

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 5, pp. 786-864.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5.pdf]

Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana.

Comparative and critical analysis of alternative sanctions to prison. The Spanish, English and German experiences.

Sebastián Salinero Echeverría*

Abogado, Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho de la Universidad de Lérida, España. Profesor de Derecho Penal y Criminología de la facultad de Derecho de la Universidad de Talca.

ssalinero@utalca.cl

Ana María Morales Peillard

Abogada, Magíster en Política Criminal, London School of Economics and Political Science. Doctora © en Criminología de la Universidad de Leicester, Inglaterra.

Directora del área Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana.

Profesora de Criminología y política criminal de la facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

amorales@pazciudadana.cl

Álvaro Castro Morales

Abogado, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal (LLM), Universidad Diego Portales.

Doctor en Derecho de la Universidad Ernst-Mortitz-Arndt de Greifswald, Alemania.

Profesor investigador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

acastro@derecho.uchile.cl

Resumen

El trabajo se avoca al estudio comparado de las sanciones alternativas a la prisión en España, Inglaterra y Alemania. Para esos efectos, se efectúa una exposición acerca de su evolución histórica, en la cual se abordan los principales hitos político-criminales y legales que inspiraron las modificaciones, para luego informar acerca de su regulación actual. Particularmente se ocupa de instituciones tales como la suspensión de la sentencia o de la ejecución de la pena, los sustitutivos penales y las denominadas sentencias en la comunidad, analizando en cada legislación los instrumentos legales elegidos para la incorporación de las alternativas. Junto con lo anterior, se aborda la naturaleza jurídica que le asigna en la doctrina y/o la jurisprudencia, y se comparten las principales estadísticas

* El texto es parte del proyecto Fondecyt N° 1160970, cuyo investigador responsable es el Dr. Sebastián Salinero Echeverría, y cuyos co-investigadores son Ana María Morales Peillard y Jorge Fábrega Lacoa, titulado “Evaluación de las penas sustitutivas y el camino hacia una política criminal moderna de alternativas a la cárcel”.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

acerca de su funcionamiento en relación al tipo de alternativas utilizadas, sus efectos en las tasas de encarcelamiento y de reincidencia. Asimismo, se incluye un capítulo de discusión, que busca reflexionar acerca de las virtudes y problemáticas acerca de las alternativas en las legislaciones analizadas, argumentando que el uso de las sanciones alternativas como verdaderas alternativas al encarcelamiento, no sólo depende de su regulación normativa adecuada, que aborde las justificaciones que las inspiran, cómo confluyen las distintas alternativas y el lugar que ocupan en el marco sancionatorio; sino que también dependen de la cultura jurídica en la cual se asientan y el que sean percibidas por los sentenciadores y la comunidad general como sanciones “creíbles”, dotadas de un contenido punitivo adecuado, que les permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en marco de las consecuencias jurídicas.

Palabras clave: Alternativas a la prisión, penas no privativas de la libertad, sentencias comunitarias, análisis comparado.

Abstract

This work is based on a comparative study of alternative sanctions to prison in Spain, England and Germany. For these purposes, an exposition is made about their historical evolution which addresses the main criminal justice policy and legal milestones that have inspired reforms, to then inform about their current regulation. Particularly it deals with institutions such as suspension (of the sentence or of the execution of the sanction), penal substitutes and the so-called community sentences, by analyzing in each legislation the legal instruments chosen for the incorporation of these alternatives. Along with the above, it addresses the legal nature assigned to them in doctrine and/or jurisprudence and shares the main statistics about their functioning in relation to the type of alternatives used, their effects on imprisonment rates and recidivism. It also includes a discussion section, which seeks to reflect on the virtues and flaws of alternatives in the analyzed legislations, arguing that the use of alternative sanctions as real alternatives to imprisonment depends not only on a proper regulation that addresses the justifications that inspire them, how the different alternatives converge and their place in the sanctioning framework; but they also depend on the legal culture in which they are based and that are perceived by the sentencers and the community as “credible” sanctions, endowed with an adequate punitive content, which allow them to legitimately dispute prison’s place within the framework of legal consequences.

Key words: Alternatives to prison, non-custodial sanctions, community sentences, comparative study.

Introducción

La mayoría de las legislaciones europeas continentales o del *common law* –como las que serán objeto de estudio–, consideran en su legislación la regulación de “penas alternativas”, que cuentan con diferentes raíces históricas¹.

El término “penas alternativas”, puede ser utilizado para concebir cualquier sanción que no implique la privación de la libertad. Si bien algunos autores utilizan el término genérico de “alternativas a la prisión”², el concepto es bastante amplio, en la medida que no sólo cubre el espectro sancionatorio, si no que considera otras alternativas a la cárcel que puedan imponerse durante el proceso penal, como la prisión preventiva o algunos mecanismos de diversión.

Otros autores prefieren el término “penas no privativas de libertad”³, concepto que supera la crítica señalada anteriormente, aunque padece el mismo problema que el concepto de “penas alternativas” a la cárcel, ya que ambas denominaciones asumen que estas sanciones subrogan u operan como sustitutos de castigos reales⁴, y por lo tanto son concebidos como dependientes o incluso parásitos de otra sanción, en este caso, de una pena de cárcel.

Teniendo en cuenta la citada prevención, algunos autores prefieren otros términos como el de “penas o sanciones comunitarias”⁵–utilizadas también por algunas legislaciones como la inglesa–, expresión que pone énfasis en el contexto en el cual se despliegan las sanciones, y que, como señalan Morris y Tonry, son denominaciones totalmente “aceptables”, no obstante tienden a ocultar que muchas sentencias basadas en la comunidad limitan coercitivamente aspectos importantes de la autonomía e imponen restricciones considerables a la libertad de movimiento del infractor, aproximándose al cumplimiento de una pena de cárcel⁶.

Como puede observarse, es difícil encontrar una nomenclatura pacífica para estas sanciones. Sin embargo, el presente trabajo utiliza en términos generales los conceptos de “penas o sanciones alternativas” o “penas o sanciones no privativas de la libertad”, aun considerando las falencias citadas, teniendo en cuenta que constituye el término más

¹ VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja; HAYES, David. “One cannot legislate kindness: Ambiguities in European legal instruments on non-custodial sanctions”, *Punishment & Society* Vol. 17, Nº 1 (2015), pp. 3–26, p. 3.

² BOTTOMS, Anthony; REX, Susan; ROBINSON, Gwen. *Alternatives to prison: Options for an insecure society*. Cullompton: Willan, 2004, p.1.

³ CID MOLINÉ, José. “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”. *Revista de derecho y proceso penal* Nº 12 (2004), pp. 215-234, p. 215.

⁴ MORRIS, Norval; TONRY, Michael. *Between Prison and Probation. Intermediate Punishments in a rational Sentencing System*, Nueva York: Oxford University Press, 1990.

⁵ RAYNOR, Peter. “Community penalties, probation, and offender management”, En: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Eds.), *The Oxford handbook of Criminology*, 5ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 928; BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan, *Community penalties. Change and Challenges*. Oxon: Willan, 2001, p.1; REX, Susan. *Reforming Community Penalties*, Cullompton: Willan, 2005, p. 1.

⁶ MORRIS/TONRY. *Between Prison and Probation*. cit. nota nº 4, p. 4.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

recurrente en la literatura continental hispano-parlante para referirse precisamente aquellas sanciones distintas al encarcelamiento.

Por otro lado, en relación a los orígenes de las penas alternativas, si bien, cada país, como se verá, tiene experiencias propias e influjos diversos, es posible encontrar en la literatura criminológica de manera transversal la influencia del Programa de Marburgo de 1882 de Von Liszt, quien abogó por la eliminación de las penas privativas de corta duración y por la necesidad de potencializar alternativas, mientras que Beccaria argumentó en favor del carácter humanitario y utilitario de las consecuencias jurídico penales, a favor de la idea que la pena que se imponga sean lo menos gravosa, de manera de respetar los derechos del recluso, promover su reinserción social y evitar la reincidencia futura, entendiendo que si las penas no son eficaces y útiles, pierden su sentido⁷. Por otra parte, también la literatura atribuye una importancia fundamental al nacimiento de la práctica de la *probation*, surgida en Boston, Estados Unidos, a partir del trabajo de supervisión desarrollado por Augustus y su primera regulación en el estado de Massachusetts en 1878⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, también se pueden reconocer prácticas que datan del Derecho Romano e incluso La ley del Talión, que permitían la composición entre el ofensor y ofendido, e implicaban un pago o una indemnización con el objeto de oponerse a una solución violenta, la que operaba como un verdadero sustituto con el objeto de evitar la aplicación de la citada ley.⁹ Sin embargo, su actual concepción responde claramente a la influencia del positivismo criminológico, que planteó una alternativa al Derecho penal, centrada en los sustitutivos penales, destinados a la prevención social de la criminalidad, esto es, crear los presupuestos sociales para la evitación del delito, y que serían sustitutorios del propio derecho punitivo, por sus efectos benefactores¹⁰.

