya que el desvalor propio del incumplimiento de la pena es asumido (y con creces) en la pena de multa de 12 a 24 meses. Una posibilidad de *lege ferenda* propuesta que me parece coherente, es que, visto que la pena de TBC cuando es pena principal, es siempre también alternativa, que cuando el juez la imponga, deba prever como pena subsidiaria una de sus alternativas, puesto que es la pena que está siempre prevista como alternativa para el delito original (Torres Rosell 2006, 438), con esto se garantiza que el delito original será castigado con una pena que el legislador originariamente ya consideraba justa y se ejecutará en caso de incumplimiento, haciendo el descuento proporcional a lo efectivamente cumplido.

---

<sup>225</sup> Para Cid (1997, 109) una pena de apoyo adecuada para el incumplimiento de un TBC sería una que se encontrara entre esa pena y la prisión como el arresto domiciliario y la libertad vigilada. En este caso el autor no consideraba una sanción separada por el quebrantamiento.

Pero de *lege lata*, ¿queda el primer delito parcialmente impune? A mi parecer, si no se tiene en cuenta el problema del saldo de la pena incumplida explicado recién, la pena de multa de 12 a 24 meses del quebrantamiento es excesiva tomando en cuenta por ejemplo que las lesiones del 147 CP se castigan con multa de 6 a 12 meses. Pero ¿puede entenderse que la pena por el quebrantamiento absorbe tanto el desvalor de la misma como el resto de pena? A mi modo de ver, si bien con la pena asignada al delito de quebrantamiento no se pretende castigar el primer delito, en nada obsta que se tenga en cuenta la proporción de pena no cumplida como un elemento a valorar por el juez en la individualización de la pena. No es igual de reprochable quien quebranta su pena cuando está en el tramo final, que el que lo hace en el inicio de su ejecución. Creo que esto tendrá que ser tomado en cuenta por el juez que decide sobre el quebrantamiento del 468, para valorar el cumplimiento parcial de quien hizo un esfuerzo frente a quien haya cumplido un porcentaje menor de la pena, esta solución judicial aunque de una forma no ideal indirectamente incorpora la sanción del primer delito.

Por último, en cuanto a la suspensión sustitutiva, la reciente Reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, realizó importantes modificaciones en el sistema de penas comunitarias. La antigua sustitución de la pena privativa de libertad por TBC fue derogada y hoy subsiste en la forma de una suspensión sustitutiva. De modo que la pena de prisión ya no se sustituye por la de TBC, sino que se suspende añadiendo el cumplimiento del TBC como condición de la suspensión. Como expliqué con anterioridad, la referencia final que hace la condición sexta del artículo 49 al artículo 468, que regula el delito de quebrantamiento de condena es poco afortunada, o al menos confusa ya que dicha consecuencia sólo tendría sentido en los casos en que los trabajos se imponen como pena directa. En el caso del TBC en el marco de una suspensión sustitutiva, lo que puede operar es una revocación de la suspensión, dando lugar a la ejecución de la pena originaria de prisión (con el descuento correspondiente). Se hace un análisis más pormenorizado en el siguiente apartado, cuando se analiza la causal pertinente de revocación.

## **5. Incumplimiento de las condiciones de la Suspensión**

Una parte importante de las penas comunitarias en España existen en el contexto de una suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad y por tanto, la consecuencia del incumplimiento de las condiciones de las que pende, puede generar la ejecución de la pena privativa de libertad original. Resulta ilustrativo el lenguaje utilizado por Navarro (2002b, 25-30), cuando explica la suspensión como la privación provisional y

condicional de la eficacia de un “título ejecutivo penal”, esto es, la sentencia firme de condena a una pena privativa de libertad. De manera que cuando se materializa una infracción a la condición, entonces el título ejecutivo recupera su eficacia y es ejecutable de acuerdo a los criterios y condiciones que se revisarán más adelante.

En principio, parece razonable que al suspender la ejecución de una pena de prisión bajo ciertas condiciones, la pena de prisión “se reactive” al incumplirse esas condiciones. Entre los argumentos que defienden la lógica de la revocación se destaca el que si un penado desaprovecha la segunda oportunidad que ha obtenido, entonces corresponde realizar la amenaza de la pena. Otro argumento es que si la suspensión se hizo valorando a un sujeto de bajo riesgo y con la expectativa de que se sujetaría a ciertas condiciones, la infracción de las mismas manifiesta la defraudación de esas expectativas y por tanto corresponde la ejecución de una pena de prisión. Pese a la aparente lógica aplastante del modelo de suspensión-incumplimiento-revocación, hay que decir que en este caso el penado entrará en prisión no por la comisión de un delito sino por el incumplimiento de ciertos deberes y a veces sin siquiera afectar intereses de terceros (lo que se denomina violación técnica). Es entonces cuando se responde: el sujeto no entra en prisión por la violación técnica, entra en prisión por la comisión del delito original. Si bien la afirmación es cierta desde un punto de vista formal, el otorgamiento de la suspensión es demostrativo de que la no ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta es compatible con los principios de proporcionalidad y prevención. El juez de ejecución consideró que para la conducta tipificada como delito era adecuada una respuesta no de prisión, por lo tanto lo que justifica el ingreso a prisión para la ejecución completa de la pena original no es el primer delito, sino que es el incumplimiento de las condiciones bajo la excusa del delito primario.

El incumplimiento de las condiciones de la suspensión merece una respuesta, como se ha señalado en esta tesis, la necesidad de una pena de apoyo que proteja la eficacia del efecto disuasorio de las penas y la credibilidad de las mismas es válida para toda pena alternativa. Pero, a mi juicio no es evidente que dicha pena de apoyo tenga que consistir en la ejecución de la pena de prisión por el solo hecho de existir en el contexto de una suspensión. Así, por ejemplo, la respuesta ante el incumplimiento ha variado de la ejecución de la prisión casi automática, a un abanico un poco más amplio de posibilidades.

¿Corresponde la revocación de la suspensión a la censura que merece la conducta de incumplimiento? Probablemente la respuesta sea “depende”, pero en cualquier caso es

necesario recordar los principios explicados al principio de este capítulo para medir el reproche del incumplimiento de la pena comunitaria. El incumplimiento de la pena implica que el penado está en deuda y por lo tanto tiene que terminar de cumplir de una forma equivalente. El segundo elemento responde al reproche de rechazar el cumplimiento de una resolución judicial (y defraudar la segunda oportunidad recibida) y por último hay que añadir al reproche sí, al incumplir, el penado además comete un delito<sup>226</sup>. El último elemento se debe obviar, ya que en el sistema español el nuevo delito se castigaría con una pena autónoma, por lo que integrar la comisión del delito en el desvalor del incumplimiento atentaría contra el principio de *non bis in ídem*. Los dos primeros elementos invitan al cumplimiento equivalente de la suspensión más la adición de una sanción leve por el reproche que conlleva defraudar la oportunidad recibida. Es difícil justificar que esa pena de apoyo corresponda a la pena de prisión inicialmente impuesta sin ningún tipo de reducción.

Parece desproporcionado que la respuesta al incumplimiento de la obligación de participar en un programa formativo sea la activación de una pena de prisión de hasta dos años de extensión. Especialmente desproporcionado parece cuando el penado ha cumplido parcialmente con la condición a la que está sujeto.

Además, se plantean problemas no sólo de proporcionalidad “absoluta” (la consecuencia para el cumplimiento parcial es muy severa), sino también de igualdad o proporcionalidad relativa puesto que la revocación de la suspensión tendrá los mismos efectos (la ejecución de la pena completa) cuando un penado haya cumplido parcialmente con las condiciones antes de materializarse el incumplimiento, por ejemplo asistiendo al 80% de las sesiones del programa, y cuando su rechazo al cumplimiento sea inicial y no haya llegado a asistir a una sola sesión del programa. Incluso, el que cumplió parcialmente tendrá una carga penal adicional: porque además de haber realizado un esfuerzo y dedicado tiempo al cumplimiento parcial de la pena, tendrá que cumplir con la pena de prisión inicial pero en un momento posterior, de manera que estará durante más tiempo sujeto al control punitivo estatal que quien incumple en la fase inicial de la suspensión y, desde luego, que quien no disfruta del beneficio de la suspensión.

---

<sup>226</sup> Hay que recordar que se trate de un delito autónomo, no de que el incumplimiento pueda estar tipificado como en España. Sería el caso de quien incumpliendo una orden de alejamiento, agrede a la víctima protegida por la misma orden.

De hecho, creo que este argumento es válido para la revocación en caso de cumplimiento parcial de una pena comunitaria, pero también en el de un cumplimiento parcial de la suspensión ordinaria, ya que la solución será la misma en caso de que un penado incumpla en el primer día del periodo de prueba y en el de un penado que supera gran parte de la suspensión con un comportamiento respetuoso de la Ley. Para ilustrar, se puede pensar en dos sujetos condenados a 18 meses de prisión. A ambos se les suspende la pena bajo la única condición de no delinquir durante un periodo de 2 años. El primero comete un delito apenas se le notifica la suspensión, mientras que el segundo se abstiene de realizar conductas delictivas por un periodo de 18 meses. Ambos son condenados por un segundo delito durante el periodo de prueba y ven revocadas sus suspensiones. Es probable que el primero comience a cumplir con la pena de prisión con anterioridad y se vea libre del control estatal antes que el segundo. Finalmente, al segundo no le habrá valido de nada su esfuerzo por mantenerse alejado del delito.

### **5.1 Problemas en la fase previa**

En este apartado, se analizará la problemática que se suscita respecto de la dificultad de notificar el auto de suspensión de la pena al penado, especialmente cuando podría atribuirse a su negligencia.

El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena. Cuando ello no sea posible, una vez firme la sentencia condenatoria, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión, previa audiencia de partes (artículo 82 CP). En el mismo artículo, el legislador resuelve la disputa sobre el inicio del cómputo del plazo de suspensión (desde la fecha de la resolución que la acuerda o desde la firmeza de la sentencia en que se concedió, salvo que el penado se encontrara en rebeldía). Otra cuestión distinta, es la necesidad de notificación de la misma: “La eficacia preventiva especial de la suspensión depende, en buena medida, de que el penado conozca que aquélla ha sido acordada, el plazo de suspensión y las condiciones fijadas para mantenerla. Ello conduce a la conclusión de que, en principio, la suspensión de la ejecución deba notificarse personalmente al penado, también cuando su mantenimiento se condiciona, únicamente, a que aquél no cometa nuevos delitos, pues la obligación de no delinquir tiene entonces

unas consecuencias —la revocación de la suspensión— de las que carece con carácter general”<sup>227</sup> (Cardenal 2015, 331).

Así las cosas, curiosa resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que, ante la dificultad y los numerosos intentos de notificar la citación al penado para que compareciera al tribunal para ser notificado personalmente del “beneficio”<sup>228</sup>, en vez de declarar la rebeldía del sujeto (y la consecuente suspensión del plazo suspensivo), o de intentar otros medios, estima que la revocación de dicha suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es procedente puesto que “con su actitud renuente, despreciando las citaciones del tribunal y sustrayéndose a su acción, el penado ha provocado la desaparición de lo que es —debe ser— presupuesto ineludible o condición «sine qua non» de la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución, esto es, que el penado se haga merecedor de tal beneficio con su actitud de plena colaboración con el tribunal a los efectos de la decisión a adoptar sobre el cumplimiento de la pena impuesta, poniéndose a su disposición para cuantas veces fuere llamado, como reflejo de su aptitud de resocialización y reinserción” (AAP Sevilla 218/2003). En contra, la jurisprudencia mayoritaria argumenta que no puede revocarse una suspensión por causales que no estén contempladas en la Ley (AAP Almería 143/2009<sup>229</sup>).

## 5.2 Causales de revocación de la suspensión

El modelo sancionatorio del incumplimiento de las condiciones y obligaciones de la suspensión ha evolucionado desde uno rígido y automático hacia uno más flexible, que otorga cierta discrecionalidad al juez en la decisión sobre la calificación un incidente como incumplimiento y sobre las consecuencias que han de derivarse de dichos incidentes. Así, se repite aquí el modelo descrito en el apartado 3.3 de acuerdo al cual ante una infracción de la pena comunitaria el juez puede no sólo declarar un incumplimiento (y ordenar la correspondiente revocación), sino que puede decidir de forma disyuntiva por una modificación en la ejecución de la pena. Lamentablemente, esta evolución se ha hecho de forma fragmentada, cuestión que ha contribuido a una regulación algo engorrosa.

---

<sup>227</sup> El mismo autor explica que si bien hay consenso en la notificación de la suspensión con condiciones especiales, no lo hay para la suspensión ordinaria.

<sup>228</sup> “[A]unque no llegara a ser habido personalmente para la práctica de las citaciones, lo que, saliendo al paso de lo argüido por su defensa en el previo recurso de reforma, es imputable exclusivamente al comportamiento del penado, tanto él como su representación procesal tuvieron pleno conocimiento de lo que estaba sucediendo en el procedimiento —desde el otorgamiento de la suspensión hasta de la posibilidad de su revocación—, pese a lo cual, el Sr. Cesar despreció olímpicamente los llamamientos del Juzgado”.

<sup>229</sup> Que cita AAP de Madrid de 27-10-2008 y 5-3-2008, Barcelona de 3-6-2008 o Castellón de 31-1-2008.



La reacción del sistema penal al incumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra regulada en el extenso artículo 86 CP. Se regula la revocación por diversas causales: la condena por nuevo delito, el incumplimiento de prohibiciones y deberes de la suspensión, la sustracción del control de los SGPMA, el impago de la multa, el incumplimiento de la mediación o de los TBC y la información inexacta de bienes, entre otras. Todas estas causales cuentan con elementos que dotan de cierto margen de discrecionalidad al juez, como lo es la necesidad de valorar la conducta como grave o reiterada para resolver la revocación. A ello se suma la existencia de otras opciones de respuesta ante un incumplimiento cuando no se cumpla con ese requisito.

A continuación se revisarán las diversas causales de revocación previstas en el artículo 86 del CP, para luego revisar las opciones que tiene el juez si considera que no se cumplen los requisitos para la revocación. Se hará especial énfasis en la causal de incumplimiento de deberes vinculada a la realización de programa formativo, puesto que es presenta las tensiones que interesan en esta tesis: el incumplimiento de las condiciones que exigen una cooperación por parte del penado en un contexto de supervisión.

**a) *Por comisión de un nuevo delito***

*86.1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

*a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.*

La comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba puede dar lugar a la revocación de la suspensión concedida. Hasta la Reforma del CP de 2015, esta revocación tenía un carácter automático, cuestión que criticaba gran parte de la doctrina<sup>230</sup> y que además era contrario a las Recomendaciones europeas en la materia. El legislador de la Reforma modificó esta causal, dotando de cierta flexibilidad al juez. Incluso con la normativa rígida anterior, la doctrina estimaba que “la razón de esta revocación automática deriva del evidente fracaso del inicial pronóstico de peligrosidad criminal emitido por el órgano judicial” (Navarro Villanueva 2002b)<sup>231</sup>. Pareciera ser que este razonamiento se encuentra también a la base de la nueva disposición y se constituye en el criterio para

---

<sup>230</sup> Por todos ver Mapelli (2005, 102) y Cid (Cid 2009, 134).