1. Las sanciones alternativas en España

1.1. Evolución histórica

A modo de introducción debemos señalar que en los próximos epígrafes narraremos la evolución histórica de las penas alternativas a la privación de libertad. Nuestro foco estará principalmente en la suspensión de la pena, la que tiene el origen más antiguo y una evolución rica en cambios legales. El resto de alternativas, a diferencia de la multa, principian con el código actualmente vigente, o sea, el de 1995.

⁷ En este sentido BECCARÍA habla en su obra de la infalibilidad de las penas, y VON LISZT consideraba inútiles e ineficaces las penas cortas. Este último señaló que la pena corta privativa de libertad era perjudicial y no intimidaba ni corregía. VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche vorträge und Aufsätze*. T.I. Berlin: De Gruyter 1970, T I, p. 513.

⁸ ABADINSKY, Howard. *Probation and parole: Theory and practice*. New Jersey: Prentice-Hall, 1997, p. 24; PETERSILIA, Joan. “Probation in the United States”, *Crime and Justice*, Vol. 22, N° 46 (1997), pp. 149-200, pp. 155 y ss.

⁹ MIQUEL, Joan. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1995, p. 55.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998, pp. 453 y ss.

1.1.1. La Ley de Condena Condicional de 1908

La primera regulación en la materia, la cual recoge la filosofía de Marburgo, se encuentra en la incorporación a partir de 1908 de la suspensión de la ejecución de la pena en España, denominada en su origen como “Ley de Condena Condicional”. Este término se utilizó por vez primera en Francia (*sursis avec mise à l'épreuve* o suspensión con obligaciones), a la que después seguirían países como Alemania, Italia y España¹¹. La suspensión históricamente concebida, supone la imposición al infractor de una pena de prisión por el delito cometido, pena que no es ejecutada, bajo la condición que la persona no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión¹². Su origen es uno de los resultados más importantes obtenido tras el fortalecimiento de los ideales humanistas, que exigían que la pena presentase fines más racionales, humanos y también de prevención especial¹³. También se esgrimía que su génesis se justificaba en la necesidad de corregir los malos efectos de las penas cortas de prisión¹⁴.

Existían dos modalidades contempladas en dicha legislación de condena condicional (a) la condena condicional o suspensión condicional de la pena, en la que ésta, si se cumplía favorablemente, no se computaría a efectos de antecedentes penales; (b) la suspensión condicional de la ejecución de la pena que, tanto si se cumplían los requisitos adecuados como si no, generaba de todas maneras antecedentes penales¹⁵.

En términos generales, se podría argumentar que esta institución respondía a dos objetivos. Por una parte, el Tribunal reconocía el delito y condenaba por él y, por otra parte, cuando advertía que era más beneficioso para el infractor y para la sociedad que la sentencia fuese dejada sin cumplimiento, así lo disponía, y el imputado recobraba su libertad¹⁶. Particular interés ofrecía la exposición de motivos de esa ley. Señalaba que:

“la remisión condicional, introducida a calidad de ensayo en la legislación patria española, representa la manifestación de un perdón que obra en tanto en cuanto la condición suspensiva subsista, es ofrecida al que cayó ocasionalmente y al que cedió a movimientos pasionales, y produce benéficos efectos porque el delincuente, a quien se abre un plazo de prueba, no cometerá nuevo delito al estar sometido al temor de la pena aplazada”¹⁷.

De conformidad con lo que disponía el artículo 93, los requisitos para la concesión de la condena condicional, eran que el infractor no hubiere sido condenado anteriormente (“el

¹¹ MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Colección Temas penales. Serie A, Nº2, Ministerio de Justicia- Secretaría Técnica, pp. 36 y ss.

¹² CID MOLINÉ, José. *La elección del castigo*. Barcelona: Bosch, 2009, p. 23.

¹³ ARAÚJO NETO, Félix. *La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión*, Granada: Universidad de Granada-Tesis doctoral, 2009, p. 197.

¹⁴ CAMARASA Y ECHARTE, Federico. *La condena condicional (Apuntes para su estudio)*. León: Imp. De Maximino, 1908, p. 84.

¹⁵ CID, *La elección del castigo*. cit. nota nº 12, p. 23.

¹⁶ CAMARASA, *La condena condicional.*, cit. nota nº 14, p. 3.

¹⁷ Pese a que dicha exposición fue puesta en tela de juicio por Cuello Calón, quien aduce motivos de costos para el sistema penitenciario. Véase CUELLO CALON, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958, t. I, p. 640.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

reo delinquiera por primera vez”); que no haya sido condenado en rebeldía, y finalmente como tercer y último requisito se prescribía un límite temporal de un año a la pena impuesta, la cual debía ser principal correspondiente a la condena de un delito o falta, o como subsidiaria en caso de multa. Además se preveía un plazo superior de dos años cuando así lo declaraba el tribunal por resolución motivada, si en el hecho concurría una atenuante muy calificada, apreciada como tal en la respectiva sentencia. Todos estos requisitos debían concurrir copulativamente, de manera que la falta de uno decantaba en la no concesión de esta condena¹⁸. La regulación, tampoco contemplaba limitación en consideración de naturaleza o gravedad del delito.

1.1.2. El Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928¹⁹, promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera reguló la suspensión bajo la también conocida nomenclatura de condena condicional en los artículos 186 a 190. Esta normativa, en general y pese a su corta duración era más autoritaria e incorporaba instituciones penales modernas como las medidas de seguridad²⁰.

Los tribunales por decisión motivada, podían, por sí, o por el solo ministerio de la ley, otorgar el beneficio de la condena condicional. El plazo de suspensión era de tres a seis años el cual dependía de las condiciones del infractor, las circunstancias del hecho y la extensión de la pena que se impusiere. Los requisitos para su procedencia eran prácticamente los mismos que la ley que gestó esta institución, esto es, que el sujeto haya delinquirido por vez primera y no haya sido declarado en rebeldía. La diferencia se planteaba en relación al tercer requisito, dado que exigía que la condena a prisión o reclusión no debía ser superior a dos años, junto con regular la facultad de juez de condicionar la concesión de la suspensión en atención a las circunstancias personales del hechor o a las consideraciones objetivas del delito²¹. En efecto, el Tribunal podía o no aplicar la condena condicional atendiendo a circunstancias tales como la edad y antecedentes penales del infractor, como atendiendo a la naturaleza jurídica del hecho. Sumado a esta discrecionalidad dirigida, se adicionaba un requisito un tanto abierto, que permitía al tribunal la posibilidad de observar circunstancias de todas clases que concurrieran en su ejecución.

Sin duda una de las novedades de este cuerpo punitivo en relación a la concesión de la condena condicional es el hecho que el tribunal podía proceder por el solo ministerio de ley cuando además de reunirse los requisitos antes descritos, y concurrían alguna de las siguientes circunstancias: (a) que el infractor no fuera mayor de 18 años, y/o ; (b) que en la sentencia apareciera el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad con arreglo a la ley.

¹⁸ BERNAL VALLS, Jesús. “Consideraciones sobre la condena condicional”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 24, N° 1 (1971), pp. 103-128, pp. 107 y ss.

¹⁹ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf> [visitado el 20.03.17].

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ªEd. Barcelona: Reppertor, 2016, p. 58.

²¹ La exposición de motivos reconoce la modificación del plazo de las penas privativas de libertad que podían suspenderse de dos años, en vez de uno, por tratarse de normas penitenciarias humanitarias y que ningún país ha llegado aún. Véase p. 1451, Gaceta de Madrid.-Num.257, 13 Septiembre 1928.

En todo caso, para la aplicación del beneficio de la condena condicional en el caso de los que hubieren cometido delitos que no pudieran perseguirse previa instancia de particulares, necesariamente, antes de su otorgamiento, debían ser oídos el o los ofendidos por el delito, debiendo el juez decretar la condena condicional cuando aquellos lo solicitaran expresamente o se manifestaban a favor de la concesión del beneficio. Se trataba de una especie de prerrogativa de las víctimas, que transformaba sus deseos en un deber para el juzgador, y operaba por el solo ministerio de la ley. Esta facultad, rememora de alguna manera lo que se denominaba “edad dorada de las víctimas”, en clara alusión a una serie de prerrogativas que se les reconocía a las víctimas antaño, antes de que fuesen despojadas del conflicto penal²².

Otra importancia, no menor, que planteaba la condena condicional, era que ella no era extensiva para la suspensión del derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, impuesto como consecuencia o efecto de la pena, ni alcanzaba a las responsabilidades civiles directas ni a las subsidiarias. Esto implicaba que sólo se suspendía la pena de prisión y no otra.

1.1.3. El Código Penal de 1932

Este Código, que constituía prácticamente una copia del ordenamiento de 1870, consideraba en su filosofía las siguientes líneas: (a) Cumplir con las condiciones impuesta en la nueva Constitución española; (b) Humanizar el Derecho penal; y (c) La supresión de la pena de muerte y de los castigos perpetuos. En el camino de la humanización, destacaba la suspensión de la pena²³.

Con el advenimiento de Código de 1932, la suspensión pasa a denominarse formalmente “Remisión condicional de la pena”, regulándose aquella en los artículos 95 a 99, inclusive.

En una lógica similar a la de su predecesor legal (Código Penal de 1928), esta nueva institucionalidad permitía al juez por sí o por el solo ministerio de la ley aplicar la condena condicional, la que dejaba en suspenso la ejecución de la pena. El plazo de suspensión fue modificado, se reduce a un plazo entre 2 y 5 años en consideración a las circunstancias del hecho y la aplicación de la pena impuesta. En relación a los requisitos, eran los mismos que sus antecesora, o sea, que se debía tratar del primer delito y que el sujeto no debía haber sido declarado rebelde. Nuevamente se modificó el tercer requisito, volviendo al estado de su génesis, por lo que se debía tratar de una pena no superior a un año de privación de libertad. Sobre el punto, la exposición de motivos del Código, abandona el “exagerado criterio” de considerar la suspensión de una pena de dos años de prisión. En primer lugar, aducía que la condena condicional no era un perdón, sino el medio de substituir de las penas cortas, que denunciaron su fracaso desde hace larga época; reparaba que una pena de dos años no es corta, y, por ello, las leyes extranjeras sobre el asunto, a esa época, no comprendían, salvo rarísimas excepciones, ese plazo anual. Consideraba, además, que al

²² Expresión acuñada por Schaffer para referirse al poder protagónico de la víctima del delito. SCHAFFER, Stephen. *Victimology. The victim and his criminal*. Virginia: Resto Publishing, 1977, p. 6.

²³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 1983, p. 504.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

rebajarse las penas del Código de 1870, serían mucho más frecuentes que antaño las penas de un bienio, de manera que si se ampliaba a éstas la condena condicional, equivaldría a tener en libertad un porcentaje exorbitante de condenados. Y, por último, recordaba que al suprimirse el régimen de exclusiones, el uso de la condena condicional sería mucho más extenso²⁴.

Retornando a la remisión condicional que contemplaba este cuerpo legal, el juzgador podía supeditar la remisión condicional a circunstancias personales del hechor o a consideraciones objetivas del delito, tal cual se planteaba en la institucionalidad de la condena condicional pretérita.

A su vez, también procedía la remisión condicional, por el sólo ministerio de la ley, en dos situaciones. La primera, cuando en la sentencia se apreciaba el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad. Y, la segunda, cuando se trataba de delitos que se perseguían previa instancia de particulares, y el ofendido así lo solicitaba expresamente al tribunal. Nuevamente se les reconocía estas prerrogativas a las víctimas, de que sus deseos fuesen vinculantes para el juez a la hora de disponer la remisión condicional.

Tampoco la remisión condicional era extensiva a la suspensión del derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, si éstas figuraban como accesorias, ni alcanzaban a las responsabilidades civiles.

1.1.4. El Código Penal de 1944, refundido en 1973

La sustitución de la República por el régimen de Franco a consecuencia de la Guerra Civil dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones. Se reestableció la pena de muerte, se contemplaron penas más severas, y se dotó de mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales²⁵.

El Código Penal de 1944, refundido en 1973²⁶, recogió la remisión condicional de la pena y reconoció, por vez primera, la redención de las penas de reclusión, presidio y prisión por el trabajo del condenado²⁷. Sin perjuicio de esto, la reforma evidenció una vez más el temor de dejar en manos del órgano judicial facultades discrecionales más amplias, sumado al

²⁴ Véase exposición de motivos Gaceta de Madrid, Núm. 310, de 5 Noviembre 1932, p. 824.

²⁵ TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia*, cit. nota n° 23, p. 505.

²⁶ Cabe señalar que el texto refundido de 1973, no es un verdadero Código penal, sino que vino a refundir los textos anteriores, que habían experimentado un gran listado de reformas.

²⁷ Artículo 100. Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. 2.º Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena.

recelo de algunos autores de lastimar el principio de la necesaria retribución penal o bien el que se estimen debilitadas las también apreciadas exigencias de prevención general²⁸.

Para la remisión, se les reconoció a los tribunales la facultad de suspender, por sí o por el solo ministerio de la ley, la ejecución de la pena. Se replicó lo que prescribía el Código de 1932, en orden a establecer que el plazo de suspensión era desde los 2 a los 5 años, en consideración a las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta. También se afirmó el criterio de ese mismo cuerpo legal, que establecía los requisitos indispensables que debían concurrir copulativamente para la suspensión de la ejecución de la pena, esto es, se debía tratar del primer delito, que el sujeto no debía haber sido declarado rebelde y debía tratarse de una pena no superior a un año de privación de libertad, impuesta como pena principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa. Frente a estos requisitos, los Tribunales podían aplicar o no la condena condicional, según lo estimasen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del infractor, la naturaleza jurídica del hecho punible y las circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

Al igual como se estableció en la ley de condena condicional de 1908, el Tribunal sentenciador podía ampliar el beneficio de la condena condicional a los condenados a penas de hasta dos años de duración cuando así lo estimaban procedente, si en el hecho delictivo concurría alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia.

De la misma manera, la remisión condicional era obligatoria y operaba por el sólo ministerio de la ley cuando en la sentencia se apreciaba la concurrencia de requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad, salvo en los casos de delitos que se persiguían a instancia del agraviado, en los cuales, para su aplicación se requería de una solicitud expresa de la parte ofendida.

Tampoco la remisión condicional era extensiva a la suspensión del derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, si éstas figuraban como accesorias, ni alcanzaba a las responsabilidades civiles.

Previo a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se modificó la suspensión por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, la que buscó ampliar el campo de acción de la remisión. Su importancia radicó en que equiparó al rehabilitado como delincuente primario y terminó con el requisito que excluía de este instituto a los declarados rebeldes²⁹.

Para terminar, la multa a partir del Código Penal de 1944 pasa a ser una consecuencia penal utilizada con mayor frecuencia, pero no como sustitutivo de la prisión, sino para matizar la gravedad de determinadas penas privativas de libertad, junto a las cuales solía señalarse³⁰.

²⁸ MAQUEDA, *Suspensión condicional de la pena y probation.*, cit. nota n° 11, p. 118.

²⁹ OSSET BELTRÁN, Natividad. *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables.* España: Ministerio del Interior-Secretaría Técnica, 2014, p. 49.

³⁰ MIR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 20, p.750.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

1.1.5. El Código Penal de 1995

La gestación de esta normativa obedeció a una necesaria actualización de una legislación de la primera mitad del siglo XIX. Por ello, como expone su exposición de motivos, su reforma no se pudo discutir.

Este nuevo cuerpo legal, conocido como el Código penal de la democracia, como indicaba su exposición de motivos reformaba totalmente el sistema de penas, de modo que permitía alcanzar los objetivos de resocialización que la Constitución española, a la sazón, le asigna a las mismas³¹. En concreto, esta nueva institucionalidad amplía la gama de alternativas a las penas privativas de libertad. El sistema que se propuso simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos³². En particular, se incorporaron tres reformas: (a) Se amplió el plazo de las penas susceptibles de suspenderse, de uno a dos años; (b) Se admitió la sustitución de una pena de hasta dos años por multa o trabajos en beneficio de la comunidad; y (c) Fueron abolidas las pena de prisión inferiores a seis meses, siendo obligatoria su sustitución por arresto de fin de semana³³.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se introdujo el art. 80.4 relativo a la suspensión por enfermedad, supuesto hasta ese momento no recogido en los textos penales; y se incorporó, por vez primera, la institucionalidad de la sustitución de las penas privativas de libertad en los arts. 88 y 89.