<sup>231</sup> Se cita sin página a Navarro puesto que se accedió a la versión virtual del mismo que constituye un solo documento y no dispone de páginas numeradas.

determinar la revocación de la suspensión por esta causal, en la medida que “la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

Cuando se considera el efecto del delito en la suspensión, el problema es similar al que se suscita con antecedentes penales y reincidencia. Porque la cuestión es qué incidencia debe tener una condena sobre la otra diferente. Es el mismo problema pero al revés: respecto de los antecedentes penales la criminología se cuestiona qué valor deben tener (o si acaso deben tener alguno) en la severidad de una pena posterior principalmente por razones de justicia y de prevención. En cambio, en el supuesto en estudio, la pregunta que cabe hacerse es qué efecto debe tener un delito posterior en la ejecución de una pena anterior. El efecto de primero en el segundo: imposibilidad de aplicar la suspensión y/o posibilidad de aplicación de agravante de reincidencia. Efecto del segundo en el primero: revocación de la suspensión, ejecución de la pena privativa de libertad original.

Dos de los elementos que generan mayores problemas interpretativos y controversia son los requisitos temporales de comisión y castigo del nuevo delito y el criterio para afirmar que la comisión de un nuevo delito pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

#### *Momentos relevantes para la decisión de revocación por nuevo delito*

¿Es necesario que tanto la comisión del delito como la sentencia condenatoria (y su firmeza) por el mismo ocurran durante el periodo de prueba? El propio artículo 86 resuelve la primera parte de la pregunta, puesto que exige que el delito se haya cometido “durante el periodo de suspensión”. Más problemático resulta saber si acaso existe un requisito de proximidad temporal de la condena por el mismo delito ¿debe condenarse el delito durante el periodo de prueba? ¿Es necesario que se materialice la firmeza de la condena también durante el periodo de prueba?

En el proyecto de Ley que antecedió a la Reforma de 2015 se solucionaba esta cuestión estableciendo que el delito podía cometerse incluso antes de la suspensión y que la condena podía tener lugar hasta un año después de remitida la pena. En el artículo quincuagésimo del proyecto, que modificaba el artículo 86 del código penal de la siguiente forma:

*“(..).2. El Juez o Tribunal podrá acordar la revocación de la suspensión y ordenar la ejecución de la pena, **cuando el penado hubiera sido***

*condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.*

*En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido **más de un año** desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de **seis meses** desde la firmeza de la sentencia de condena.”*

Afortunadamente esta regla fue eliminada en la versión definitiva de 2015, por lo que hay que volver a las discusiones doctrinales y decisiones jurisprudenciales que se suscitaban con la normativa previa a 2015, que si bien era rígida en cuanto a la revocación, también exigía que el sujeto delinquiriera “durante el plazo de suspensión fijado”.

En primer lugar la condena a la que se refiere la norma ha de ser firme, para respetar el principio de presunción de inocencia (Navarro Villanueva 2002b). El artículo 86 no hace exigencia alguna en cuanto al momento de la condena, de manera que de su tenor literal, podría estimarse que es suficiente que la condena ocurra en un momento posterior al periodo de prueba mientras el delito se haya cometido en ese lapso .

Sin embargo, otros estiman que debe optarse por una interpretación más restrictiva, que exija que tanto el delito como la condena han de ocurrir en el periodo de suspensión en consideración al principio de mínima intervención y de no dilación en el cumplimiento de las penas (Navarro Villanueva 2002b), puesto que no se puede hacer cargar al penado con la incerteza de la revocación posterior a haber cumplido su periodo de suspensión por ineficiencia en los tiempos del sistema penal. En el estudio jurisprudencial de Cid puede apreciarse que la jurisprudencia en este sentido es diversa, siendo mayoritaria la que admite la revocación pese a que la condena sea posterior al periodo de prueba (Cid 2009, 133).

En el año 2004 el Tribunal Supremo se pronunció indirectamente al respecto, señalando respecto de un caso en el que el delito cometido durante el periodo de suspensión condenado posteriormente (y en el presente fallo siendo objeto de casación), estableciendo el criterio de que la remisión de la pena finalizado el periodo de prueba padece de una “eficacia claudicante”. El Tribunal estaba abordando la posibilidad de aplicar la agravante reincidencia pese a haberse remitido la pena conforme al antiguo artículo 85

CP<sup>232</sup>. A estos efectos el Tribunal Supremo hace el siguiente razonamiento sin referirse a la revocación de la suspensión:

*“Pero todavía más, el propio art. 85-2º invocado, señala también como requisito para que se acuerde la remisión definitiva de la pena que “haya transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto” y es lo cierto que en el plazo de suspensión fijado en la sentencia, que como mínimo debía ser de dos años, según señala el art. 80-2 se delinquiró de nuevo. (...)*

*No existe inseguridad jurídica. La suspensión (sic) definitiva tenía una eficacia claudicante. Hasta este momento ha podido surtir esos efectos limitados que se convertirían en inatacables, si el recurrente fuera absuelto en casación por este delito y no tuviera otra causa pendiente o que pudiera iniciarse, por hechos no prescritos cometidos entre el 19-3-98 y los dos años siguientes. Pero ese no es el caso”.*

El Tribunal Supremo hace referencia a los efectos que tiene la condena que está casando respecto de la remisión de la pena del delito anterior, haciéndola decaer para poder apreciar la agravante de reincidencia. Si bien la condición de no cometer delitos durante el periodo de la suspensión requiere de alguna concesión de tiempo posterior a la remisión para ser efectiva (piénsese en un delito cometido el último día del periodo), creo que por razones de seguridad jurídica debe establecerse algún criterio de restricción adicional a la prescripción de la pena<sup>233</sup> para dotar de seguridad al penado. Lo que me parece cuestionable de este criterio es que no exige conexión temporal alguna entre el delito y la condena, pudiendo decaer la remisión de la pena y resurgir la pena de prisión en cualquier momento, incluso si la incoación de la causa se iniciara una vez remitida la pena. Creo que el pronunciamiento del Tribunal Supremo debe tomarse con cautela y entender que la “eficacia claudicante” ilimitada de la remisión de la pena tiene efectos para apreciar la agravante de reincidencia, pero puede hacerse una interpretación más restrictiva para efectos de revocación de la suspensión.

*Que la comisión del delito ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.*

Esta es una novedad de la reforma de 2015, largamente reclamada al legislador por la doctrina. Se admite de esta forma bajo un criterio de peligrosidad renunciar a la

---

<sup>232</sup> En el caso en casación, la suspensión de pena se produjo el 19-3-98 y la remisión definitiva, transcurridos los dos años el 12-5-2000. Los hechos se cometen entre abril de 1998 y durante 1999 y se condenan en sede penal en 10/06/2003.

<sup>233</sup> Efectivamente la prescripción de la pena del delito cometido durante el periodo de suspensión es el único elemento certero con el que cuenta un penado para considerar la remisión de su pena firme y no temer a una posible revocación.

revocación de la suspensión por el delito cometido durante el periodo de prueba. La intrincada regla “que la comisión del delito ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida” exige acudir al artículo 80 a buscar cuál era la expectativa en que se fundó la decisión de suspender. El artículo 80 requiere para la concesión de la suspensión que “la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”. Es esta la expectativa que no puede mantenerse más. Es decir, la comisión de un nuevo delito debe manifestar que es necesaria la ejecución de la pena para evitar nuevos delitos. Por lo tanto no basta con afirmar que la expectativa fue defraudada, sino que además no puede sostenerse para el futuro.

En este sentido puede resultar de interés el desarrollo de este criterio en el sistema alemán del que se “importó” la regla y que en general rechaza la revocación en casos de delitos imprudentes y de bagatela (Roig 2014, 197). Otro de los criterios que puede servir para valorar este requisito es que el nuevo delito sea de la misma “clase” que el originario. “Si se trata de delitos de diferente naturaleza cometidos en contextos diferentes, puede entenderse que el fundamento de la suspensión sigue vigente” (Cano 2015, 334). Así, si la condena originaria fue por un delito violento, una condena por delito vial difícilmente podría poner de manifiesto que es necesaria la prisión para evitar la comisión de nuevos delitos violentos.

Si bien el ámbito de discrecionalidad del juez ha aumentado, sólo puede optar entre valorar que se puede mantener la expectativa o la revocación. No puede dar lugar a la modificación de condiciones o de la extensión del periodo de prueba como respecto del incumplimiento de otras prohibiciones.

#### ***b) Por incumplimiento de reglas de conducta***

Esta causal de revocación exige un incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta de artículo 83<sup>234</sup>.

*86.1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

*b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los*

---

<sup>234</sup> En el artículo 86, el legislador se refiere a las reglas del art. 83 clasificándolas en prohibiciones y deberes. Entre ellas hay prohibiciones de acercamiento, de residir en cierto lugar, etc. y deberes como el de comparecer ante la autoridad.

Debe tratarse de un incumplimiento grave o reiterado, a diferencia del régimen previo a 2015 que exigía reiteración únicamente, de manera que un solo incumplimiento grave no era suficiente para contemplar la revocación de la suspensión.

Muchos de los deberes y prohibiciones del artículo 83, pueden constituir a su vez una pena accesoria (del artículo 57 CP). Puede ocurrir que se condene a una persona a una pena de prisión con pena accesoria de alejamiento, por ejemplo y que luego la pena de prisión se suspenda con condición de alejamiento del 83. En estos casos, se considera que la imposición de obligaciones es incompatible con las accesorias, cuya presencia haría imposible la aplicación de las obligaciones, y por tanto cuando las obligaciones o deberes mencionados en el artículo 83 ya se hubieran impuesto como pena accesoria, su incumplimiento supone, en principio, la realización de un delito de quebrantamiento de condena (Mapelli 2011, 138 s.; Cardenal 2015, 342). Aquí hay dos cuestiones que quiero abordar: la primera dice relación con que la pena accesoria sigue vigente pese a la suspensión de la principal, puesto que se trataría de una accesoriedad impropia, lo que hace imposible la aplicación de la obligación equivalente del artículo 83. Sin embargo, la vigencia de la pena accesoria puede agotarse con anterioridad a la finalización del periodo de prueba<sup>235</sup>, caso en el cual cobra sentido la aplicación de la obligación como condición de la suspensión. La segunda cuestión es la aparente desigualdad que se manifiesta al comparar los efectos del incumplimiento de una pena accesoria de alejamiento (pena de multa por delito de quebrantamiento) y de una condición de la suspensión de alejamiento (revocación de la suspensión con la consecuente entrada en prisión). Sin embargo en este último caso, habrá que valorar una posible revocación pero ya no por el incumplimiento de la condición de alejamiento, sino por la comisión de un nuevo delito (el de quebrantamiento) durante el periodo de prueba<sup>236</sup>.

De las distintas reglas de conducta previstas en el artículo 83.1 CP son de especial interés en esta tesis la 6º (participación en programas formativos) y la 7º (participación en tratamientos de deshabitación), puesto que son aquellas cuya presencia logran dotar a la pena de la calificación de “comunitaria” conforme a lo sostenido hasta ahora. Ambas

---

<sup>235</sup> El artículo 57 exige que la imposición de las prohibiciones sea por un periodo entre uno y diez años superior al de la pena de prisión. Podría darse el caso de un periodo de prueba superior al periodo de vigencia de la prohibición del artículo 57 CP.

<sup>236</sup> Ver en el apartado anterior.

obligaciones contienen obligaciones de hacer, que requieren del penado una cooperación especial y de la administración una supervisión que vincula al penado a un agente del SGPMA<sup>237</sup>. Esta especial ejecución es lo que tienen en común la suspensión con deber de participación en programas, la suspensión sustitutiva por TBC y el TBC (Torres Rosell 2006, 419). Ya se ha explicado previamente el mecanismo y el contexto en que se construye el incumplimiento y los canales de información que funcionarán para terminar en la valoración judicial de este incumplimiento.

Para valorar el incumplimiento de la obligación de participación en programas formativos, laborales, culturales, etc. a efectos de una eventual revocación, la jurisprudencia exige que se trate de un rechazo injustificado a la realización del programa<sup>238</sup>. Suelen referirse a un incumplimiento “contumaz” y reiterado, es decir (de acuerdo a la RAE), que el incumplimiento sea “rebelde, porfiado y tenaz en mantener un error”. Así, cuando el incumplimiento consiste en inasistencias, se aceptan justificaciones médicas aun cuando no se hayan hecho valer en momento anterior a la apelación<sup>239</sup> y también justificaciones de carácter laboral.

Es necesario preguntarse por el contenido de la obligación “participar” en un programa formativo<sup>240</sup>, para determinar qué conductas constituyen un incumplimiento de la obligación, es decir, ¿basta con asistir o se requiere una participación activa?<sup>241</sup> A este respecto ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente la Audiencia Provincial de

---

<sup>237</sup> El mismo artículo 83 distingue estos deberes especiales al utilizar el verbo “participar” para determinar su contenido aflictivo. En el primer capítulo se explicó la especialidad de estas reglas de conducta desde el extremo del penado, cuya cooperación participativa es necesaria y desde el extremo de la Administración, que no puede limitarse a ejercer un control del cumplimiento, sino involucrarse en la ejecución realizando una intervención que incorpore en la ejecución de la pena elementos de control y ayuda al sujeto.

<sup>238</sup> Ver el análisis jurisprudencial en Cid (2009, 136-37). Cabe destacar que este requisito usa el mismo tenor que la exigencia subjetiva contenida en la regulación del incumplimiento en el artículo 49 CP.

<sup>239</sup> Por ejemplo AAP 712/2012: “en el escrito de alegaciones a la apelación que ha dirigido a esta Sala, el recurrente añade otras razones, esta vez médicas, en justificación de su inasistencia, ante las cuales el tribunal no puede permanecer insensible. Ignoramos los motivos por los que el penado no informó al Juzgado de su grave estado de salud cuando fue citado las dos veces, si por desconocimiento, apatía o simplemente por el impedimento de su enfermedad (...)”. Llama la atención esta sentencia por el tono condescendiente e inapropiado con que advierte al penado las consecuencias de un ulterior incumplimiento “conceder al penado esa segunda oportunidad que impetra en prueba de su voluntad de cumplir con la obligación de participar en programas formativos de la cual depende la conservación del beneficio penal, encareciéndole no falte esta vez a la nueva cita ni abuse de la paciencia del Juzgado, cumpliendo cuanto éste ordene, si no quiere poner en riesgo la suspensión de su condena”.

<sup>240</sup> La obligación de participar en programas de deshabitación (83.1 7º) está más delimitada, puesto que regula supuestos de incidencia más específicos (abandono del tratamiento diferencias de recaídas) y se verá por separado.

<sup>241</sup> En este momento es necesario tener en cuenta la discusión en torno a los límites de la intervención penal en la vida de las personas (Cap. 2, 4.4) y la que explica las distinciones entre cumplimiento formal y sustantivo (Cap. 2, 5.2).

Cantabria (AAP 418/2015), en un caso en que el ministerio fiscal pretendía revocación de la suspensión de la pena porque no se habría cumplido la condición de participar en un programa formativo en materia de violencia de género “porque el Sr. D. Apolonio no realizó el curso con aprovechamiento”. Para la Audiencia, en cambio, “aun cuando lo deseable sería que los participantes en los cursos formativos extraigan todos los conocimientos que de los mismos se puedan obtener y, en consecuencia, que su realización les resulte productiva, esto no es exigido por la norma para entender cumplida la condición establecida para la procedencia de la suspensión”. De acuerdo a la interpretación de la Audiencia, la obligación de participación en programas formativos está cumplida por el sujeto, ya que “asistió puntualmente a las 25 sesiones grupales del programa formativo. Por tanto, la condición que le había sido impuesta, esto es la participación y el seguimiento del curso pautado la cumplió escrupulosamente”.