En lo relativo a la suspensión, se regulaba la facultad de los tribunales de dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto. Tal pronóstico, que no es otra cosa que una suposición o prognosis que hace el juez, debía basarse en aspectos penales y criminológicos como la tipología y gravedad delictiva, la disposición del sujeto, incluso la relevancia social de los hechos, debiendo considerar la peligrosidad como pronóstico de evento futuro y nunca del pasado (hechos anteriores y antecedentes eliminados)³⁴. El plazo de suspensión era de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, el cual era fijado por los Jueces, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del sujeto, las características del hecho y la duración de la pena. También como una especie de renuncia por razones humanitarias a la pena, se consagraba la posibilidad de los sentenciadores de otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado estuviese aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

³¹ BOE N° 281, de 24 noviembre 1995, p. 33.987

³² Véase la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

³³ CID MOLINÉ, José. “La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 15 (2005), pp. 223-229, p. 228.

³⁴ OSSET, *Suspensión de la pena privativa*, cit. nota n° 29, pp. 57 y ss.

En cuanto a los requisitos para que el tribunal pudiese suspender la pena, esta nueva regulación vino a modificar el sistema existente. Como primer requisito, el condenado debía haber delinquido por primera vez. A tal efecto no se tenían en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debían serlo. Un segundo requisito era que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia (en caso de concurso por ejemplo), no debía ser superior a los dos años de privación de libertad. La excepción a este requisito, estaba dada por la posibilidad para el juez de acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Un tercer requisito era que se debían haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el sentenciador declarare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Por otro lado, probablemente lo revolucionario del sistema de suspensión viene dado porque el juez podía, además de suspender la ejecución de la pena, condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta, entre las que se permitían: 1.º La prohibición de acudir a determinados lugares; 2.º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde residía; 3.º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que estos señalaban, para informar de sus actividades y justificarlas; 4.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. 5.º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estimase convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que ellos no atentaren contra su dignidad como persona.

Por su parte, si el sujeto infringía durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal de manera facultativa, podían, según los casos: (a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta. (b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso esta excediera de cinco años. (c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado. Revocada la suspensión, se ordenaba la ejecución de la pena. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste debía acordar la remisión de la pena.

Otra importante modificación de este cuerpo legal es que redujo el campo de aplicación que la víctima venía teniendo en la concesión de la suspensión de la pena. Con el Código Penal de 1995, la víctima sólo debía ser escuchada por el tribunal, en los delitos que sólo podían ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido. De esta forma, ya no tenía ningún tipo de decisión vinculante como se establecía otrora.

También la regulación de 1995 insertó esta nueva institucionalidad de la sustitución de las penas privativas de libertad. Para ello, se establecieron como sustitutivos penales: el arresto de fin de semana, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad y la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

En efecto, los arts. 88 y 89 regularon la procedencia de estas consecuencias jurídicas, con una clara identificación preventivo especial o más concretamente de reinserción social. Así, el tribunal podía sustituir en la misma sentencia, o posteriormente, antes de dar inicio a la ejecución, las penas de prisión que no excedían de un año, por: arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no previese estas penas para el delito en cuestión, siempre y cuando las circunstancias personales del infractor, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejaban, y siempre que no se tratase de infractores habituales. Excepcionalmente, los Tribunales podían sustituir las penas de prisión que no excedían de dos años a los infractores no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infería que el cumplimiento de aquellas frustraría los fines de prevención y reinserción social.

Además podían los Tribunales, previa conformidad del sujeto, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

Sin duda una de las grandes novedades de los substitutivos penales es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuyo origen obedece a la ley de menores infractores (Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio). Esta pena no podía imponerse sin el consentimiento del penado, y le obligaba a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública (su duración diaria no podía exceder de ocho horas). Sus condiciones eran las siguientes: 1ª. Su ejecución se debía desarrollar bajo el control del Juez; 2ª. No se debía atender a la dignidad del penado; 3ª. El trabajo en beneficio de la comunidad debía ser facilitado por la Administración; 4ª. El penado debía gozar de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social; y 5ª. No se debía supeditar al logro de intereses económicos.

En lo que respecta a la expulsión de extranjeros del territorio nacional, se podían sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podían acordar la expulsión del territorio español del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos era necesario oír previamente al penado. El extranjero no podía regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresaba antes de dicho término, debía cumplir las penas que le fueron sustituidas.

Finalmente, con el Código de Penal de 1995 la pena de multa adquiere preeminencia, y lo hace con el objetivo de intentar una alternativa a las penas privativas de libertad en los delitos poco graves. Así, esta pena es mirada como el gran substitutivo de la privación de libertad³⁵.

³⁵ MIR, *Derecho Penal*, cit. nota nº 20, p. 751.

1.1.6. Reforma del año 2003

En el año 2003, la suspensión de la ejecución de la pena es modificada mediante Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en cuanto al límite en su aplicación. En efecto, con esta modificación ya no se incluía el período de responsabilidad personal subsidiaria por el impago de una multa en el cómputo del límite de los dos años, y además se introdujo como nuevo criterio para decidir sobre su concesión la existencia o no de otros procedimientos penales contra el condenado. En el caso de drogodependientes, la suspensión de la ejecución de la pena sufrió modificaciones, elevándose el límite máximo para su aplicación, pasando de los tres a los cinco años y eliminándose la exclusión de los infractores habituales, ampliándose de esta forma, su marco de aplicación.

En lo relativo a penas alternativas, la reforma no contribuyó en avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión, pese a que en su declaración de motivos se dejaba entrever dicho propósito. Ello porque con esta reforma, no se solucionaron los inconvenientes detectados, que derivan fundamentalmente de la aplicación de la pena de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad, en particular respecto de la falta de dotación de medios humanos y materiales para hacer real la posibilidad de imposición de los citados trabajos³⁶.

1.1.7. La reforma de 2010

Previo a la reforma de 2010 ya se hacía notar por algunos autores que el contexto del punitivismo que prevalecía en los países occidentales, también afectó a España, dado que la suspensión de la pena era observada como una sanción excesivamente blanda³⁷.

Con la reforma del Código Penal español, operada en 2010, mediante Ley Orgánica 5, de cierta manera se hizo eco de ese rigor punitivista. Así, si bien la suspensión de la pena no sufre variaciones, se termina con el arresto de fin semana como sustituto penal. Asimismo, con esta nueva regulación se permitió la sustitución de las penas de prisión que no excedieran de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedían de seis meses, también se permitió la sustitución por la pena de localización permanente. Lo anterior, era posible, aun cuando la ley no previera estas penas para el delito de que se trataba, cuando las circunstancias personales del infractor, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejaban y siempre que no se tratase de infractores habituales. En esos casos el Juez o Tribunal estaba facultado para imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos por el legislador³⁸, por un tiempo que no podía exceder de la duración de la pena sustituida.

³⁶ VARONA GÓMEZ, Daniel. “La reforma de las penas no privativas de libertad (15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?”. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, Nº 2 (2004), pp. 1-14, pp. 8 y ss.

³⁷ CID “La suspensión de la pena”, cit. nota nº 33, p. 224.

³⁸ Artículo 83 del Código Penal.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Tratándose de aquellos casos en que el sujeto había sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podía ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez también podía imponer, adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en la ley³⁹.

La expulsión de extranjeros sin residencia legal, como sustitutivo penal, también tuvo modificaciones el año 2010. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España debían ser sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, apreciase razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También se podía acordar la expulsión por sentencia posterior, previa audiencia del penado, con los mismos participante anteriores. Asimismo, con esta regulación se modificó el plazo de prohibición de retorno, de manera que el extranjero expulsado no podía regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Si el extranjero expulsado regresaba a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, debía cumplir las penas que fueron sustituidas. No obstante, si el extranjero era sorprendido en la frontera, debía ser expulsado directamente por la autoridad gubernativa, comenzando a computarse nuevamente el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

1.1.8. Situación actual: El Código Penal a partir de la reforma de 2015

Con la dictación de la LO 1/ 2015, se modificó nuevamente el Código Penal de 1995, y en lo que a suspensión y sustitución se refiere, la reforma es de calado mayor. Su finalidad consistió en endurecer el sistema penal en general, y la suspensión y la sustitución no estaban ajenas a esa filosofía⁴⁰. Tanto así, que políticos indicaron su malestar con esta modificación. “Esta reforma es innecesaria, es un paso atrás en el sistema de derechos y libertades y se basa en el populismo punitivo”⁴¹.

Este nuevo ordenamiento se caracteriza porque de la regulación diferenciada de dos modelos de suspensión y otro de sustitución de la pena, se pasa a la regulación única de la suspensión y se suprime la figura de la sustitución de la pena, salvo en el caso de la sustitución de la pena por la expulsión para los extranjeros. En concreto, la reforma pone fin a la situación de la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión

³⁹ Reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código

⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Las penas y su ejecución y determinación en la reforma de 2015” Pazo de Marián, La Coruña, octubre de 2015, pp. 1-34, p. 3, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P_ESCRITA_QUINTERO.pdf?idFile=e2e5d1f6-5721-421b-b480-3026ed5de0d4 [visitado el 15.03.17].

⁴¹ Palabras del diputado Julio Villarubia (PSOE). En CELAYA, Ainhoa. “La pena de prisión y sus alternativas”, *Universidad del País Vasco*, 2016, pp. 1-83, p. 57. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina43937.pdf>

ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) la que daba lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que eran objeto de reiterados recursos. Esta nueva institucionalidad jurídica mantiene 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, en consecuencia, redundará en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.⁴²

Estas instituciones pasan a regularse entre los artículos 80 y 89 respectivamente. En lo tocante a la suspensión el plazo sigue siendo de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años; de tres meses a un año para las penas leves; y de tres a cinco años en el caso de la suspensión para drogodependientes. Los requisitos siguen siendo los tradicionales, esto es, que el sujeto no haya sido condenado anteriormente y la extensión de la pena no sea superior a dos años. Otro importante cambio es que se incrementa el número de variables que debe examinar el juez para determinar si suspende o no la pena. Así, se pasa de la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procesos penales contra él, como únicos requisitos para acceder a la suspensión de la condena, a la exigencia de que el juez valore o pondere si considera que la imposición de la pena –pese a la suspensión– será suficientemente disuasoria de la comisión de nuevos delitos. De esta manera al juez se le está encomendado una tarea reflexiva sobre la prognosis de comportamiento futuro del sujeto. Para ello, se establecen los criterios que el juez deberá examinar para determinar si el sujeto necesita o no cumplir la pena, para que ésta cumpla su finalidad de prevención especial. Estos son: las circunstancias del delito, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho (en particular su esfuerzo por reparar el daño), sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que cabe esperar de la suspensión y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, siendo estos nuevos criterios establecidos por el Legislador. Además del requisito de la exigencia de pago de la responsabilidad civil, se introduce uno nuevo, que es que se haya hecho efectivo el comiso. Respecto de él, se establece la obligación de que el sujeto deba facilitar ese comiso bajo riesgo de que no le sea concedida la suspensión.

En cuanto a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de los penados drogodependientes, se mantiene un marco amplio para su aplicación, dado que aunque no cumpla los requisitos de haber cometido un primer delito y la pena (o la suma de ellas) supere los dos años de prisión, 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 en un estado drogodependiente, siempre que se certifique, suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El tribunal también 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

⁴² Véase exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones en el penado de haber cometido un primer delito y la pena (o la suma de ellas) no supere los dos años de prisión, y siempre que no se trate de infractores habituales, puede acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del sujeto, 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 alcanzado entre las partes en la mediación penal. Asimismo, se impondrá siempre una de las siguientes medidas: (a) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso; (b) 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.

Por vez primera, se introduce la posibilidad de suspensión de la ejecución de penas de enfermos terminales. Los tribunales pueden otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Por otro lado, se sigue manteniendo la tónica de escuchar a la víctima para otorgar la suspensión, empero, ahora la decisión de la víctima no es vinculante para el tribunal. Por ello, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los tribunales deben oír a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

En otro orden de ideas, siguiendo la misma línea del Código Penal de 1995 (en su origen), el juez puede condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones y deberes cuando ello resulta necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Estos deberes, a modo ejemplar, pueden ser: 1° Prohibición de acercarse a la víctima, a otras personas, a domicilios determinados, o lugares de trabajo u otros que establezca el juez; 2° Prohibición de contacto personal con personas determinadas; 3° Fijar lugar de residencia y avisar sobre cualquier cambio de él; 4° Prohibición de residir o acudir a un lugar determinado; 5° Comparecencia a autoridad judicial, policial y/o administrativa para informar y acreditar actividades; 6° Participación en programas formativos de diversa especie y de deshabitamiento de drogas y/o alcohol; 7° Prohibición de conducción de vehículos motorizados sin ciertas características de encendido o funcionamiento, como

cualquier otra medida tendiente a evitar la comisión de nuevos delitos; y 8° Demás deberes que imponga el juez⁴³.

Otro ámbito novedoso que incorpora esta nueva legislación, es que el juez discrecionalmente puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas prestaciones o medidas. En particular ellas son: (a) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación penal; (b) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez en atención a las circunstancias del caso⁴⁴; (c) 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 autor⁴⁵.

La imposición de una prohibición, deber, prestación o medida que condiciona la suspensión, puede ser revisada para su modificación o alzamiento por parte del tribunal durante el plazo de suspensión. También el juez o tribunal debe revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad en caso de quebrantamiento, incumplimiento grave y reiterado de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas, y en caso de información inexacta de bienes para el decomiso o la satisfacción de la responsabilidad civil, o tratándose de estas últimas, no cumplieren con el pago acordado⁴⁶.

⁴³ El artículo 83 del CP prescribe las siguientes prohibiciones y deberes: a) Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición tiene siempre que ser comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada; b) Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo; c) Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez ; d) Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; e) Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas; f) 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; g) Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos; h) Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos; i) Cumplir los demás deberes que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Tratándose de aquellos casos en que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, el juez siempre deben imponer las prohibiciones y deberes indicados en las letras a), d) y f) del párrafo anterior.

⁴⁴ De acuerdo al artículo 84, la extensión 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.

⁴⁵ La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez 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, de conformidad con lo prescrito por el artículo 94.

⁴⁶ El artículo 86 establece las causales de revocación de la suspensión para 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

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste debe acordar la remisión de la pena.

Por otro lado, como dijéramos, la Ley Orgánica 1/ 2015 pone fin a los sustitutivos penales, salvo lo que dice relación con la expulsión de extranjeros, la cual, dicho sea de paso, también tiene una reforma profunda⁴⁷. Esta se regula en el artículo 89, el cual ordena que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero deben ser sustituidas por su expulsión del territorio español. Sin embargo, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. Nótese que ahora no se establece un plazo máximo, sino mínimo, y que por otro lado no se requiere que el extranjero tenga una situación de irregularidad administrativa en el país, sino solamente ser extranjero.

Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Claramente se vislumbra una finalidad preventivo general positiva de la pena.

fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida; b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas que le hubieran sido impuestas; c) 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 por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez 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.

⁴⁷ La eliminación de la sustitución del artículo 88 CP, según la exposición de motivos de la LO 1/2015, obedece a la voluntad de poner fin a la situación que había, donde existía una triple regulación de la suspensión de la pena (suspensión ordinaria, suspensión para drogodependientes y sustitución de la pena), los cuales 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.

No procede la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procede cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales⁴⁸.

A consecuencia de lo anterior, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Si el extranjero expulsado regresa a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, éste debe cumplir las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si el extranjero fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Finalmente, al igual que en la reforma de 2010, se establece un sistema de exclusiones para poder ser expulsado. Se trata de extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos de trata de personas, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de emigración fraudulenta y tráfico ilegal de inmigrantes.

En síntesis, el vigente Código penal de 1995 modificó la pretérita condena condicional en varios aspectos. En primer término modificó las antiguas nomenclatura por la de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Seguidamente terminó con la automaticidad que tenía este instituto en algunos casos, estableciéndola siempre discrecional como una facultad discrecional del juez o el tribunal. También amplió la posibilidad de su concesión y dotó al órgano jurisdiccional de la posibilidad de imponer deberes o exigencias al penado. Asimismo, termina con la restricción del acceso a la anotación del registro de condenados suspendidos mientras dure el período de prueba, y su completa cancelación posterior si se cumplen las condiciones impuestas para la suspensión.

⁴⁸ Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procede la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.4.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

1.2. Naturaleza jurídica y fundamento de las alternativas a la prisión

La pena privativa de libertad, por mandato de la Constitución española, en el artículo 25.2, debe estar orientada a la reeducación y reinserción social del penado. Sin embargo la realidad carcelaria muestra que los efectos de la prisión están muy lejos de alcanzar esta loable declaración de principios⁴⁹. Por ello, observando los principios clásicos formadores del derecho penal (*ultima ratio*), parece lógico la inclusión de un sistema de alternativas a la prisión para hechos que son menos graves o cuando se trata de penas de corta duración⁵⁰.

En base a estos apuntes legales y doctrinarios se erige la suspensión de la pena y los sustitutivos penales –hoy sólo aplicable mediante la expulsión de extranjeros– como los instrumentos que forman parte de las alternativas a la prisión. Sin perjuicio, de las tradicionales alternativas a la penas privativas de libertad, como son la pena de multa y las penas privativas de derecho.

En los siguientes párrafos nos ocuparemos de la suspensión y sustitutivos penales de cara a exponer las posiciones doctrinarias que desentrañan su naturaleza jurídica y su legitimidad o fundamento. Adelantando que la propia doctrina española los divide en su tratamiento por considerar instituciones distintas.