En cuanto a la actitud del penado durante el curso, el tribunal manifiesta que aun cuando el sujeto se hubiera esforzado poco en las tareas que se le indicaban para casa, que siguiera considerando que él fue la víctima o que no se haya logrado el propósito buscado y esto pueda interpretarse como “un fracaso del fin que el curso perseguía”, esto “no implica que no hubiera cumplido el programa indicado especialmente para los delitos de violencia de género; y este cumplimiento es certificado como tal, puesto que asistió a todas las sesiones”. Se desprende del razonamiento del tribunal, que la obligación de participación en programas formativos es equivalente a una obligación de asistencia, que no incluye participación activa, esfuerzo, compromiso, ni mucho menos asimilación de los valores que se perseguía transmitir con el curso. La Audiencia sí valora estos elementos como positivos o deseables, pero no exigibles para la remisión de la pena. Sí puede constituir un incumplimiento que derive en revocación cuando la actitud del penado es violenta<sup>242</sup>.

En la regulación anterior a 2015, no había norma que se refiriera a las consecuencias del incumplimiento de las reglas de conductas impuestas en el contexto de una sustitución, lo que por el principio de legalidad de las sanciones penales generaba una

---

<sup>242</sup> AAP Barcelona 498/2009): (obligación de seguimiento del tratamiento psiquiátrico) “incumplimiento reiterado de la condenada al seguimiento del tratamiento impuesto, y no solo eso sino que describen una actitud transgresora, de negativa a cualquier actividad pautada, y de clara amenazas hacia otros pacientes y hacia los profesionales del centro de seguimiento de su enfermedad”.



situación de impunidad<sup>243</sup>, esto no presenta ya un problema puesto que la sustitución existe bajo el paraguas amplio que hoy en día constituye la suspensión.

La reforma de 2015 derogó el régimen especial respecto de penados por violencia de género que se consagraba en el antiguo artículo 84.3 CP y que disponía un sistema rígido de revocación de la suspensión. El referido artículo disponía que el incumplimiento por parte del penado de las prohibiciones de acercamiento y comunicación y de la obligación de participar en un programa formativo, determinaba la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. En la actualidad, en cambio, estos incumplimientos se valorarán con los criterios de general aplicación.

### ***c) Por abandono del programa de deshabitación***

La obligación de participación en un programa de deshabitación en el marco de una suspensión de la ejecución de una pena puede imponerse de dos formas diferentes<sup>244</sup>. La primera es como condición de la suspensión especial para drogodependientes (80.5 CP) y tiene historia en el CP español desde 1988. En este caso, en que se suspende la ejecución de la pena con estándares menos estrictos<sup>245</sup> cuando la comisión del delito se debe a la dependencia a sustancias por parte del penado, la suspensión estará siempre condicionada a que el sujeto no abandone el tratamiento hasta su finalización. El propio artículo 80.5 CP establece que:

*No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.*

---

<sup>243</sup> Pese a que se produjo cierta discusión doctrinal en torno a las consecuencias de esta “laguna”, la jurisprudencia rechazó la posibilidad de castigar esos incumplimientos y la fiscalía se resignó ante este desliz del legislador: “El art. 88 no establece ninguna consecuencia jurídica para la infracción de las reglas de comportamiento del art. 83.1 cuando éstas hayan sido impuestas en virtud de lo previsto en él y, por tanto, no estén siendo ejecutadas penas accesorias de igual contenido. El régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes que hayan sido impuestas como penas en las sentencia, lo que implica una naturaleza diferente, y, en segundo término, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no resultan utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe la regla de conversión del apartado siguiente. A pesar de ser una consecuencia profundamente insatisfactoria, no parece posible que los Sres. Fiscales asuman ninguna iniciativa cuando se constate el incumplimiento en este ámbito de las reglas de conducta impuestas.” (Circular 1/2005 Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)

<sup>244</sup> Aunque no la trato como objeto principal de la tesis, se puede ver un breve desarrollo de la obligación de tratamiento de deshabitación en la sección 0 del capítulo segundo.

<sup>245</sup> Penas más largas (hasta 5 años) y habitualidad delictiva.

Así, lo que se exige es el no abandono definitivo del programa de tratamiento, reconociendo expresamente que recaídas puntuales no han de dar lugar automáticamente a la revocación, reconociendo la dificultad del proceso de rehabilitación cuando hay dependencia a drogas o alcohol. Estos criterios (la recaída no constituye abandono y el abandono debe ser definitivo), recogen la doctrina desarrollada bajo la legislación previa por la jurisprudencia para enfrentar los incumplimientos en este contexto<sup>246</sup>.

Por lo que respecta a la segunda forma de imposición del programa de deshabitación, es en el contexto de una suspensión regular del artículo 80.2, imponiendo como condición especial el deber de participación del penado en un programa de deshabitación (artículo 83.1:7<sup>a</sup>). Gracias a esta nueva condición<sup>247</sup>, será posible la sujeción a un programa de deshabitación en aquellos casos en que pese a que la pena no se suspendió en virtud de la drogodependencia<sup>248</sup>, existe una problemática de drogas que debe abordarse para evitar la delincuencia futura. Entonces surge el cuestionamiento de si acaso el incumplimiento de la condición en este supuesto ha de valorarse con los criterios del artículo 86 (incumplimiento grave o reiterado) o si además habrían de tenerse en cuenta los establecidos en el artículo 80.5 (abandono definitivo). La jurisprudencia tendrá que determinar los estándares para valorar el incumplimiento de esta nueva obligación en una suspensión regular. Es decir, si es que para la revocación es necesario que el incumplimiento sea grave o reiterado o si además ha de exigirse que haya un abandono definitivo del programa. La discusión es relevante puesto que podría materializarse un incumplimiento grave o reiterado (por ejemplo varias recaídas) sin necesidad de que constituya un abandono definitivo del programa. A mi parecer, las dificultades de la rehabilitación de una drogodependencia obligan a que para valorar el incumplimiento a efectos de una eventual revocación se interprete que la obligación de participar no se incumple cuando hay un abandono temporal o recaídas si es que el abandono no es definitivo, tal y como lo interpretó la jurisprudencia con la normativa anterior pese a la ausencia de norma expresa que contuviera dichos criterios.

Por último, cabe destacar que si bien esta flexibilidad que responde a la problemática de la drogodependencia y la especialidad que requiere su intervención se

---

<sup>246</sup> Se puede revisar un estudio jurisprudencial al respecto en Cid (2009, 135-36).

<sup>247</sup> Introducida en la reforma operada por la LO 1/2015.

<sup>248</sup> Esta situación es de frecuente ocurrencia, ya sea porque efectivamente no se cometió el delito a causa de la drogodependencia, o porque no hubo discusión durante el proceso penal sobre este asunto, o porque no se pudo probar.

valora de forma positiva, da lugar también a un control penal en la vida de carácter intenso que puede extenderse de forma de significar una carga muy severa en la vida del penado. Así por ejemplo, en la suspensión especial para drogodependientes (artículo 80.5 CP) no se remitirá la pena si es que no se ha materializado la deshabitación del penado pese a haber transcurrido el periodo de prueba sin incumplirse las condiciones. De manera que la suspensión no se condiciona únicamente a la participación del penado, sino al resultado esperado de esa participación, a diferencia de lo que ocurre con las demás obligaciones.

#### ***d) Por incumplimiento del TBC***

Otra causal de revocación, será el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la suspensión sustitutiva del artículo 84 CP. El TBC sustitutivo, antes supervisado por el JVP, hoy es supervisado por el juez de ejecución como el resto de las suspensiones (Gómez-Escolar 2016). Este será competente para valorar las incidencias relevantes de la condición sexta del artículo 49 y, de estimar que existe incumplimiento de la pena, acordará en su caso el cumplimiento de la pena sustituida con anterioridad, haciendo la oportuna liquidación de condena.

Esta revocación de la suspensión sustitutiva se encuentra regulada en el actual artículo 86.1 letra c, que dispone:

*86.1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: (...)*

*c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.*

Para la valoración de la revocación de la suspensión sustitutiva por TBC, se produce una aparente superposición de causales o requisitos de revocación, puesto que se cuenta con los criterios del artículo 49, pero también son relevantes los criterios que la norma establece para la revocación de la suspensión sustitutiva, que tendrán que concurrir conjuntamente. Así lo estiman Gracia et al. al sostener que “puesto que para la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad se exige el incumplimiento de forma grave y reiterada de las condiciones impuestas conforme al art. 84 [art. 86.1.c)], de manera que si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá, a tenor del art. 86.2: a) imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado” (Gracia, Boldova, y Alastuey 2016, 73-74). De lo

anterior creo que se desprende que incluso una vez declarado el incumplimiento conforme el artículo 49 6ª del CP, el juez podrá valorar que dicho incumplimiento no ostenta el carácter de grave ni el de reiterado que exige el 86.2 y por tanto no dar lugar a la revocación de la suspensión y en cambio hacer uso de las otras opciones que están a su disposición en el artículo 86.2. Estas opciones se revisarán en el apartado siguiente de esta tesis, ya que son de aplicación general ante las diferentes posibles infracciones en el contexto de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad.

Al revocar la suspensión, el juez ordenará la ejecución de la pena de prisión originalmente impuesta pero no completa, el artículo 86.3 consagra la denominada “cláusula de retorno” por Mapelli (1996, 151):

*...el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.ª y 3.ª.*

La expresión “abonará a la pena la prestación cumplida” implica que para ejecutar la pena de prisión debe hacerse un descuento “aplicando a la inversa las reglas de conversión a que se refiere el art. 84” (Gracia, Boldova, y Alastuey 2016, 139-40). Pero ¿qué forma de liquidación corresponde luego de la Reforma de 2015? Hasta antes de esta reforma la regla de conversión era de un día de TBC por cada día de prisión. Esa conversión regía para la conversión de prisión en TBC (antiguo artículo 88 CP) y luego se utilizaba para determinar los días que debía cumplir el penado en caso de incumplimiento, que determinaba la ejecución de la pena de prisión descontando las jornadas satisfechas.

Actualmente, en cambio, la regla de conversión deja más espacio a la discrecionalidad judicial, ya que para determinar las jornadas de TBC en el contexto de una suspensión sustitución, el artículo 84.1 3ª dispone que la duración de la prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración ¿qué significa utilizar esta regla de conversión para transformar un periodo de TBC en prisión? Creo que se puede defender, realizando una interpretación restrictiva de la norma, que el juez tendrá que utilizar el mismo mecanismo y determinar la duración de la pena de prisión en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de prisión por cada jornada de TBC incumplida sobre un límite máximo de dos tercios. Por lo tanto, si es que al penado le quedaban por cumplir 90 jornadas de TBC, en el sistema

anterior ello correspondía a 90 días de prisión, ya que la conversión era a día por jornada, sin embargo hoy el juez determinará de acuerdo a las circunstancias del caso la cantidad de días que deba pasar el penado en prisión con un límite máximo de 60 días.

*1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: (...)*

*c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. (...)*

*3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>*

Un supuesto cuya solución no es sencilla de acuerdo a la legislación vigente, y que se genera por la desnaturalización a la que se sometió a la figura de la sustitución en la reforma operada por la LO 1/2015, es aquél en que un penado cumple con todas las jornadas impuestas en suspensión sustitutiva pero, en el tiempo pendiente del periodo de prueba incumple grave o reiteradamente alguna obligación impuesta conforme al artículo 83.1 o comete un delito con el carácter como para justificar la revocación de la suspensión. Para Cardenal (2015), en este supuesto el penado tendría que cumplir con una pena de prisión de una extensión correspondiente a los días que no puedan restarse conforme a la cláusula de conversión. Para el autor, esta sería una medida preventiva para reforzar el cumplimiento de las demás obligaciones de la pena.

Por otra parte, el penado que esté realizando un programa formativo en el contexto de una suspensión, sufre de una situación de desigualdad frente a quien realiza el mismo programa formativo en un TBC formativo o terapéutico, ya que en el primer caso la revocación da lugar a la ejecución de la pena originaria y en el segundo, por tratarse de una suspensión sustitutiva, la revocación da lugar a la pena originaria con descuento corrector.

#### ***e) Por sustraerse al control de los SGPMA***

Además del incumplimiento de condiciones de las que pende la suspensión (revisadas en las secciones precedentes), el legislador permite la revocación cuando el penado se sustraiga del control de los SGPMA.

*86.1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

*b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.*

Se trata de una nueva causal de revocación, prevista por la LO 1/2015. Es posible que por la novedad y la magnitud de la reforma, académicos y juristas aún no se hayan detenido a comentar esta causal con profundidad, pero es esperable que esta nueva causal de revocación concentre gran crítica. La aparición de este supuesto parece intentar solucionar el problema que generaba la inasistencia del penado a los SGPMA durante la ejecución de la pena y, frecuentemente, para dar inicio a la misma mediante la elaboración del plan de ejecución.

Puesto que la obligación que emanaba en la resolución judicial consistía en la participación de un taller, por ejemplo, era difícil justificar como parte integrante de la pena la obligación de comunicación con los SGPMA. En el reglamento de desarrollo se dispone que el penado debe seguir las instrucciones del SGPMA, pero por la naturaleza reglamentaria de la norma, no se contemplan sanciones concretas al respecto. Con esta causal de revocación se otorga una nueva herramienta a la Administración para facilitar la gestión de las penas, motivar al penado mediante la amenaza de revocación y tener un procedimiento más estandarizado para reaccionar ante esta situación. Por esta vía, entonces, el legislador impone al penado la obligación de someterse al control de los SGPMA cuando se prevea la supervisión de la pena por parte de esta agencia.

Una cuestión que puede ser fruto de un descuido del legislador es que aparentemente sólo se contempla este supuesto como causal de revocación en el caso de que se esté vinculado al SGPMA en el contexto de la ejecución de obligaciones del artículo 83 CP, y no así cuando se trate de una suspensión sustitutiva. A esta conclusión puede llegarse interpretando sistemáticamente las causales “b” y “c”, puesto que la regla en comento no existe en la causal siguiente. Se trata de una situación equivalente a la que ocurre con la referencia expresa a los SGPMA en el artículo 83 CP, que no se repite en el 84 CP y que ha sido criticada con anterioridad en esta tesis.

Aparentemente, se puede vislumbrar en esta reforma la corriente que se ha denominado *managerialism* en el mundo anglosajón. Se ha traducido como *gerencialismo* y aplicado al sistema penal, prioriza prácticas que ayuden al buen funcionamiento –*smooth running*– del sistema de justicia penal (Ugwudike 2015, 261; Robinson, McNeill, y Maruna

2014, 155 ss.), reglas como estas, que facilitan el trabajo de la Administración, son demostrativas de un nuevo protagonismo de la eficiencia de la gestión frente a otros intereses más tradicionales (como la rehabilitación o la prevención). Ya se advirtió esta tendencia con el cambio de nombre de los “Servicios Sociales Penitenciarios” a “Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas” en el año 2011 (RD 840/2011).

***f) Por impago de responsabilidad civil, inexactitud de información patrimonial***

*86.1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:*

*d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El pago de las responsabilidades civiles es un requisito para el otorgamiento de la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad. Se añade, de forma cumulativa, hacer efectivo el decomiso acordado en sentencia. Sin embargo, “la redacción actual del artículo 81 permite que este requisito quede cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine” (Cano 2015, 332-33). Esto último puede dar lugar al incumplimiento del pago de responsabilidad, de manera que con esta causal se protegen los derechos e intereses de los perjudicados, con independencia de que se hubieran constituido o no en acusación particular, durante el curso del proceso penal (Lacueva Bertolacci 2013).

El art. 86. 1. d) establece como novedad la posibilidad de revocar la suspensión de ejecución de la pena en caso de que el condenado facilite información inexacta o insuficiente sobre sus bienes que hayan sido objeto de decomiso o sobre los bienes de su patrimonio. Esta causa de revocación puede causar perplejidad, puesto que se adopta en el seno de un proceso penal, aún en fase de ejecución, donde el derecho de defensa del acusado debe ser respetado hasta el final (Cano 2015, 332-33). Respecto de esta causal específica, creo que se pretende hacer el sistema más eficiente debido a las dificultades de los tribunales para investigar el patrimonio del penado, con esta norma se pretende reforzar

el deber del mismo de facilitar información para el cumplimiento de sus responsabilidades, adelantando el umbral de la sanción.