A propósito de la suspensión de la pena, el Tribunal Constitucional español ha manifestado sobre esta institución y su naturaleza jurídica: “Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas”⁵¹. Por ello, algunos autores reconociendo una orientación a la reeducación y reinserción social del condenado, han indicado que se trataría de una renuncia a la imposición de la pena o la ejecución de la misma⁵².

Buena parte de los autores españoles atribuyen a la suspensión de la pena una naturaleza de favorecimiento al penado. Así, en un comienzo, fue tildada como una medida de benevolencia con similitudes al indulto⁵³. Incluso, también siguiendo a parte de la doctrina italiana, se indicó que era una causa de extinción de delito, condicionada al

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8º Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 557.

⁵⁰ MUÑOZ/GARCÍA, *Derecho Penal*, cit. nota nº 49, p. 558.

⁵¹ STC 251/2005, de 10 de octubre, fundamento 5º.

⁵² PRATS CANUT, José Miguel, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 481.

⁵³ CUELLO CALON, *La moderna penología*, cit. nota nº 17, p. 634; con cierto parecido o parcialmente se manifiesta Maqueda Abreu, señalando que se trataría de una forma de indulto, incluso de perdón. MAQUEDA, *Suspensión condicional de la pena*, cit. nota nº 11, pp. 43 y ss.

comportamiento positivo del condenado⁵⁴. No tan radical como las posiciones previas, se la ha calificado como un privilegio en que supuestos de resocialización priman sobre finalidades de prevención general y especial⁵⁵. Otros la han nominado como un beneficio en virtud del cual se concede al penado la posibilidad legal de no ingresar a prisión, estableciéndose a cambio un período de prueba sometido a una o varias condiciones, de manera que si la prueba se cumple satisfactoriamente, la pena se entiende definitivamente cumplida, en caso contrario, se procederá al cumplimiento conforme el régimen general⁵⁶. En esta misma línea de interpretar la suspensión como un beneficio, se encuentran aquellos que aducen que se trataría de un favor penitenciario, sumado a que no tendría un rol de sustituto, sino que tiene una función suspensiva⁵⁷. También están aquellos que se decantan porque la remisión de la pena constituye una manifestación del derecho de gracia, la que si bien es naturalmente una potestad del rey, ahora residiría en los órganos jurisdiccionales⁵⁸.

Es menester hacer presente que con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se suprime la suspensión de la pena que operaba por el solo ministerio de la ley o con signos de automaticidad. Ahora se trata de una institución de naturaleza discrecional. De esta forma, aunque concurren todos los requisitos legales (subjetivos y objetivos) el penado no tiene un derecho subjetivo a la concesión del beneficio, sino que será el órgano jurisdiccional, mediante resolución motivada, en uso de su facultad discrecional, decida sobre su concesión conforme a los parámetros entregados por el legislador⁵⁹.

Por otro lado, hay otro grupo de autores que le atribuyen a la suspensión un cariz de castigo. Los hay, los que sin mucho desarrollo dogmático, y refiriéndose en general a las alternativas, las califican de penas diversas a la prisión que permiten que su cumplimiento se realice dentro de la comunidad, evitando con ello la desocialización y prisionización del

⁵⁴ YAÑEZ ROMÁN, Pedro. “Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Nº 3 (1972), Sección Legislativa, pp. 740 y ss. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1972-30072100763 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal [visitado el 20.01.17].

⁵⁵ RAMÓN MARTÍNEZ, Pedro. *Convergencia de las ciencias jurídicas y sociales, criminológicas y penitenciarias en la verificación de las consecuencias jurídicas del delito. Especial atención a la eficiencia de la pena de prisión*, Tesis Universidad de Murcia, 2013, p. 314. <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/36179/1/TD%20BUENA%2016%20ENE%2013.pdf> [visitado el 20.01.17].

⁵⁶ BARQUÍN SANZ, Jesús; LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios. “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas. Una aproximación estadística”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, Nº 10 (2013), pp. 415-470, p. 425.

⁵⁷ OSSET, *Suspensión de la pena privativa*, cit. nota nº 29, p. 52; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General*. 5º Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 848. Autores que también lo denominan “paliativos”.

⁵⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed. Navarra: Civitas, 2005, p. 104; PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Suspensión y sustitución de las penas*. Madrid: La Ley, 2009, p. 74; en forma similar pero atribuyendo una forma institucionalizada de perdón, sujeto a cláusulas suspensivas temporales se manifestó QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de derecho penal*. T.1, Madrid: Ed. Rev. de Derecho privado, 1963, p. 527.

⁵⁹ QUINTANA GIMÉNEZ, Carmelo. “La suspensión de las penas privativas de libertad”, ponencia, p. 9 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Quintana%20Jimenez,%20Carmelo.pdf?idFile=50032e0f-7862-4314-925f-e24ec3b9d363 [visitado el 19.01.17].

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

condenado⁶⁰. En una senda parecida, otros la califican, sin más, como una sanción⁶¹. Un sector de la doctrina también asocia esta institución con su alma mater, esto es, al modelo anglosajón de la *probation*, ya que el juez o tribunal puede imponer al condenado obligaciones durante el período de suspensión⁶². Finalmente algunos aducen que se trataría de una modificación del modo de cumplimiento de las penas de privación de libertad⁶³.

Con respecto a los fundamentos o legitimación de este instituto jurídico, la mayoría de los autores se pronuncia en que las razones que impulsan la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, han de ser halladas en el marco de la prevención especial⁶⁴. Sin perjuicio que otros nieguen una concepción rehabilitadora de esta institución, la cual queda reservada a la institución penitenciaria⁶⁵. En forma similar, otro importante grupo de autores no solo reconoce una razón resocializadora, sino también de prevención general⁶⁶.

Sobre esto último, el propio Tribunal Constitucional español se ha pronunciado reconociendo factores preventivo generales en la suspensión de la pena, además de los preventivos especiales, indicando: “la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presentan un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales supuestos, no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impedirá alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”⁶⁷. A su vez, se ha agregado que su fundamento radicaría en la ineficacia en sí mismo de las penas cortas de prisión, evitando que, como consecuencia de la prisionización o contagio carcelario, se delinca en un futuro⁶⁸. Se busca evitar los efectos perniciosos del ingreso en prisión para condenados primerizos y con ello se soluciona el fracaso absoluto del sistema

⁶⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada: Comares, 2016, p. 295. Se refiere concretamente a la multa, la localización permanente y los trabajos en beneficio de la comunidad.

⁶¹ CID, *La elección del castigo*, cit. nota n° 12, pp. 13, 22 y 51; previamente de la misma forma CID, “La suspensión de la pena”, cit. nota n° 33, p. 224.

⁶² MIR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 20, p. 728 y ss.

⁶³ MAQUEDA, *Suspensión condicional de la pena*, cit. nota n° 11, p. 46. Indica esta autora que la suspensión únicamente evita el ingreso del penado en prisión, existiendo siempre una condena previa y una pena privativa de libertad o pecuniaria impuesta, por consiguiente la suspensión no sustituye la pena, sino que se limita a modificar su forma de cumplimiento; ARAÚJO, *La suspensión como sustitutivo*, cit. nota n° 13, p. 223.

⁶⁴ GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos “Suspensión de la pena y probation”, en: CID, José; LARRAURI, Elena. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997; MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas*, cit. nota n° 58, p. 102. Para este autor la suspensión de la pena es parte del proceso de individualización de la pena.

⁶⁵ CID, *La elección del castigo*, cit. nota n° 12, p. 20.

⁶⁶ PUENTE, *Suspensión y sustitución, de las penas*. Madrid: La Ley, 2009, p. 77. Son estas razones las que ostentan una mayor entidad, un papel exclusivo seguramente, de lo que se podría llamar o denominar “primera fase” de la decisión jurisdiccional; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 3ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2009 p. 671.

⁶⁷ Véase STC número 115/1997, de 16 de junio, número 251/2005, de 10 de octubre; 222/2007 de 15 de enero.

⁶⁸ OSSET, *Suspensión de la pena privativa*, cit. nota n° 29, p. 27.

penitenciario⁶⁹. Algunos con un sentido pragmático, entienden que esta institucionalidad busca solo impedir que delincuentes no necesitados de rehabilitación ingresen en prisión⁷⁰.