Esta regulación viene a resolver cuestiones que la jurisprudencia debatía, por ejemplo, había jurisprudencia que rechazaba la revocación de la suspensión por esta causal, ya que rechazaba la imposición como condición del pago de la responsabilidad civil<sup>249</sup> y por no existir como causal de revocación en la Ley. Si bien esta cuestión queda zanjada con la nueva regulación, servirá la jurisprudencia anterior para ilustrar los casos en que el impago no constituya incumplimiento suficiente para revocar<sup>250</sup>, y cuándo debe estimarse la configuración de un incumplimiento reiterado<sup>251</sup>.

### 5.3 Decisión sobre la revocación de la suspensión

La revocación corresponde únicamente ante incumplimientos graves o reiterados de deberes o prohibiciones, cuando el incumplimiento no sea grave ni reiterado, el juez tiene la posibilidad discrecional de modificar condiciones o imponer nuevas, y de prorrogar el plazo de suspensión. Estas alternativas existen únicamente para el incumplimiento de deberes y prohibiciones, e incluso podría defenderse su aplicación para casos de impago de la responsabilidad civil cuando no sea grave por ejemplo.

*2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:*

*a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.*

*b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.*

La Audiencia Provincial de Barcelona (AAP 498/2009) ha descartado esta alternativa a la revocación cuando el incumplimiento ha sido grave (penada reacia y violenta) afirmando que “una decisión de prórroga de la suspensión condicional podría tener sentido en un escenario de incumplimiento puntual de las obligaciones impuestas, o en el que se esperase una mejoría en la adaptación al centro y, en definitiva, un resultado positivo de recuperación de un comportamiento social normalizado, en todo caso alejado del delito”.

---

<sup>249</sup> Salvo en algunos supuestos regulados en la LECrim.

<sup>250</sup> Cuando pese al impago el penado realiza un esfuerzo reparador en la medida de sus posibilidades económicas.

<sup>251</sup> De acuerdo a la AAP Salamanca 75/2012, no hay incumplimiento reiterado si se ha realizado solo un requerimiento de pago al penado.



En cuanto al procedimiento que ha de regir la decisión sobre la revocación, el órgano judicial competente será el mismo que ha de incoar el incidente de suspensión, o sea, el Juez o Tribunal que en su día concedió la medida. Si bien no existe en la Ley previsión alguna por lo que se refiere al momento procesal para poder acordar la revocación de la suspensión condicional, “parece evidente que el *dies a quo* de éste se iniciará a partir del momento en que la noticia acerca de la comisión de un nuevo delito o de la inobservancia de las reglas de conducta por parte de la persona beneficiada por la suspensión, lleguen a conocimiento del órgano judicial” (Navarro Villanueva 2002b). Llegará a este conocimiento ya sea porque le fue remitida la sentencia de condena firme de delito durante el periodo de suspensión, gracias a un informe de los SGPMA o de un informe policial respecto de los deberes y prohibiciones cuyo control le compete.

El ámbito de ejecución de las penas siempre ha sufrido de una legislación procesal muy escueta, el legislador del 2015 dispuso que:

*4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.*

*El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.*

Esto es un avance ya que en el régimen anterior a 2015 únicamente se exigía una audiencia previa de las partes para la valoración de la causal de incumplimiento de los deberes y prohibiciones y hoy rige para todos los casos. Además, se faculta al juez para realizar diligencias de prueba y de una vista oral. Esta última parece de suma utilidad para valorar el juez los criterios que rigen la revocación por causal de comisión de delito y para que el penado pueda explicar las razones y circunstancias de su incumplimiento si las hubiera. El juez decidirá el auto de revocación, que deberá motivarse y ordenará la ejecución de la pena privativa de libertad.

El legislador de la Reforma de 2015, previó un supuesto en el que no habrán de respetarse las garantías recién valoradas. Se trata de una nueva causal de revocación de carácter excepcional, que exige la comprobación de un muy alto riesgo de reiteración delictiva, de huida o para la víctima. Estimo que se trata de un riesgo “muy alto” puesto que la prisión ha de resultar imprescindible para evitarlo.

*4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.*

Esta causal de revocación gana en efectividad al complementarse con el artículo 83.3 y .4 CP que consagra la obligación tanto de la policía como del SGPMA de “informar inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos” del que tenga conocimiento en el contexto del control de las prohibiciones o deberes que les corresponde (la policía debe informar además al ministerio fiscal). Esta norma era fundamental si se quería que la causal de revocación excepcional por peligrosidad no se convirtiera en letra muerta, toda vez que el juez tiene escaso (si no nulo) contacto con el penado y no puede enterarse de sus circunstancias sino a través de lo que el DEM le informe.

Para dar lugar a la ejecución de la pena en esta causal no se prevé la audiencia de partes probablemente por el riesgo inminente que se pretende evitar. Sin embargo, lo que parece preocupante es que no se establece tampoco dicha audiencia *ex post* detención, para controlar el respeto de los derechos del penado, los que, aparentemente, sólo podrán protegerse vía recurso de amparo.

## **6. Datos sobre la declaración judicial del incumplimiento de penas comunitarias**

Después de estudiar los criterios y consecuencias del incumplimiento cabe preguntarse acerca de la realidad del incumplimiento de las penas comunitarias en España. Ya se ha explicado en esta tesis que el incumplimiento es un constructo, que es producto de una negociación (desigual) entre el penado y los actores intervinientes, que dichos actores tienen mecanismos para incidir en la decisión de quien detenta el poder decisorio final, y, por último, que por su carácter normativo, el incumplimiento ha de ser declarado judicialmente para dar lugar a los efectos que la ley le atribuye. Así, este apartado de la tesis se dedica al cuestionamiento de si acaso se declaran judicialmente incumplimientos respecto de penas comunitarias y no en qué medida los penados infringen las obligaciones a las que están sujetos. Por lo demás, el estudio del incumplimiento interesa fundamentalmente por sus consecuencias, que sólo tienen lugar ante la declaración judicial del mismo.

El primer indicador de que en España se declaran incumplimientos de penas comunitarias es la jurisprudencia que se ha utilizado durante este capítulo, que da cuenta de cómo los jueces efectivamente declaran el incumplimiento de la pena.

Lamentablemente, no se dispone de datos por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias respecto del cumplimiento de las penas dentro de su jurisdicción. Para el caso catalán, de acuerdo a datos recientes facilitados por la Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat<sup>252</sup> se puede afirmar que el incumplimiento en general no llega al 10% de los casos. De todas las causas de finalización registradas por la Administración catalana, el cumplimiento está entre el 70% y el 80% de los casos y el incumplimiento tiene una incidencia menor incluso que las causales de finalización que son ajenas al éxito o fracaso de la ejecución penal como el fallecimiento del penado, el alzamiento de la pena o medida que dicta el juzgado (por ejemplo porque el encausado pagó la multa que debía, por ingreso del penado en prisión por causas anteriores), por cambio de domicilio a otra comunidad autónoma, por expulsión del territorio nacional, etc.

Tabla 9 Incumplimiento CAT 2014

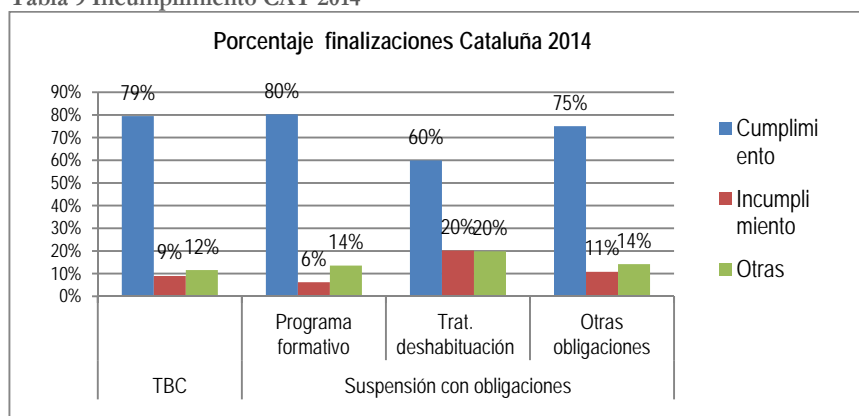
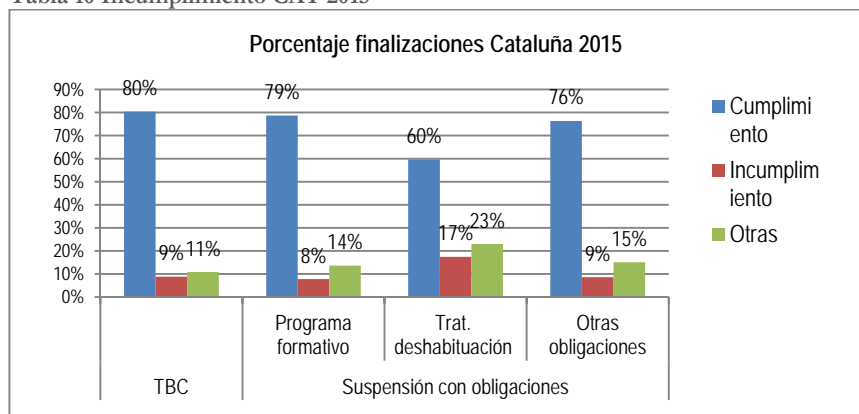


Tabla 10 Incumplimiento CAT 2015



<sup>252</sup> Agradezco a Marc Cerón y Pius Fransoy por su buena disposición en la facilitación de estos datos.

La medida con menor éxito es la de la suspensión con tratamiento de deshabituación de drogas. Tomando en cuenta la regulación de esta figura no resulta sorprendente por tres razones<sup>253</sup>. En primer lugar, se trata de una pena cuyo ámbito de aplicación es más amplio que las demás, permitiendo la suspensión de penas más graves (no hay límite de dos años), en segundo lugar, se aplica precisamente a sujetos con un perfil problemático (toxicómanos y puede aplicarse a no primerizos), en tercer lugar, hasta la reforma de CP operada por la LO 1/2015 los criterios para declarar el incumplimiento de esta pena y revocar la suspensión que le había dado lugar eran más rígidos, por lo que es posible que el porcentaje de éxito de esta pena se incremente.

Tabla 11 Cumplimiento en Cataluña  
Finalizaciones Cataluña 2014 N

	TBC	Suspensión con obligaciones		
	TBC	Programa formativo	Trat. deshabituación	Otras obligaciones
Cumplimiento	4.814	971	181	90
Incumplimiento	543	75	61	13
Otras	702	164	60	17
<b>Total</b>	<b>6.059</b>	<b>1.210</b>	<b>302</b>	<b>120</b>

Finalizaciones Cataluña 2015 N

	TBC	Suspensión con obligaciones		
		Programa formativo	Trat. deshabituación	Otras obligaciones
Cumplimiento	4.755	894	192	71
Incumplimiento	519	88	56	8
Otras	640	154	74	14
<b>Total</b>	<b>5.914</b>	<b>1.136</b>	<b>322</b>	<b>93</b>

Pese a tratarse de datos de sólo dos años, resulta notable la casi completa invariabilidad apreciable en los datos de un año a otro en todas las categorías. Si bien los cambios legislativos no son suficientes para explicar la realidad del sistema penal en su conjunto (González Sánchez 2011), es posible que la ausencia de cambios en la regulación y la política de ejecución catalana pueda explicar unos datos tan estables. En este sentido, es

---

<sup>253</sup> Ver la sección 1.2c), del segundo capítulo y la sección 5.2c), de este capítulo.

necesario recordar que el protocolo vigente para la pena de TBC en Cataluña data de 2013<sup>254</sup>.

En criminología no es fácil afirmar si una tasa es alta o baja<sup>255</sup>. La respuesta dependerá de con qué se compare. Un cumplimiento del 100% sería indeseable porque aunque exista un sistema de apoyo robusto y eficiente, es esperable la existencia de una “tasa natural” incumplimiento y por tanto una tasa de cumplimiento muy elevada probablemente implicaría que la pena se aplica a personas con un perfil de un riesgo demasiado bajo. Pero ¿cuánto incumplimiento es mucho? En criminología tampoco se suele responder esta pregunta de forma contundente y, en cambio, se recurre a hacer una comparativa respecto de otros años (y así se estudian las tendencias en la evolución de la tasa) o a comparar las tasas en estudio con las de otros países. Por ejemplo, en el Reino Unido, una reciente investigación (Cattell et al. 2014) del Ministry of Justice inglés, da cuenta de que el 79% de las penas comunitarias (community orders) termina en cumplimiento<sup>256</sup>, mientras que el 16% termina revocada por incumplimiento<sup>257</sup>. Se trata de tasas similares a la españolas en un sistema penológicamente más favorable a la aplicación de las penas comunitarias (con un margen más amplio de aplicación) y además, que tiene una reacción más flexible ante los incumplimientos.

En el Informe sobre reincidencia en medidas penales alternativas en el sistema de ejecución catalán de Capdevila et al. (2016) se aportan datos de las finalizaciones del año 2010<sup>258</sup>. Lamentablemente los datos no son comparables puesto que la incidencia de finalización por incumplimiento se incorporó en la base de datos en las fechas intermedias<sup>259</sup>, esto genera tasas de incumplimiento irreales de menos del 1% en 2010.

---

<sup>254</sup> Programa de Treballs en Benefici de la Comunitat, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil, Àrea de Mesures Penals Alternatives, de 16 de enero de 2013.

<sup>255</sup> Normalmente este tipo de discusiones se desarrollan respecto de las tasas de encarcelamiento, de criminalidad y de reincidencia.

<sup>256</sup> 70% de finalización normal y 9% de finalización temprana o adelantada por buen progreso.

<sup>257</sup> 8% por la comisión de un nuevo delito y 8% por el incumplimiento de la pena. Hay que tener en cuenta de que la tasa de incumplimiento puede ser mayor, pero aquí sólo se cuentan los incumplimientos que da lugar a revocación. En el sistema inglés, una vez declarado el incumplimiento el juez puede decidir no revocar y en cambio ordenar la continuación del cumplimiento. El informe señala que un 13% de penados incumplen y continúan con el cumplimiento de la pena por orden judicial

<sup>258</sup> Hay diferencias en la forma de presentarse los datos, de manera que por ejemplo, no se puede acceder al total de finalizaciones de suspensiones con obligaciones, ya que la obligación de tratamiento de deshabitación se evalúa integrando tanto las suspensiones como las medidas de seguridad que la contemplan.

<sup>259</sup> Agradecemos esta explicación a Juanjo Subero.

Pese a las limitaciones que impiden comparar periodos, los datos del informe resultan muy interesantes. La investigación del año 2010 sobre reincidencia aporta información más extensa y detallada acerca de los penados, de las sentencias que dieron lugar a la pena, de los elementos de cada pena y de diferentes elementos de la ejecución. El estudio no se preocupa por tanto de los factores que pueden incidir en el cumplimiento a corto plazo que es de interés en esta tesis, sino a largo plazo de acuerdo a los conceptos estudiados en el segundo capítulo. A partir de esos últimos datos los autores concluyen que reinciden más quienes presentaron incidencias durante la ejecución de una MPA (en TBC aumenta la reincidencia en un 4,8% y en PF 6,2%), y que también reinciden más quienes tuvieron cambios de delegado durante la ejecución de un TBC, en este sentido para los autores “tener un cambio de técnico aumenta la tasa de reincidencia en 2,5 puntos”. Nunca está de más recordar que correlación no es causación y que es posible que las razones que explican la reincidencia, puedan explicar a su vez el acaecimiento de incidencias y, aunque en menor medida, el cambio de delegado.

Resulta difícil prever el comportamiento de estos datos en un futuro cercano, con la irrupción de la LO 1/2015 en el sistema normativo modificando múltiples elementos de las penas comunitarias y la esperable actualización del RD 840/2011. Así, mientras la regulación del incumplimiento es menos rígida en algunos aspectos de la revocación de la suspensión: valoración en la comisión de un nuevo delito, en las recaídas en un tratamiento de deshabitación y derogación del sistema más riguroso de protección en casos de violencia de género<sup>260</sup>, al mismo tiempo crea nuevas causales de revocación como la sustracción al control de los SGPMA y transforma el criterio único de incumplimiento de reglas de conducta –reiterado– por uno optativo –grave o reiterado–, incrementando los casos de potenciales revocaciones. Por otra parte, las modificaciones al sistema general de la suspensión, implica la ampliación de su ámbito de aplicación, de manera que es esperable que se aplique a un perfil que si bien es de bajo riesgo, pueda presentar mayores necesidades criminógenas.

Otra cuestión que interesa a esta investigación es ¿cuántos entran en prisión por incumplimiento? En cuanto a la suspensión, de la información que ofrece el INE no se puede desprender cuántos entraron a (o están en) prisión por la revocación de una

---

<sup>260</sup> Que contemplaba la revocación automática en caso de incumplimiento de la obligación de alejamiento o de participación en programa formativo, aunque no hubiese reiteración.

suspensión. No puede hacerse a partir de los datos publicados respecto de los ingresos a prisión, ni de la población penitenciaria, puesto que como causa figura el delito originario que dio lugar a la pena cuya suspensión se revoca. En cuanto al incumplimiento de TBC, tampoco se podrá saber cuántos se quebrantaron, ya que respecto del delito de quebrantamiento, los datos del INE no distinguen por tipo de pena quebrantada. Es previsible que sean pocos casos los que lleguen a prisión, ya que puesto que la pena prevista para el quebrantamiento es de multa, sólo podría entrarse a prisión en caso de incumplimiento de un TBC impuesto por RPS por impago de multa, o en caso de incumplimiento de un TBC sustitutivo del artículo 71.2 CP.

De acuerdo a los datos comentados con anterioridad, habría que suponer que, cuanto menos, los incumplimientos en contexto de la suspensión habrían derivado en la revocación de la suspensión y el consecuente cumplimiento de la pena de prisión suspendida.





## CONCLUSIONES

En este apartado de conclusiones, voy a resumir las ideas principales de cada capítulo de la tesis, para, posteriormente realzar los rasgos más sobresalientes del sistema español de reacción penal ante el incumplimiento de las penas comunitarias, además de exponer unas reflexiones críticas en torno al mismo.

El primer capítulo se dedicó a delimitar el objeto de estudio recurriendo a su historia, definición y principales funciones de las penas comunitarias, que han sido definidas en esta tesis como aquellas que imponen una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal.

1. Respecto del origen de las penas comunitarias, hay que destacar que mientras que en el mundo anglosajón surge la probation a fines del siglo XIX para conseguir la rehabilitación del penado en la comunidad, en Europa continental surge, simultáneamente, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad cortas, para evitar la entrada en prisión y el consiguiente riesgo de desocialización del delincuente ocasional. En los años 60, coincidiendo con un nuevo auge del ideal rehabilitador, la Europa continental comenzaría a adaptar sus sistemas de sanciones penales, normalmente integrando los elementos de las penas comunitarias a instituciones de existencia previa (permitiendo la

introducción de obligaciones y de supervisión como condiciones en la suspensión, por ejemplo).

Por diversas razones, recién en el año 1995 puede decirse que en España surgen las penas comunitarias, mediante la incorporación de la pena de TBC y la admisión de reglas de conducta como condición de la suspensión de la pena de prisión. Pese a esta tardía entrada en la tendencia europea, la regulación e implementación española de sus penas comunitarias se habría ido acercando progresivamente al modelo anglosajón (como el resto de Europa continental), mediante fenómenos de transferencia y por la incidencia de la política criminal europea en el desarrollo de los sistemas sancionatorios nacionales.

2. En cuanto a las elaboraciones epistemológicas en torno a las figuras que interesaron en esta investigación, pudimos apreciar la existencia de una multiplicidad de conceptos que, además, se han utilizado muchas veces con gran flexibilidad, de manera que han permitido la convergencia en su defensa por grupos e ideologías diversas. Los conceptos revisados fueron elaborados en momentos y contextos diversos, y ponen énfasis en aspectos distintos de las sanciones a las que hacen referencia.

Por lo que se refiere a la definición de las penas comunitarias, cabe destacar que, pese a que el origen de estas instituciones se remonta a fines del siglo XIX, es en la década de los noventa cuando se consolida el concepto de “penas comunitarias” en un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión. A diferencia de las denominaciones utilizadas con anterioridad para referirse a iguales o similares realidades (penas no privativas de libertad, penas alternativas, medidas penales alternativas), ya no se definen estas instituciones respecto de su relación con la pena de prisión, y se realza su cumplimiento en la comunidad, el elemento de supervisión que contienen, la satisfacción o reparación que permiten y su valor punitivo autónomo. Debido a la novedad que entraña la “supervisión” en el contexto español (en cuanto concepto, no tanto en cuanto a su desarrollo práctico), es necesario recordar que la supervisión es **una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración, que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo, elementos de control, de asistencia y de reforma.**

Aunando estos elementos, en la tesis se ha definido pena comunitaria como aquella pena que impone una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente

penal, con el que se mantiene un contacto activo. Son estas características las que llevan a ubicar a las penas comunitarias en estructuralmente entre la prisión, por una parte y las penas patrimoniales y “nominales”, por la otra.

3. En cuanto a los fines de las penas comunitarias, se revisó el lugar que podían ocupar las penas comunitarias en los modelos que cada teoría de justificación del castigo propone. En cuanto al modelo del merecimiento (*just desert*), se ha destacado que permitiría que la gran mayoría de delitos fueran tratados con penas no privativas de libertad (que habrían de reservarse únicamente para delitos de mayor gravedad) y que la idea del merecimiento se refiere únicamente a la severidad de las penas, no a su forma particular, lo cual permitiría una flexibilidad considerable para el uso de las penas comunitarias de diversos tipos. Sin embargo, dos de los obstáculos para las penas comunitarias en el modelo del merecimiento serían la preeminencia de la prisión en el desarrollo e implementación de estos modelos y la desconfianza en la reforma mediante la pena y la consecuente predilección por penas alternativas sin intervención.

En relación con la capacidad de las penas comunitarias para disuadir a potenciales delincuentes de la comisión de delitos (prevención general), se ha afirmado que una pena tendrá efecto disuasorio en la medida en que sea severa (severidad), que el castigo a recibir sea probable (certeza) y que sea esperable que esta consecuencia llegará prontamente (celeridad). En cuanto a la severidad de la pena, reconociendo que la pena más severa es la de prisión, se puede afirmar que las penas comunitarias incorporan un componente aflictivo (restricción personal) a las penas alternativas meramente nominales y patrimoniales, especialmente en la última etapa de las penas comunitarias en que se puede apreciar un viraje punitivo en las mismas (probation intensiva, etc.). En cuanto a la certeza de la imposición, las penas comunitarias también podrían resultar de una relevancia significativa, puesto que un sistema penal que sólo tiene como recurso de intimidación la prisión, es insostenible en términos de certeza. Respecto de la prontitud de la sanción, los procedimientos más simples y breves, se reservan para aquellos hechos en que la pena en juego no es tan severa, de manera que un sistema penológico que integre penas comunitarias podría ser capaz de ofrecer procesos más breves.

En un modelo rehabilitador, se estima que las penas han de estar orientadas a la rehabilitación, y que esta que puede lograrse mediante la supervisión de un agente penal que preste asistencia y dirección al penado. En este modelo, las penas comunitarias habrían de ser, por regla general, la primera opción para responder al delito, dejando la pena de

prisión reservada para casos excepcionales. Se privilegia la intervención en la comunidad, que permite el mantenimiento y fortalecimiento de vínculos relevantes para el desistimiento.

Por su parte, las teorías que justifican la pena por su capacidad de impedir la comisión de nuevos delitos “retirándolos” de la comunidad (incapacitación) están vinculadas principalmente con la pena de prisión. Sin embargo, en este modelo, las penas comunitarias pueden ser la respuesta más adecuada para hacer el modelo de incapacitación sostenible, ya que la incapacitación defendida seriamente es de carácter selectiva y pretende la inocuización de un grupo reducido de delincuentes. Además, es este ideario incapacitador el que explica, en parte, una de las más recientes tendencias en las penas comunitarias que privilegia mecanismos de control en libertad (como el control electrónico).

El estudio de la justificación y fines de las penas comunitarias, sirvió para explicar, en parte, la nueva popularidad de que gozan, demostrada en el crecimiento sostenido en su uso. Esta explicación se encontraría en que las penas comunitarias presentan características valiosas para las diversas teorías de la justificación de la pena, así como para las más actuales tendencias de política criminal. Esto sería así porque, si bien su origen puede encontrarse en el ideal rehabilitador, su expansión actual provendría de un impulso punitivo en los 80, que refuerza el elemento de restricción personal de la pena e incorpora elementos de reparación del daño causado (simbólica o concreta).

4. El valor de las penas comunitarias como alternativas a la pena de prisión, ha sido desafiado por la teoría de la expansión de la red penal. Respecto de este asunto, cabe destacar que tanto en Europa como en España, las penas comunitarias habrían contribuido a expandir a red de los sistemas de justicia penal, en vez incidir en una reducción de las tasas de encarcelamiento. En el caso español, podría haberse generado un cierto efecto puesto que si bien las tasas de encarcelamiento no se redujeron, el número de ingresos en prisión desde libertad sí lo hizo. Así, es posible que el efecto descarcelador esperado por la ampliación del ámbito de la suspensión en 1995, hubiera sido anulado por las otras medidas introducidas en 1995 que endurecieron el sistema punitivo. Por otra parte, algunos estudios empíricos respecto del uso de las alternativas por los jueces, darían cuenta de que efectivamente las penas comunitarias vinieron más bien a reemplazar la antigua suspensión ordinaria y la multa, de manera que no llegaron a constituirse en una real alternativa a la prisión.

De manera que no basta con defender la ampliación de las alternativas en general y de las penas comunitarias en particular, sino que debe promoverse su aplicación para delitos que con anterioridad se castigaban con pena de prisión (y esta se ejecutaba) y poner especial atención al régimen de quebrantamiento y revocación, que admita una flexibilidad necesaria para enfrentar las dificultades que presenta este tipo de ejecución, como cierto perfil de penados para los que el cumplimiento de la pena puede significar una carga insostenible. Y, dentro de las penas alternativas, habría de imponerse para los delitos leves siempre en primer lugar penas sin intervención, como la multa o la suspensión ordinaria, reservando las penas comunitarias para aquellos casos cuya gravedad exige la aplicación de una pena comunitaria (por razones de proporcionalidad o prevención general) o en que es necesaria una intervención rehabilitadora por razones de protección pública<sup>261</sup>.

El segundo capítulo se dedicó a las penas comunitarias en España y su cumplimiento. Se sostiene que en España constituyen penas comunitarias los trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 CP) y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con reglas de conducta de participación en programas formativos y de sometimiento a tratamiento de drogas (artículos 80 y 83 CP). Estas son figuras que: a) son la consecuencia de una declaración de culpabilidad de un sujeto en el contexto de un proceso penal; b) infligen una restricción personal al penado, consistente en una obligación de hacer; c) se cumplen en libertad; y d) son efectivamente supervisadas por la Administración mediante un agente penal.

1. La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, regulada en los artículos 80 y siguientes del CP, consiste en el suspenso condicional de la ejecución de una pena de prisión de corta duración, previo al inicio de su cumplimiento, por un periodo de tiempo que el juez determine (periodo de prueba) y que podrá extenderse más allá del periodo de prisión suspendido con un cierto límite. Se trata de la institución que acoge mayormente las penas comunitarias en España y permite el mayor grado de individualización de la ejecución de la pena al individuo. Configuraré una pena comunitaria, cuando se condicione a las obligaciones de participar en un programa formativo, de sometimiento a un tratamiento de deshabitación, o a la de realizar trabajos en beneficio de la comunidad (“suspensión sustitutiva”).

---

<sup>261</sup> Con las prevenciones realizadas en el cuerpo de la tesis.

En la reforma operada por la LO 1/2015, siguiendo el modelo alemán, se modifican y flexibilizan los criterios de concesión y de revocación de la suspensión. Además, para propender a la mayor celeridad en la etapa de la ejecución judicial, se agrupan diversas figuras de suspensión ordinaria y especiales, y se desnaturaliza la figura de la sustitución por multa o TBC, para pasar a constituir una suspensión especial. Se enfrentan varias deficiencias de la regulación previa al permitirse la posibilidad de suspensión de la pena para condenados con antecedentes penales y eliminarse el automatismo en la revocación de la suspensión por la causal de comisión de un nuevo delito en el periodo de prueba.

La suspensión condicionada a participar en programas formativos (artículo 83.1 6ª), obliga al penado a asistir a programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

La suspensión condicionada a un tratamiento de deshabitación, obliga al penado a someterse a un programa de deshabitación al consumo de alcohol, drogas y estupefacientes, así como de tratamiento de otros comportamientos adictivos y no abandonarlo de forma definitiva. Puede ser impuesta como pena comunitaria en dos supuestos principales: como condición de la que pende la suspensión especial para drogodependientes (artículo 80.5 CP) y como condición para la suspensión normal de la pena (artículo 83.1 CP). En el primer caso, los requisitos de otorgamiento de la suspensión se flexibilizan, pero al mismo tiempo puede denegarse la remisión de la pena cuando pese a haberse cumplido con la condición y el periodo de prueba, el penado no se ha logrado la deshabitación del penado.

La suspensión condicionada a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (o suspensión sustitutiva), de creación novedosa de la LO 1/2015, por su parte, parece ser la heredera de la antigua sustitución de penas. Se regula en el artículo 84 la suspensión con condición especial de multa, TBC y mediación. El legislador habría querido integrar la sustitución en la suspensión para impedir la presentación escalonada de solicitudes de suspensión, suspensión especial para drogodependientes y sustitución, con sus respectivos recursos, cuestión que dilatava la ejecución. En esta nueva figura se flexibiliza el número de jornadas a imponer “en atención a las circunstancias del caso” con un tope máximo, lo que se valora de forma positiva. Resulta especialmente relevante, que

en caso de revocación de la suspensión, se compensarán en la ejecución de la pena de prisión, las jornadas de trabajo efectivamente cumplidas.

2. En cuanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se trata de una sanción penal que impone la cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. También existe en el sistema de penas español desde el código penal de 1995 y ha sufrido diversos cambios en posteriores y numerosas reformas legislativas, caracterizadas especialmente por ampliar su ámbito de aplicación y facilitar su ejecución. Se regula en general en el artículo 49 CP y puede ser impuesto de forma directa, como forma de cumplir la RPS por impago de multa o sustituyendo una pena de prisión inferior a tres meses. Como se explicó recientemente, también puede imponerse en una suspensión sustitutiva, pero en este caso no se tratará de una pena, sino de una condición de la que pende la suspensión. En cuanto a la ejecución de la pena de TBC, esta puede consistir, desde la reforma operada por la LO 5/2010, además de en la realización de actividades de utilidad pública, en la participación del penado en un programa formativo. Esta posibilidad presenta una salida ante el problema que presenta la ejecución de una pena comunitaria en el caso de penados con problemas o carencias que dificultan el cumplimiento de una pena, ya que se puede confeccionar el plan de trabajo individualizado, computando horas dedicadas a al aprendizaje del idioma o al tratamiento en un centro de salud mental para adultos (CSMA) como parte del cumplimiento de la pena de TBC. Esta modalidad de ejecución es conocida en la Administración catalana como TBC terapéutico o TBC formativo.