En lo atinente a la sustitución de la pena, teniendo presente que hoy se encuentra modificada con respecto a lo variopinto de posibilidades que se manifestaba en su instalación inicial, perdurando sólo lo que dice relación con la expulsión de extranjeros, se han estimado que son alternativas a las penas cortas de prisión mediante el reemplazo de la pena inicialmente previstas para el delito cometido, por otra distinta, no prevista específicamente en el tipo correspondiente⁷¹. Otros, argumentan que se trataría del cumplimiento de la condena mediante una pena menos gravosa que la prisión⁷². Asimismo, autores agregan que no solo se trataría de penas menos gravosa que las sustituidas, sino también de distinta naturaleza⁷³. En concreto, se trataría de alternativas que ofrece el legislador español a las penas cortas de prisión y al régimen de suspensión, con la finalidad esencial que sea un reemplazo o relevo de las funciones de la pena privativa de libertad⁷⁴. Se trataría de sustituir la pena de prisión por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial, sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general⁷⁵.

Tratándose de la sustitución, son fundamentalmente razones de prevención especial las que favorecen la conveniencia de que no se ejecute la pena privativa de libertad originariamente impuesta⁷⁶. Lo anterior, aun cuando también se han esgrimido, por otro lado, la necesidad de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general que indican la necesidad de que se ejecute o no la pena privativa⁷⁷. En un sentido similar algunos han

⁶⁹ GONZÁLEZ CASSO, Joaquín: “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 n.º 4 y 87 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 54 (1999), pp. 91-138, p. 92; de una idea similar pero con reparos se manifiesta MIR, *Derecho Penal*, cit. nota n.º 20, pp. 725 y ss. El cual entiende que ha existido una progresiva humanización de las ideas penales, paralela al aumento del nivel económico en los países desarrollados, la privación de libertad aparece ya hoy como una pena excesiva en muchos casos. Ello ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la duración máxima de las penas de prisión, así como a privarles de efectos secundarios indeseables. El autor no abandona las penas privativas de libertad, la cual debe ser utilizada en casos de absoluta necesidad.

⁷⁰ CID, *La elección del castigo*, cit. nota n.º 12, p. 22.

⁷¹ BARQUÍN/LUNA, “Aplicación práctica de la suspensión”, cit. nota n.º 56 p. 444; MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas*, cit. nota n.º 58, p. 122; Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española significa “reemplazar una persona o cosa en lugar de otra, ó reemplazar a otra cosa en su uso”, así también expresa que se deriva del latín *substitutere*”.

⁷² OSSET, *Suspensión de la pena privativa*, cit. nota n.º 29, p. 35.

⁷³ LÓPEZ CONTRERAS, Rony. *La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)*. San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 2004, p. 7.

⁷⁴ ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge. *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, estudio de su regulación en España y México*. Madrid: Edersa, 1996, p. 187.

⁷⁵ GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBON, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 257.

⁷⁶ SERRANO PASCUAL, Mariano. *Formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*. Madrid: Trivium, 1999, p. 45; SANZ MULAS, Nieves. “Penas alternativas a la prisión”, en: DÍAZ-SANTOS, Ma. Rosario; SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000, p. 91; PRATS, *Comentarios*, cit. nota n.º 52, p. 481; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 3ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2009 p. 675; MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas*, cit. nota n.º 58, p. 122.

⁷⁷ BARQUÍN/LUNA, “Aplicación práctica de la suspensión”, cit. nota n.º 56, p. 443.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

indicado que estos sustitutos es la mejor forma de cumplir las finalidades de la pena, para beneficio del infractor y de la propia sociedad⁷⁸. Como también sucedió a propósito de la suspensión, algunos ven su fundamento en la crítica a las penas privativas de libertad de corta duración⁷⁹. También se ha dicho que la previsión y aplicación de los sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, quizás, un imperativo constitucional; una exigencia de ese artículo 25.2 de la Carta magna, que parece limitarse a prescribir la desaparición de una privación de libertad inútil⁸⁰.

Como también ocurría en la suspensión de la pena, la legitimación de los sustitutivos penales descansaría no solo en las propias virtudes de esta institución, sino también en la problemática asociada a las penas privativas de libertad. Sin embargo, no obstante ampararse en los mismo fundamentos que la suspensión o remisión, su naturaleza jurídica no es concebida como la de un favorecimiento al condenado en sentido amplio (beneficio, privilegio, favor, etc.), sino que más bien se trataría de una sanción o pena de distinta naturaleza, que vendría a reemplazar las penas privativas de libertad.

1.3. Datos estadísticos sobre las alternativas en España

Como se puede advertir en la Tabla 1, en 2015 se llevaron a cabo 140.292 mandamientos de medidas penales alternativas en todo el Estado español. Desde el año 2009 ha ido disminuyendo exponencialmente el uso de estas alternativas. La misma situación se devela en caso de cada alternativa en particular, como sucede con los trabajos en beneficio de la comunidad que arrojan un descenso de prácticamente un 25% desde comienzos del periplo mensurado.

La pena de multa registra un incremento en los últimos años de medición, pese que al comienzo exponía cifras superiores. Las razones de aquella variación tanto negativa como positiva podría encontrarse en la mayor o menor utilización del resto de penas sustitutivas.

⁷⁸ LÓPEZ, *La sustitución de las penas*, cit. nota n° 73, p. 8.

⁷⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General*. 5º Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 845 y ss.; TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La sustitución de las penas de prisión”, en: ALVAREZ GARCÍA, Francisco; GONZÁLES CUSSAC, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 125-130, p. 127.

⁸⁰ MAQUEDA, *Suspensión condicional de la pena*, cit. nota n° 11, pp. 58 y ss.

Tabla 1: Evolución del número de mandamientos de medidas penales alternativas recibidos en el último día de cada año en el Estado español (2009-2015) ⁸¹.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Trabajos en beneficio de la comunidad	161.008	209.570	156.559	121.614	134.696	124.418	121.647
Suspensión y Sustituciones	20.718	21.746	21.569	24.987	24.865	20.061	18.645
Total	181.726	231.316	178.128	146.601	159.561	144.479	140.292
Penas privativas de libertad	151.269	150.155	143.368	144.542	154.460	157.236	154.276
Multa	158.250	126.199	104.783	108.373	121.971	125.223	138.927

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en los Informes de Estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, y los datos obtenidos desde el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de esos mismos años.

Para el año 2015, si se analiza estas alternativas a la luz de las tipologías delictivas los datos son interesantes. Tratándose de los trabajos en beneficio de la comunidad, la cual es la medida más utilizada sin lugar a dudas, los delitos que lo motivan siguen estando relacionados, en su mayoría, con la seguridad vial, (40,2%), seguidos en frecuencia por los de violencia de género (23,41%), seguidos por otros delitos y faltas de lesiones (10,7%), otros delitos y faltas (13,9%) y delitos contra el patrimonio (11,7%). A su vez, en lo que dice relación con la suspensión y sustituciones, los delitos que lo motivan siguen estando relacionados, en su mayoría, con la violencia de género (67,8%), seguidos en frecuencia por los de otros delitos y faltas (14,1%), delitos contra el patrimonio (9,5%), delitos y faltas de lesiones (5,8%), y la seguridad vial (2,7%)⁸².

Por su parte, en relación a la tasa de prisionización, España se ha mantenido en los últimos años dentro del grupo de países con moderada tasa de privados de libertad⁸³. De acuerdo

⁸¹ Información obtenida desde <http://www.institucionpenitenciaria.es/> y www.ine.es [visitado el 02.02.17].

El concepto mandamiento hace alusión a la documentación penal (sentencia, interlocutoria o ejecutoria) que da inicio a la ejecución de la medida penal alternativa cuando es recibida por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Gobierno de España. De este término, se excluyen las medidas de seguridad. Cuando se hace referencia a penas privativas de libertad se está considerando desde los años 2009-2014, y en particular a: la prisión, responsabilidad subsidiaria, localización permanente y arresto de fin de semana. A su vez, para el año 2015, se consideran sólo la prisión y la localización permanente puesto que las restantes dejaron de existir con la reforma de LO 1/2015. Lo relativo a las multas es el total de condenados por año según estadísticas del INE de España.

⁸² Informes de Estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 2015, pp. 218 y ss., disponibles en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2015_acc.pdf [visitado el 02.02.17]. Esto también se confirma en el trabajo de BOIRA SARTO, Santiago. "Penas y medidas alternativas a la prisión: la 'corrección' entendida como beneficio a la comunidad", *Acciones e Investigaciones Sociales* Nº 32 (2012), pp. 61-79, p. 67.

⁸³ La doctrina distingue, en cuanto a tasas de privados de libertad por 100.000 habitantes, países con baja tasa (hasta 100 por 100.000 habitantes), moderada (entre 100 a 150) y extrema (superior a 150).

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

con el Kings College, International Center for Prison Studies, en 2016, España tuvo una tasa de 144 privados de libertad por 100.000 habitantes⁸⁴.