El TBC tradicional, directo o principal (artículo 49 CP), es el que se impone como pena por el juez sentenciador, habilitado por el legislador que lo previó en el marco penal del delito castigado y no como un sustitutivo. Esta forma de TBC existe en el sistema de penas español desde el año 2003, con la LO 11/2003 y robustecida con la LO 15/2003.

El TBC impuesto por la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (artículo 53 CP), se prevé por el legislador verdaderamente como una forma de cumplir la RPS. Lamentablemente se contempla una fórmula de conversión rígida de días de prisión a jornadas de TBC, pese a la previsión de un nuevo módulo, radicalmente más flexible, para el caso de la suspensión sustitutiva.

En cuanto a la sustitución por TBC del artículo 71.2, se trata de una sustitución obligatoria de la pena de prisión inferior a 3 meses, cuya ejecución el legislador impide por motivos de desocialización. Aquí se mantiene el mismo sistema rígido de conversión.

3. Respecto del uso efectivo de las penas comunitarias en el sistema de justicia penal español, puede decirse que, al igual que en el resto de Europa, desde los años 90, se ha incrementado su uso. Debido a una serie de reformas penales, esta tendencia habría tenido un momento crítico de aumento explosivo en el año 2008, que habría comenzado a remitir en el año 2011, cuestión que hasta ahora tiene efectos en la aparente disminución en la aplicación de las penas comunitarias en España, pero que, a mi modo de ver, en el largo plazo consiste más bien en un proceso de estabilización. Por otra parte, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es la que mayor aplicación práctica tiene, seguida por la suspensión de la ejecución de la pena de prisión con obligación de participación en un programa formativo en casos de violencia de género. Mientras la pena de TBC ocupa entre el 85 y el 90% del total de las penas comunitarias en ejecución, la suspensión con reglas de conducta representa entre el 15 y el 10%. Respecto de su relevancia dentro del sistema penológico español podría decirse que en 2013 las penas comunitarias representaban el 35% del total de las penas principales impuestas.

4. En cuanto a las reflexiones criminológicas que despierta la incorporación de penas comunitarias en un sistema de sanciones penales, se incidió en cuatro cuestiones. Las características especiales que requiere la implementación de estas penas, tanto por la cooperación del penado, como por el rol más activo que ha de tener la Administración en la supervisión de la ejecución de las penas, generan una serie de tensiones que se discutieron en el cuerpo de la tesis. Las preocupaciones por la administrativización del sistema penal, el uso de un mayor margen de discrecionalidad judicial, la necesidad de contar con el consentimiento del penado y la inquietud que despierta la intromisión estatal en la vida de los penados, inciden en el valor que detentan las penas comunitarias dentro del sistema de penas, en su credibilidad y en su legitimidad como respuesta penal a la comisión de un delito, de manera que exigen ser consideradas en toda discusión en torno a las penas comunitarias, evitando soluciones simplificadas y superficiales.

5. El cumplimiento de las penas comunitarias se definió como **la observancia de los requerimientos específicos de la pena por parte del penado**. Respecto del cumplimiento de las penas comunitarias, es fundamental tener en cuenta los aportes que ha hecho la investigación del cumplimiento *-compliance-*, en el sentido que las normas admiten



siempre una desviación permitida; que el cumplimiento es un constructo que se erige en la interacción (desigual) de los individuos; y que, más que consistir en algo que el penado “hace”, se trata de una etiqueta que se aplica a algunos individuos. Se realza la importancia del cumplimiento de los requerimientos de la pena, en la medida que es un indicador de la efectividad de las mismas y, por tanto, exige considerar los descubrimientos de la investigación del cumplimiento de las penas en la criminología y la clasificación de los mecanismos que permiten gatillar el cumplimiento de los ciudadanos. Estos mecanismos aportan información valiosa para la configuración del sistema penal en general y, en particular, para el desarrollo de los estándares que han de regir un sistema de reacción penal ante el incumplimiento de las penas comunitarias.

El tercer capítulo de esta tesis se dedicó al incumplimiento de las penas comunitarias, que se definió como **la inobservancia injustificada de los requerimientos específicos de la pena por parte del penado**. Además, se entiende como incumplimiento únicamente aquél que puede ser declarado judicialmente.

1. Respecto del marco normativo internacional que se ha ocupado del incumplimiento de las penas comunitarias, se puede destacar, especialmente, el desarrollo de un cuerpo normativo europeo que establece ciertos estándares para un régimen de reacción penal al incumplimiento de las penas comunitarias. Interesan fundamentalmente la Recomendación del año 1992 N°R (92)16 de Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias y en la Recomendación del año 2010 N° (2010)1 de Reglas Europeas sobre Probation.

De este proceso normativo, iniciado en los años 90, se puede destacar que inicialmente, el interés por la promoción de las penas comunitarias y la preocupación específica por la regulación de un régimen de reacción al incumplimiento, estuvo marcado por el interés en reducir las tasas de prisión, y la preocupación por el desarrollo de unos estándares mínimos que debían asumirse para asegurar el respeto de los derechos humanos de los penados a estas formas relativamente nuevas de castigo. A estos intereses se añadió con fuerza en 2010 un nuevo enfoque, que incidió en el modelo de ejecución europeo para adaptarlo a los conocimientos alcanzados por la línea de investigación del movimiento *what works*.

2. Respecto de la prisión como pena de apoyo para las penas comunitarias, es necesario recordar el problema que representa la necesidad de cooperación por parte del

penado para la ejecución de la pena, en el sentido de que la ausencia de dicha cooperación, o más concretamente, la inobservancia injustificada de los requerimientos de la pena comunitaria por parte del penado, podría implicar impunidad en el caso de que no se prevea consecuencia alguna a dicho incumplimiento. Desde un punto de vista utilitarista y teniendo en cuenta los mecanismos de cumplimiento desarrollados en el capítulo segundo, la previsión de dicha consecuencia (pena de apoyo) es necesaria para la motivación del penado al cumplimiento. Esta pena de apoyo puede consistir en una adición moderada en la pena inicialmente impuesta, en la transformación a otra pena que permita ser ejecutada de forma forzosa e incluso en la configuración de un delito de quebrantamiento con su propia pena independiente.

En cuanto a la pena de prisión como pena de apoyo, se sugirió que se trata de una medida que, pese a ser común, resulta muy problemática. Se destaca de entre las tensiones que genera: la desproporcionalidad que, en la mayoría de los casos, implica responder con la ejecución de una pena de prisión al incumplimiento de una pena comunitaria; el hecho de que transforma la pena comunitaria en una excusa para la “entrada diferida” en prisión; y que vacía del potencial “alternativo” de la pena comunitaria, una de sus principales finalidades, renunciando a la evitación del uso de la pena de prisión. Por todas estas razones, el recurso a la pena de prisión como respuesta habría de ser utilizado escasamente.

3. El régimen de reacción penal al incumplimiento de las penas comunitarias está íntimamente ligado a su forma de supervisión. En España, esta supervisión corresponde a los SGPMA, pero participan también el supervisor directo en la entidad en que se realiza el trabajo o donde se participa en el programa formativo y el juez encargado del control de la ejecución de la pena. Estos tres niveles de actores cuentan con diversas herramientas para ejercer su labor en la ejecución de la pena comunitaria e incidir en la decisión final respecto de un incidente, que siempre detentará una autoridad judicial.

Para finalizar, paso a realzar algunos de los aspectos más interesantes del régimen de reacción penal ante el incumplimiento en España, y a retomar y resumir algunas de las reflexiones críticas al mismo, sin perjuicio de que se hicieron en el transcurso del desarrollo de la tesis con referencia a las posiciones doctrinales que las sustentan.

Las penas comunitarias presentan una dificultad especial en su ejecución, puesto que requieren la cooperación del penado para el cumplimiento y no admiten una ejecución forzosa del mismo. El sistema penológico de cada jurisdicción puede hacerse cargo de esta

dificultad mediante diversos mecanismos, entre los que destacan la previsión de ayudas para enfrentar las dificultades que pueda tener el penado para cumplir, la disposición de “premios” o beneficios que motiven el cumplimiento, y la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento como mecanismo disuasorio. Este último parece ser el que ocupa un lugar central en aquellas jurisdicciones con un desarrollo más reciente de las penas comunitarias, como la española.

Respecto del segundo grupo de mecanismos (los “premios), destaca la reciente incorporación del artículo 85 CP que permite el alzamiento, la modificación de condiciones, o su sustitución por otras menos gravosas. Sin embargo, no se permite la remisión anticipada de la pena (o la reducción del periodo de prueba) para casos de cumplimiento exitoso. Tampoco existe una norma similar en el caso de la pena de TBC, cuyo cumplimiento en tiempo y forma, e incluso una actitud proactiva del penado no tiene consecuencia alguna en la ejecución de la pena, de manera que los agentes de supervisión tienen pocas herramientas para motivar el cumplimiento de la pena, más allá de sus habilidades individuales.

En cuanto al proceso de decisión sobre un posible incumplimiento, pese a que tanto criterios como consecuencias del incumplimiento de las distintas penas comunitarias difieren bastante, se pudo construir un modelo básico de decisión sobre la violación de un requerimiento de la pena: a) se informa de un incidente al juez; b) el juez tiene tres grandes opciones de acuerdo a los criterios y al ámbito de discrecionalidad dados por el legislador: puede no hacer nada, puede modificar la pena comunitaria en algún sentido (aumentando condiciones o plazos, por ejemplo), o puede declarar el incumplimiento judicial de la pena y, en este caso, c) proceder a dar lugar a la consecuencia que el ordenamiento prevé.

En España, contamos con un sistema de respuesta judicial al incumplimiento fragmentado y engorroso, que genera situaciones de desigualdad, y que, en parte, es consecuencia de la regulación poco armónica de las penas comunitarias y las alternativas en general. Este sistema se caracteriza por exigir la voluntariedad del incumplimiento para desencadenar las consecuencias previstas y por exigir la declaración judicial del mismo. Cabe destacar también un desarrollo reciente en este ámbito, consistente en la previsión de supuestos de incumplimiento que adelantan la barrera de punibilidad para facilitar la gestión de las penas y penados para la Administración. Así, por ejemplo para la revocación de la suspensión, no se requiere el impago de la responsabilidad civil, sino el ocultamiento

de bienes, como tampoco se requiere que el penado incumpla alguna condición, sino que basta con que se sustraiga del control del SGPMA.

Para la apreciación de una conducta como incumplidora, se establecen criterios para cada tipo de obligación. Pero las consecuencias de la declaración judicial de ese incumplimiento dependerán de la naturaleza de la pena que contiene dicha obligación. Así, la consecuencia a la que dan lugar las infracciones dependerá no de la magnitud de la inobservancia, sino de la naturaleza de la institución en la que existe la pena comunitaria.

Hay dos sistemas principales para responder ante la inobservancia injustificada de los requerimientos de la pena comunitaria por parte del penado. El primero consiste en la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, que conlleva el cumplimiento de la pena de prisión originalmente impuesta. El segundo consiste en la configuración de un delito de quebrantamiento de condena de TBC directo, que está castigado con pena de multa.

Es necesario reiterar a necesidad de que una vez revocada la suspensión, se mitigue el tiempo a cumplir en consideración del tiempo transcurrido sin delinquir (comisión de delito) o cumpliendo condiciones (infracción de obligaciones y deberes). Esta mitigación puede defenderse por razones de merecimiento: es menos reprochable la conducta de quien incumple la pena comunitaria habiendo transcurrido una proporción más grande de la misma o habiendo realizado un esfuerzo en el cumplimiento parcial de una obligación; de proporcionalidad: el beneficio se transforma en carga para quien cumple la pena de prisión inicialmente prevista y además tuvo que soportar la supervisión previa; de prevención especial: por reconocer el esfuerzo realizado; y por igualdad: ante quien ve revocada una suspensión sustitutiva que sí tiene derecho a un descuento.

Por último, de acuerdo a las reglas europeas revisadas, el incumplimiento de la pena no debería dar lugar a la configuración de un nuevo delito (Regla 84 ERCSM, nuevo 67 ERCSM 2016), este aspecto no es respetado por la legislación española puesto que prevé la configuración de un delito de quebrantamiento de condena cuando se incumple un TBC. Dentro de las razones que invitan a evitar esta solución, está el efecto expansivo que puede tener la posibilidad que, luego de un nuevo proceso penal y una nueva imposición de pena, se pueda incumplir la misma, requiriéndose nuevamente la intervención penal.

Además, la configuración de un delito de quebrantamiento de condena como sanción de apoyo resulta insuficiente porque se prevé una pena de multa, que en la escala

de penas es una pena menos severa que la de TBC, y para el resto del TBC que quedó sin cumplir no se prevé norma de conversión alguna que permita la ejecución forzosa del resto de la pena. Lo conveniente en este caso sería establecer una sanción de apoyo que funcione como un sistema único, que integre la equivalencia de lo no cumplido y agregue un pequeño incremento en severidad que sirva para reprochar el incumplimiento.

Pese a los avances que se reconocen tras la reforma operada por la LO 1/2015, se ha criticado por la doctrina la carencia de normativa procesal, suplida a veces por los JVP y los jueces de ejecución. En este sentido, sería necesario incorporar en la valoración judicial del incumplimiento de TBC una audiencia con el penado que sea requisito para declarar su incumplimiento, ya que, en mi opinión, no debiera bastar con la información aportada por los SGPMA y el derecho a recurso posterior, para declarar un incumplimiento.



## Bibliografía

- Aebi, Marcelo, Natalia Delgrande, y Yann Marguet. 2015. «Have community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems?» *Punishment & Society* 17 (5): 575-97. doi:10.1177/1462474515615694.
- Allen, Francis A. 1959. «Criminal justice, legal values and the rehabilitative ideal». *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science* 50 (3). Northwestern University School of Law: 226-32.
- . 2009. «The Decline of the Rehabilitative Ideal». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew Von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 11-15. Hart.
- Anton, Lorena, y Elena Larrauri. 2009. «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas». *Revista Española de Investigación criminológica*, n.º 7: 1-26.
- Aranda, Reyes. 2012. «Problemas que se generan en la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad». En *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, editado por Elena Martínez García y Juan Carlos Vegas Aguilar. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ashworth, Andrew. 2010. *Sentencing and Criminal Justice*. 5.ªed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Austin, James, y Barry Krisberg. 1981. «Wider, Stronger, and Different Nets: the Dialectics of Criminal Justice Reform». *Journal of Research in Crime and Delinquency* 18 (1): 165-96. doi:10.1177/002242788101800110.
- Barquín Sanz, Jesús, y Juan De Dios Luna del Castillo. 2013. «Aplicación práctica de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: Una aproximación estadística». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10: 415-70.
- Beccaria, Cesare. 2014. *De los delitos y de las penas*. Traducido por Juan Antonio de las Casas. 3.ªed. Madrid: Alianza.
- Bentham, Jeremy. 2007. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Dover.
- . 2009. «Punishment and Deterrence». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3.ªed. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- Berdugo, Ignacio. 1982. *Evolución del derecho penal contemporáneo y la unión internacional*. 1.ªed. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.
- Beyens, Kristel. 2016. «The new generation of community penalties in Belgium: More is less...» En *Community Punishment: European perspectives*, editado por Gwen Robinson y Fergus McNeill. Oxon - New York: Routledge.
- Beyens, Kristel, Sonja Snacken, y Dirk Van Zyl Smit. 2013. «Truth in (the Implementation of) Sentencing: Belgium and Elsewhere». En *European Penology?*, editado por Tom Daems, Dirk van Zyl Smit, y Sna. Oxford: Hart.
- Blay, Ester. 2007a. «Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la

- necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos». *InDret*, n.º 4/2007. [http://www.indret.com/pdf/474\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/474_es.pdf).
- . 2007b. *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*. Barcelona: Atelier.
- . 2010. «‘It Could Be Us’: Recent Transformations in the Use of Community Service as a Punishment in Spain». *European Journal of Probation* 2 (1): 62-81. doi:10.1177/206622031000200105.
- . 2011. «El papel de los jueces en la ejecución de las penales comunitarias: una investigación empírica y algunas propuestas para la reflexión». En *Penas comunitarias en Europa*, editado por Elena Larrauri y Ester Blay, 60-82. Madrid: Trotta.
- . 2015. «Changing cultures? Comparing sentencing trends in Spanish courts (1998, 2012)». En *Presentación en EUROCRIM*. Porto.
- Blay, Ester, y Johan Boxstaens. 2017. «Professional practices and skills in first interviews». En *Evidence-Based Skills In Community Justice: International Perspectives On Effective Practice*, editado por Pamela Ugwudike, Peter Raynor, y J Aniston. Bristol: Policy Press.
- Blay, Ester, y Elena Larrauri. 2016. «Community punishments in Spain. A tale of two administrations». En *Community Punishment: European perspectives*, editado por Gwen Robinson y Fergus McNeill. Oxon - New York: Routledge.
- Boone, Miranda. 2016. «Community punishment in the Netherlands: A history of crises and incidents». En *Community Punishment: European perspectives*, editado por Gwen Robinson y Fergus McNeill. Oxon - New York: Routledge.
- Boone, Miranda, Niamh Maguire, y Gill McIvor, eds. 2017. *The Enforcement of Offender Supervision in Europe (en prensa)*. Routledge.
- Bottoms, Anthony. 2001. «Compliance and community penalties». En *Community Penalties. Change and challenges*, editado por Anthony Bottoms, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex, 87-116. Willan publishing.
- . 2015. «Understanding the Mechanisms of Compliance». En *Compliance, Enforcement and Breach. International Conference in Athens*.
- Bottoms, Anthony, y Roger Brownsword. 2009. «Incapacitation and ‘Vivid Danger’». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3.ªed. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- Bottoms, Anthony, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex. 2001. «Introduction: the contemporary scene for community penalties». En *Community Penalties. Change and challenges*, editado por Anthony Bottoms, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex, 1-15. Willan publishing.
- Bottoms, Anthony, Sue Rex, y Gwen Robinson. 2004. «How did we get here?» En *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*, editado por Anthony Bottoms, Sue Rex, y Gwen Robinson. Willan publishing.
- Braithwaite, Valerie, ed. 2003. *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*. Aldershot: Ashgate.
- Brandariz, José Angel. 2002. *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*. Valencia:



- Tirant lo blanch.
- . 2009. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cachón, Manuel, y José Cid. 1997. «La pena de días-multa como alternativa a la prisión». En *Penas alternativas a la prisión*, editado por José Cid y Elena Larrauri.
- Cano, Adoración. 2015. «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)». En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, editado por José L. González Cussac, Ángela Matallín Evangelio, y Elena Górriz Royo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cano Paños, Miguel Ángel Angel. 2011. «La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010». *JOUR. Estudios Penales y Criminológicos XXXI* (31): 87-127.
- Canton, Robert. 2013. «The point of probation: On effectiveness, human rights and the virtues of obliquity». *Criminology and Criminal Justice* 13 (5): 577-93. doi:10.1177/1748895812462596.
- . 2014. «Yes, no, possibly, maybe: Community sanctions, consent and cooperation». *European Journal of Probation* 6 (3): 209-24. doi:10.1177/2066220314549522.
- Capdevila, Manel, Marta Ferrer, Berta Framis, Marta Blanchl, Albert Garrigós, Ares Batlle, Berta López, y Judit Mora. 2016. «La reincidencia en medidas penales alternativas, 2015».
- Cardenal, Sergi. 2015. «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional». En *Comentarios al Código penal*, editado por Mirentxu Corcoy y Santiago Mir. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cattell, Jack, Alan Mackie, Tricia Capes, y Chris Lord. 2014. «Implementation of Community Orders». En *Results from the Offender Management Community Cohort Study*, editado por Ministry of Justice.
- Cicero, Marcus Tullius. 1877. *Cicero's Tusculan Disputations, On the Nature of the Gods, On the Commonwealth*. Traducido por C. D. Yonge. New York: Harper & brothers. <http://www.gutenberg.org/files/14988/14988-h/14988-h.htm>.
- Cid, José. 1997. «El trabajo en beneficio de la comunidad». En *Penas alternativas a la prisión*, editado por José Cid y Elena Larrauri. Barcelona: Bosch.
- . 1999. «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista». En *Política Criminal*, editado por Elena Larrauri, 121-48. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- . 2007. «Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal». *Anuario de la Facultad de Derecho de laa Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11: 151-68.
- . 2008. «El incremento de la población reclusa en España entre 1996- 2006: Diagnóstico y remedios». *Revista Española de Investigación Criminológica* 6: 1-31.
- . 2009. *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Barcelona:

- Bosch.
- . 2010. «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse». *Estudios Penales y Criminológicos* 30: 55-83.
- Cid, José, y Elena Larrauri, eds. 1997. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- . 2001. *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch.
- . 2002. *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*. Editado por José Cid y Elena Larrauri. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . 2005. «Penas alternativas y delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?» En *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, editado por José Cid y Elena Larrauri, 13-44. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . 2009. «Development of crime, social change, mass media, crime policy, sanctioning practice and their impact on prison population rates». *Sistema Penal & Violència* 1 (1): 1-21.
- Clear, Todd R., y Anthony A. Braga. 1995. «Community corrections». En *Crime*, editado por James Q. Wilson y Joan Petersilia. ICS Press.
- Cohen, Stanley. 1979. «The punitive city: Notes on the dispersal of social control». *Contemporary Crises* 3 (4): 339-63. doi:10.1007/BF00729115.
- . 1985. *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*. Cambridge y Malden: Policy Press. doi:10.2307/2071019.
- . 1988. *Visiones de control social*. Traducido por Elena Larrauri Pijoan. Barcelona: PPU.
- Corcoy, Mirentxu. 1992. «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena». *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1): 113-63.
- Corcoy, Mirentxu, y Santiago Mir. 2015. *Comentarios al Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cullen, Francis, y Karen Gilbert. 2009. «Reaffirming Rehabilitation». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3.<sup>a</sup>ed. Hart.
- de la Cuesta, José Luis. 2002. «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995». En *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, editado por Juan Ignacio Echano Basaldúa, 125-52. Bilbao.
- de Sola Dueñas, Angel, Mercedes García Arán, y Hernán Homazábal Malarée. 1986. *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Barcelona: PPU.
- Decoene, Stef, y Kristel Beyens. 2013. «Compliance Dynamics: A Multidisciplinary Review and Exploration of Compliance Processes in the Belgian Context». En *What works in offender compliance*, editado por Pamela Ugwu-dike y Peter Raynor, 208-26. Palgrave Macmillan.
- Dobash, Russell, y Rebecca Dobash. 2005. «Efectividad de los programas de tratamiento

- de maltratadores». En *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, editado por José Cid y Elena Larrauri, 147-90. Tirant lo Blanch.
- Drago, Francesco, Roberto Galbiati, y Pietro Vertova. 2013. «The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment» 117 (2): 257-80.
- Durnescu, Ioan. 2011. «Las penalidades de la probation». En *Penas comunitarias en Europa*, editado por Elena Larrauri y Ester Blay, 98-118. Madrid: Trotta.
- . 2014. «Community sanctions». En *The Routledge handbook of European criminology*. Routledge.
- Edwards, Mark. 2006. «Law and the parameters of acceptable deviance». *The Journal of Criminal Law and Criminology* 97 (1): 49-100.
- Foucault, Michel. 2009. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 2.<sup>a</sup>ed. México: siglo xxi.
- Frase, Richard. 2009. «Limiting Retributivism». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3.<sup>a</sup>ed., 135-42. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- García Arán, Mercedes. 2004. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, Víctor, Mirentxu Corcoy, Sergi Cardenal, Juan Carlos Hortal, Juan Sebastián Vera Sánchez, Mieria Balaguer, y Vicente Valiente. 2016. «La presó per impagament de multa a Catalunya Diagnòstic del problema i propostes de solució». Barcelona.
- Gómez Recio, Fernando. 2012. «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracasos». *Diario La Ley*, n.º 7899: 92-99.
- Gómez-Escolar, Pablo. 2016. «Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad». *Diario La Ley*, n.º 8688: 1-10.
- González Sánchez, Ignacio. 2011. «Aumento de presos y Código Penal. Una explicación insuficiente». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 4: 1-22.
- González Tascón, María. 2013. *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica.
- González Tascón, María, Marcos Loredó Colunga, Luis Roca Agapito, Sonia Villa Sieiro, Manuel Albuérne Gutiérrez, y Amaia Bravo Arteaga. 2015. «Aproximación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a partir de la evidencia empírica. La aplicación judicial de la pena». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 8 (17-08): 1-26.
- González Zorrilla, Carlos. 1997. «Suspensión de la pena y “probation”». GEN. En *Penas alternativas a la prisión*, editado por José Cid y Elena Larrauri, 1:59-89. J. M. Bosch Editor.
- Gracia, Luis, Miguel Ángel Boldova, y M. Carmen Alastuey. 2016. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*. 5.<sup>a</sup>. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grupo de Estudios de Política Criminal. 2012. *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*. Tirant lo Blanch.

- Herzog-Evans, Martine. 2015. «Conclusion: What should the ideal release process look like?» En *Offender release and supervision: The role of Courts and the use of discretion*, editado por Martine Herzog-Evans, 465-502. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- . 2016. «Legal architecture, political posturing, “prisonbation”, and adieu social work». En *Community Punishment: European perspectives*, editado por Gwen Robinson y Fergus McNeill. Oxon - New York: Routledge.
- Hucklesby, Anthea. 2009. «Understanding Offenders’ Compliance: A Case Study of Electronically Monitored Curfew Orders». *Journal of Law and Society* 36 (2): 248-71. doi:10.1111/j.1467-6478.2009.00465.x.
- Juanatey Dorado, C. 2013. *Manual de Derecho Penitenciario*. 2.<sup>a</sup>ed. Madrid: Iustel.
- King, Nancy J. 2012. «Procedure at Sentencing». En *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, editado por Joan Petersilia y Kevin R. Reitz.
- Klinge, Cecelia. 2013. «Rethinking the Use of Community Supervision». *Journal of Criminal Law & Criminology* 103 (4): 1015-69.
- Kristel Beyens, Anders Persson. 2017. «‘To breach or not to breach?’ Discretion in breach decision-making processes (en prensa)». En *The Enforcement of Offender Supervision in Europe*, editado por Miranda Boone, Niamh Maguire, y Gill McIvor. Routledge.
- Lacueva Bertolacci, Rodrigo. 2013. «La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la reforma del Código Penal». *Diario La Ley*, n.º 8066. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=4196508>.
- Larrauri, Elena. 1988. «Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos». *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3 (40): 771-94.
- . 1991. «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español». *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 44: 45-64.
- . 1996. «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal». *Estudios penales y criminológicos*, n.º 19: 203-18.
- . 1998. «Relación entre el índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis». En *La criminología aplicada II*, editado por Cristina Rechea, 79-98. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- . 2010. «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional». *Revista Española de Investigación Criminológica* 1 (8): 1-26. <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano8-2010/a82010art1.pdf>.
- . 2012. «¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena?» *Jueces para la democracia*, n.º 73: 105-9.
- Larrauri, Elena, y Nahia Zorrilla. 2014. «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional». *InDret* 3: 1-29.
- Law, Jonathan. 2015. «Rehabilitation». *A Dictionary of Law*. Oxford University Press. doi:10.1093/acref/9780199664924.013.3312.
- Liddle, Mark. 2001. «Community penalties in the context of contemporary social change».

- En *Community Penalties. Change and challenges*, editado por Anthony Bottoms, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex, 41-66. Routledge.
- Lund Shammas, Victor. 2014. «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway's Prison Island». *Punishment & Society* 16 (1): 104-23. doi:10.1177/1462474513504799.
- Macionis, John J., y Kenneth Plummer. 1999. *Sociología*. Madrid: Prentice Hall.
- Manzanares Samaniego, José Luis. 2012. «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica. De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional». *Diario La Ley*, n.º 7991: 1-20.
- Mapelli, Borja. 1996. «Los substitutivos penales en el proyecto de Código Penal de 1994». *Derecho Penal y Criminología* 1 (18): 137-60.
- . 2005. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4.ª ed. Navarra: Thomson Civitas.
- . 2011. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5.ª ed. Navarra: Aranzadi.
- Mapelli Caffarena, B. 1983. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Maqueda, María Luisa. 1985. *Suspensión condicional de la pena y probation*. BOOK. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985.
- Martínez, Javier. 2012. «La libertad vigilada». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 2.
- Martinson, Robert. 1974. «What Works? Questions and Answers About Prison Reform». *The Public Interest*, n.º 35.
- Maruna, Shadd, y Anna King. 2004. «Public opinion and community penalties». En *Alternatives to prison: Options for an insecure society*, 83-112. doi:10.4324/9781843925743.
- McGuire, James. 2005. «El renacimiento de la rehabilitación en programas de medio abierto». En *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, editado por José Cid y Elena Larrauri, 97-146. Valencia: Tirant lo Blanch.
- McNeill, Fergus. 2012. «Four forms of “offender” rehabilitation: Towards an interdisciplinary perspective». *Legal and Criminological Psychology* 17 (1): 18-36. doi:10.1111/j.2044-8333.2011.02039.x.
- . 2013. «Community Sanctions and European Penology». En *European Penology*, editado por Tom Daems, Sonya Snacken, y D Van Zyl Smit, 1-17. Hart.
- . 2015. «Cuando el Castigo es Rehabilitación». *InDret* 3.
- McNeill, Fergus, y Kristel Beyens. 2013. «Studying Mass Supervision». En *Offender Supervision in Europe*, editado por Fergus McNeill y Kristel Beyens. London: Palgrave Macmillan.
- McNeill, Fergus, y Gwen Robinson. 2016. «Conclusion: Community punishment and the penal state». En *Community Punishment: European perspectives*, editado por Gwen Robinson y Fergus McNeill, 228-40. London and New York: Routledge.
- McNeill, Fergus, y Beth Weaver. 2010. «Changing Lives? Desistance Research and

- Offender Management».
- Mir, Santiago. 2011. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª. Barcelona: Reppertor.
- . 2015. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª. Barcelona: Reppertor.
- Morgenstern, Christine. 2009. «European Initiatives for Harmonisation and Minimum Standards in the Field of Community Sanctions and Measures». *European Journal of Probation* 1 (2): 128-41. doi:10.1177/206622030900100205.
- Morgenstern, Christine, y Elena Larrauri. 2013. «European Norms, Policy and Practice». En *Offender Supervision in Europe*, editado por Fergus McNeill y Kristel Beyens, 125-54. Hampshire-New York: Palgrave Macmillan.
- Morgenstern, Christine, Consuelo Murillo, Luisa Ravagnani, y Alessandro Zaniboni. 2017. «Fairness and Offender's Rights in the Breach Process: European Perspectives (en prensa)». En *The Enforcement of Offender Supervision in Europe*, editado por Miranda Boone, Niamh Maguire, y Gill McIvor. Routledge.
- Morgenstern, Christine, y Gwen Robinson. 2014. «Consent and cooperation of the unfree: Introduction to the special issue». *European journal of probation* 6 (3): 203-8. doi:10.1177/2066220314561147.
- Morris, Norval. 2009. «Incapacitation Within Limits». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3ªed. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- Morris, Norval, y David J. Rothman. 1998. *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in Western society*. New York [etc.] : Oxford University Press.
- Morris, Norval, y Michael Tonry. 1991. *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*. New York - Oxford: Oxford University Press.
- Muñoz Conde, Francisco. 1979. «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito». *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n.º 31: 73-84.
- . 1985a. «La prisión como problema: resocialización versus desocialización». En *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación universitaria de Jerez.
- . 1985b. «Monismo y dualismo». En *Derecho Penal y Control Social*. Fundación universitaria de Jerez.
- Navarro Villanueva, Carmen. 2002a. *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Bosch.
- . 2002b. *Suspensión y modificación de la condena penal*. Barcelona: Bosch.
- Nellis, Mike. 2001. «Community penalties in historical perspective». En *Community Penalties. Change and challenges*, editado por Anthony Bottoms, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex, 16-40. Willan publishing.
- Ortiz de Urbina, Íñigo. 2010. «La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español: ¿Hay motivos para el escándalo?» En *XXXII Jornadas organizadas por la Abogacía General del Estado. El Nuevo Código Penal*, 1-16.
- Petersilia, Joan. 1997. «Probation in the United States». *Crime and Justice* 22: 149. doi:10.1086/449262.

- . 1998a. «Probation in the United States». *Perspectives, American Probation and Parole Association*, n.º Spring.
- . 1998b. «Probation in the United States part II». *Perspectives, American Probation and Parole Association*, n.º Summer: 42-49.
- Phelps, Michelle S. 2013. «The Paradox of Probation: Community Supervision in the Age of Mass Incarceration.» *Law & policy* 35 (1-2): 51-80. doi:10.1111/lapo.12002.
- Picciotto, Sol. 2007. «Constructing Compliance: Game-Playing, Tax Law and the Regulatory State». *Law & policy* 29 (1). doi:10.1111/j.1467-9930.2007.00243.x.
- Posner, Richard. 2009. «Optimal Sanctions: Any Upper Limits?» En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3.ªed. Hart.
- Raynor, Peter. 2001. «Community penalties and social integration: “community” as solution and as problem». En *Community Penalties. Change and challenges*, editado por Anthony Bottoms, Loraine Gelsthorpe, y Sue Rex. Routledge.
- . 2012. «Community penalties, probation and offender management». En *The Oxford Handbook of Criminology*, editado por Mike Maguire, Rod Morgan, y Robert Reiner, 5.ªed. Oxford University Press.
- . 2014. «Consent to probation in England and Wales: How it was abolished, and why it matters Introduction: The end of consent». *European Journal of Probation* 6 (3): 296-307. doi:10.1177/2066220314549530.
- Raynor, Peter, y Gwen Robinson. 2009. *Rehabilitation, Crime and Justice*. Palgrave Macmillan.
- Raynor, Peter, Pamela Ugwudike, y Maurice Vanstone. 2013. «The impact of skills in probation work: A reconviction study». *Criminology and Criminal Justice* 14 (2): 235-49. doi:10.1177/1748895813494869.
- Robinson, Gwen. 2007a. «Rehabilitation». En *Dictionary of Probation and Offender Management*, editado por Rob Canton y David Hancock. Willan publishing.
- . 2007b. «Rehabilitation». *Dictionary of Probation and Offender Management*. Willan publishing.
- . 2013. «What counts? Community sanctions and the construction of compliance». En *What works in offender compliance*, editado por Pamela Ugwudike y Peter Raynor, 26-43. Palgrave Macmillan.
- . 2016. «The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions». *Punishment & Society* 18 (1): 95-112. doi:10.1177/1462474515623105.
- Robinson, Gwen, y Fergus McNeill. 2008. «Exploring the dynamics of compliance with community penalties». *Theoretical Criminology* 12 (4): 431-49. doi:10.1177/1362480608097151.
- Robinson, Gwen, Fergus McNeill, y Shadd Maruna. 2014. «Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones comunitarias». *Política Criminal* 9 (17): 147-81. Trad. Javier Velasquez.
- Robinson, Gwen, y Pamela Ugwudike. 2012. «Investing in “Toughness”: Probation,

- Enforcement and Legitimacy». *Howard Journal of Criminal Justice* 51 (3): 300-316. doi:10.1111/j.1468-2311.2012.00707.x.
- Roca, Luis. 2003. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid: Lex Nova.
- Rodríguez Lainz, José Luis. 2010. «Juzgado de Guardia y ejecución de sentencias de conformidad». *Diario La Ley*, n.º 7465: 1-27.
- Roig, Margarita. 2014. «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor». *Revista Penal*, n.º 33: 170-207.
- Roldán, Horacio. 1988. *Historia de la prisión en España*. Barcelona: PPU.
- Rothman, David J. 2002. *Conscience and convenience: the asylum and its alternatives in progressive America. New lines in criminology*. Revised Ed. New York: Aldine de Gruyter.
- Rowbotham, Judith. 2009. «Turning away from criminal intent: Reflecting on Victorian and Edwardian strategies for promoting desistance amongst petty offenders». *Theoretical Criminology* 13: 105-28. doi:10.1177/1362480608100175.
- Rueda, M<sup>a</sup> Ángeles. 2007. *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- Rumgay, Judith. 2009. «Probation». *The New Oxford Companion to Law*. Oxford University Press.
- Santana, Dulce. 2015a. «Delitos contra la Administración de Justicia». En *Comentarios al Código penal*, editado por Mirentxu Corcoy y Santiago Mir. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . 2015b. «Reglas generales para la aplicación de las penas (arts. 66-79)». En *Comentarios al Código penal*, editado por Mirentxu Corcoy y Santiago Mir. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serrano Pascual, Mariano. 1999. *Las Formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*. Madrid: Trivium.
- Silva Sánchez, Jesús María. 1995. «Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad para inimputables y semiimputables». *Derecho Penal y Criminología*, n.º 18.
- . 1998. «¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4: 247-57.
- . 2011. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3.<sup>a</sup>ed. Montevideo - Buenos Aires: BdeF.
- Snacken, Sonja, Dirk van Zyl Smit, y Kristel Beyens. 2014. «European sentencing practices». En *The Routledge handbook of European criminology*.
- Stevenson (Ed.), Angus. 2015. «Control». *Oxford Dictionary of English*. Oxford University Press.
- Suárez López, José. 2000. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código penal español*. Granada: Comares.
- Subijana, Ignacio. 2005. «El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad». *Revista*



- Tamarit, Josep. 2007. «Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6: 1-40.
- Tébar Vilches, Beatriz. 2006. *El Modelo de Libertad Condicional Español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson. Civitas.
- Tena, M<sup>a</sup> Félix. 2012. «Trabajos en beneficio de la comunidad en delitos de violencia de género». En *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, editado por Elena Martínez García y Juan Carlos Vegas Aguilar. Tirant lo Blanch.
- Torres Rosell, Núria. 2006. *La Pena de trabajos en beneficio de la comunidad reformas legales y problemas de aplicación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trotter, Chris. 2015. *Working With Involuntary Clients*. 3.<sup>a</sup>ed. Routledge.  
<http://www.allenandunwin.com/default.aspx?page=94&book=9781741148299>.
- Ugwudike, Pamela. 2015. *An Introduction to Critical Criminology*. Policy Press.
- Ugwudike, Pamela, y Peter Raynor. 2013. *What Works in Offender Compliance: International Perspectives and Evidence-Based Practice*. Hampshire-New York: Palgrave Macmillan.
- van Zyl Smit, Dirk, Sonja Snacken, y David Hayes. 2015. «“One cannot legislate kindness”: Ambiguities in European legal instruments on non-custodial sanctions». *Punishment & Society* 17: 3-26. doi:10.1177/1462474514560186.
- Vanstone, Maurice. 2013. «Compulsory Persuasion in Probation History». En *What Works in Offender Compliance: International Perspectives and Evidence-Based Practice*, editado por Pamela Ugwudike y Peter Raynor. Hampshire-New York: Palgrave Macmillan.
- Vass, Antony A. 1990. *Alternatives to prison. Punishment, custody and the community*. London: Sage.
- Vegas Aguilar, Juan Carlos. 2011. «Modificaciones en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al amparo del Real Decreto 840/2011: un paso más hacia la administrativización de la ejecución de esta pena». *Diario La Ley*, n.º 7743: 1-9.
- Vera Sánchez, Juan Sebastián. 2015. «De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia (arts. 550-556)». En *Comentarios al Código penal*, editado por Mirentxu Corcoy y Santiago Mir. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidales Rodríguez, Caty. 2011. «Pena de trabajos en beneficio de la comunidad y seguridad vial: Cuestiones y perspectivas». *Securitas Vialis*, n.º 8: 33-48.
- Villacampa, Carolina, y Núria Torres Rosell. 2012. «El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión». *Revista de Derecho y Proceso*, n.º 27: 227-75.
- von Hirsch, Andrew. 1993. *Censure and Sanctions. Mind: A Quarterly Review of Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- . 2009. «Seriousness, Severity and the Living Standard». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y

- Julian Roberts, 3.<sup>a</sup>ed., 143-47. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- von Hirsch, Andrew, Andrew Ashworth, y Julian Roberts. 2009. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts. 3.<sup>a</sup>ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- von Hirsch, Andrew, Anthony Bottoms, Elizabeth Burney, y P-O. Wikström. 1999. *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An Analysis of Recent Research*. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- von Hirsch, Andrew, y Nils Jareborg. 1991. «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis». *Oxford Journal of Legal Studies* 11 (1): 1-38.
- von Hirsch, Andrew, y Lila Kazemian. 2009. «Predictive Sentencing and Selective Incapacitation». En *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, editado por Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth, y Julian Roberts, 3.<sup>a</sup>ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart.
- von Hirsch, Andrew, Martin Wasik, y Judith Greene. 1989. «Punishments in the community and the principles of desert». *Rutgers Law Journal* 20 (3): 595-618.
- Weaver, Beth, Cyrus Tata, Mary Munro, y Monica Barry. 2012. «The failure of recall to prison: early release, front-door and back-door sentencing and the revolving prison door in Scotland». *European Journal of Probation* 4: 85-98.
- Weaver, R. 2014. «Compliance Regimes and Barriers to Behavioral Change». *Governance* 27 (2): 243-65. doi:10.1111/gove.12032.
- Worrall, Anne, y Clare Hoy. 2005. *Punishment in the Community. Managing offenders, making choices*. 2nd ed. Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- Zeraibi, Soraya. 2015. «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad». En *Ponencia*, 1-26.
- Zimring, Franklin, y Gordon Hawkins. 1995. *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*. New York: Oxford University Press.

## **Leyes y normativa**

Ley de 17 de marzo de 1908 de Condena Condicional.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana.

Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Decret 194/2013, de 9 de juliol, de reestructuració del Departament de Justícia (DOGC núm. 6415).

FGE Circular 2/2004 sobre aplicación de la reforma del CP operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre

Circular 1/2005 Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Instrucción 9/2011, de 1 de julio, sobre procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el nuevo manual de ejecución

Crime and Courts Act 2013 (UK)

Criminal Justice Act 1991 (UK)

Probation of Offenders Act 1907 (UK)

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad”, en resolución 45/110, de 14 de diciembre (Reglas de Tokio)

Recomendación N°R (92)16 de Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias

Recomendación CM/Rec(2010)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la probation (Adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero 2010, en la reunión 1075 de Delegados de los Ministros)

Estatuto del Consejo de Europa, Firmado en Londres el 5 de mayo de 1949.

## Jurisprudencia

Tribunal	Sala/Sección	Fecha	Identificador	Ponente
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	22 abril	598/1999	Joaquín Delgado García
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	27 diciembre	1567/2004	Jose Ramon Soriano Soriano
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	14 marzo	395/2005	Jose Antonio Martín Pallín
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	12 diciembre	959/2008	Enrique Bacigalupo Zapater
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	2 junio	613/2009	Francisco Monverde Ferrer
Tribunal Supremo	Sala de conflictos jurisdiccionales	7 marzo	2026/2012	Maria Teresa Fernández de la Vega Sanz
Tribunal Supremo	Sala de conflictos jurisdiccionales	7 marzo	2045/2012	Carlos Lesmes Serrano
Tribunal Supremo	Sala de conflictos jurisdiccionales	7 marzo	2040/2012	Carlos Lesmes Serrano
Tribunal Supremo	Sala de conflictos jurisdiccionales	7 marzo	2037/2012	Ángel Aguallo Avilés
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	17 julio	623/2012	Julian Artemio Sanchez Melgar
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	29 noviembre	929/2013	Antonio del Moral García
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	11 noviembre	768/2014	Antonio del Moral García
Tribunal Supremo	Sala de lo penal	2 noviembre	659/2015	Luciano Varela Castro
Audiencia Provincial de Sevilla	Sección 7ª	8 julio	218/2003	Francisco Javier González Fernández
Audiencia Provincial de Madrid	Sección 17ª	31 octubre	884/2006	Rosa María Brobia Varona
Audiencia Provincial de Málaga	Sección 2ª	12 marzo	159/2007	María Jesús Alarcon Barcos
Audiencia Provincial de Alicante	Sección 1ª	4 febrero	68/2009	Antonio Gil Martínez
Audiencia Provincial de Almería	Sección 3ª	23 septiembre	143/2009	Jesús Martínez Abad
Audiencia Provincial de Barcelona	Sección 8ª	17 noviembre	498/2009	Jesús María Barrientos Pacho
Audiencia Provincial de Valladolid	Sección 2ª	1 septiembre	354/2010	Feliciano Trebolle Fernández

Audiencia Provincial de Barcelona	Sección 5ª	14 octubre	821/2011	Carlos González Zorrilla
Audiencia Provincial de Murcia	Sección 2ª	22 mayo	230/2012	María Poza Cisneros
Audiencia Provincial de Salamanca	Sección 1ª	7 marzo	75/2012	José Ramón González Clavijo
Audiencia Provincial de Granada	Sección 2ª	2 noviembre	712/2012	María Aurora González Niño
Audiencia Provincial de Barcelona	Sección 7ª	14 junio	412/2012	Ana Rodríguez Santamaría
Audiencia Provincial de Barcelona	Sección 5ª	18 de marzo	225/2014	Elena Guindulain Oliveras
Audiencia Provincial de Vizcaya	Sección 1ª	9 julio	221/2014	Cristina de Vicente Casillas
Audiencia Provincial de Cantabria	Sección 3ª	30 diciembre	496/2014	Agustín Alonso Roca
Audiencia Provincial de Barcelona	Sección 7ª	9 marzo	205/2015	Ana Rodriguez Santamaria
Audiencia Provincial de Cantabria	Sección 3ª	9 octubre	418/2015	Paz Mercedes Aldecoa Alvarez-Santullano
Audiencia Provincial de A Coruña	Sección 1ª	11 diciembre	663/2015	Lucía Lamazares López
Audiencia Provincial de A Coruña	Sección 1ª	6 abril	204/2016	María Teresa Cortizas González-Criado
Audiencia Provincial de Cantabria	Sección 3ª	25 febrero	79/2016	María Gallardo Monje
Audiencia Provincial de Pontevedra	Sección 5ª (sede Vigo)	15 junio	322/2016	Jose Carlos Montero Gamarra