Por su parte, los estudios empíricos sobre reincidencia en penados a formas alternativas a la prisión también son reducidos. Podemos destacar el informe de Capdevila *et all* (2015) que analiza las medidas penales alternativas –no la suspensión ni sustitución de la pena en sentido estricto– y resulta interesante porque analiza la reincidencia por tipología delictiva y algunos sustitutos penales⁸⁵. Así, tratándose de los trabajos en beneficio de la comunidad, el estudio concluyó una reincidencia del 9,7%. También dentro del concepto de los autores caben los programas formativos y tratamiento ambulatorio, los cuales podrían hipotéticamente suponer una suspensión de la pena en el marco de un deber o exigencia para el penado. En ese escenario, la reincidencia tratándose de los programas alcanzó al 9,7% y el tratamiento al 11,7%. Además, como se dijo, el estudio relaciona la reincidencia con tipología delictiva en su causa base (primer delito). Los resultados son del todo interesantes de destacar. En el Tráfico (contra la seguridad vial) el total que finalizó una medida penal alternativa fue de 6.268, de los cuales el 9,1% fue reincidente; en los delitos de violencia de género sobre un universo de 1.769 personas, la reincidencia alcanzó al 11,2%; en los delitos contra las personas y contra la libertad sexual se estudió a 253 personas y el índice de reincidencia fue de 11,9%; en otros delitos convencionales como en aquellos contra la propiedad, en base a 222 personas que conforme el estudio se beneficiaron de medidas alternativas, la reincidencia marcó un 21,6%.

Finalmente es importante de destacar otros hallazgos de este estudio. Como punto de partida sus autores apuntan que la reincidencia tiene variaciones dependiendo del delito principal. También afirman que correlaciona positivamente la reincidencia con el hecho de tener antecedentes penales. A su vez, deja de manifiesto que la tasa de reincidencia no

⁸⁴ Véase World Prison Brief del International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponible en <http://www.prisonstudies.org/country/spain> [visitado el 02.02.17].

⁸⁵ CAPDEVILA, Manel; FERRER, Marta; FRAMIS, Berta; BLANCH, Marta; GARRIGÓS, Albert; BATLLE, Ares; LÓPEZ, Berta; MORA, Judit. *La reincidencia en medidas penales alternativas*, 2015. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2016. Las medidas penales alternativas es un concepto más amplio que el circundante a la suspensión de la pena y sustitutivos penales. En palabras de sus autores incluyen aquellos supuestos previstos en el Código Penal, en que, ante la comisión de hechos antijurídicos (delitos y faltas), permiten a los órganos judiciales dar una respuesta sancionadora menos aflictiva que el ingreso en una institución penitenciaria, que, de acuerdo con la orientación reeducativa y de reinserción social de las penas y medidas de seguridad que recoge la Constitución, combina los elementos retributivos con otros más dirigidos a la prevención general y, sobre todo, especial (reducción del riesgo de reincidencia mediante el abordaje de las causas que motivan el delito); otros estudios a destacar: VILLACAMPA, Carolina; TORRES, Nuria; LUQUE, Eulalia. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia. Un estudio empírico*. Navarra: Aranzadi, 2006; LUQUE, Eulalia; FERRER, Marta; CAPDEVILA, Manel. *La reincidencia penitenciaria a Catalunya*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2004; BONFILL I GALIMANY, Rosa; CASADO, Manuel; MORENO, carolina; RUZ, Susana. *La eficiencia de las suspensiones judiciales con obligación de tratamiento de deshabitación. Factores que pueden influir en la reducción o no de la reincidencia*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2012; CID MOLINÉ, José. “¿Es la prisión Criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*. 2ª Época, Nº 19 (2007), pp. 427-456; CID, “La suspensión de la pena”, cit. nota nº 33.

presentará variaciones significativas en relación a datos socio-demográficos (género, nacionalidad y edad).

2. Las sanciones alternativas en Inglaterra

2.1. Evolución histórica⁸⁶⁻⁸⁷

2.1.1. Primeras experiencias en torno a las alternativas

La primera alternativa a la cárcel regulada en la legislación inglesa fue la libertad a prueba o probación (*Probation*) contemplada en “Ley de Prueba del Infractor” (*Probation of Offenders Act*) de 1907, que consideraba una “orden de prueba” (*probation order*) a través de una fórmula de suspensión de la sentencia, al mismo tiempo que declaraba que la función de la institución encargada de supervisarla era la de “aconsejar, asistir y ser amigable” con el infractor⁸⁸.

También existe evidencia de que, de manera paralela y aún antes del surgimiento de la *probation*, los tribunales ya contaban con la facultad de imponer multas (*finés*) como alternativa al encarcelamiento⁸⁹, lo que lleva a argumentar que más bien la multa es la alternativa a la cárcel más antigua disponible en la legislación penal⁹⁰. Si bien no hay claridad sobre su primera regulación, se les atribuye parte importante de la reducción de la cantidad de personas encarceladas a principios del siglo pasado, mediante la ley de Administración del sistema de justicia (*Criminal Justice Administration Act*) de 1914 que contemplaba plazos para evitar la imposición de la cárcel como consecuencia del no pago de la multa⁹¹.

Volviendo a la *probation*, la mayoría de los autores reconocen la influencia la experiencia surgida en Boston, Estados Unidos, a partir del trabajo de supervisión desarrollado por Augustus y su primera regulación en el estado de Massachusetts en 1878. Sin embargo, en el caso británico, se asigna especial relevancia al trabajo desarrollado por los misioneros de la Iglesia de Inglaterra de la Sociedad de la Templanza. En efecto, a ellos se atribuye el haber dado forma a la figura del “trabajador social”⁹², fundamentalmente en base a su labor desarrollada para los tribunales, los que le encomendaban la labor de supervisar a los

⁸⁶ Cabe hacer presente, que en esta sección se analiza la regulación de Inglaterra, por ser dicha experiencia -de aquella de los países integrantes del Reino Unido-, que cuenta con la mayor literatura referida al tema. Sin embargo, considerando que Inglaterra y Gales comparten un mismo sistema jurídico, cada vez que se haga referencia al primero de dicho países, también estará comprendiendo la legislación Galesa, no obstante que no se haga referencia explícita a dicho país.

⁸⁷ Todas las traducciones del inglés al español fueron efectuadas por los autores.

⁸⁸ NELLIS, Mike. “Humanizing justice: the English Probation Service up to 1972”. En: GELSTHORPE, Lorraine; MORGAN, Rod (Eds.). *Handbook of Probation*. Cullompton: Willan, 2007, p. 29.

⁸⁹ HILLSMAN, Sally. “Fines and Day Fines”. *Crime and Justice* Vol. 12 (1990), pp. 49-98, p. 52.

⁹⁰ CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *The Penal System*, 3ª ed., Londres: Sage, 2002, p. 126.

⁹¹ BOTTOMS, Anthony. “Limiting Prison Use: Experience in England and Wales”. *The Howard Journal*, Vol. 26, Nº 3 (1987), pp. 117- 202, p. 178.

⁹² JARVIS, Francis. *Advise, Assist, and Befriend: A history of the Probation and After-Care Service*, Londres: Napo, 1972. Cit.: VANSTONE, Maurice. *Supervising offenders in the community: A history of Probation Theory and Practice*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 10.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

infractores en vez de que se les impusiera un castigo (*release on recognizances*), buscando promover su reforma moral y la abstinencia del alcohol⁹³. Si bien no está claro cuando los misioneros comenzaron su labor, sí existe constancia de su trabajo al momento de la dictación de la Ley de probación de los infractores primerizos (*Probation of First Offenders Act*) de 1887, que si bien no contemplaba una orden de *probation* como la legislación que le sucedió, sí contemplaba la posibilidad de supervisar a los infractores primerizos a través del quehacer de los misioneros⁹⁴.

Los cambios se produjeron con la institucionalización del Servicio de *Probation* mediante la mencionada Ley de Prueba del Infractor de 1907 con la cual los objetivos cambiaron gradualmente desde un "ideal misionero" hacia un enfoque más terapéutico o de diagnóstico para trabajar con los infractores⁹⁵, “modelo terapéutico” que se prolongó hasta fines de los ‘70⁹⁶.

2.1.2. Ley de Justicia Penal de 1972

La *probation* tuvo en general bastante apoyo por parte de la judicatura, pero a comienzos de la década de los ‘50 algunos influyentes magistrados iniciaron una campaña para la regulación de una fórmula de suspensión de la sentencia de prisión, toda vez que argumentaron que la “orden de *probation*” no estaba teniendo efectos disuasivos, buscando “endurecerla” y más generalmente con la intención de refinar sus facultades en materia de sentencias penales⁹⁷. Esta sugerencia y su posterior regulación no estuvo exenta de controversias, fundamentalmente debido a los cuestionamientos respecto a la pertinencia de su introducción, considerando que el sistema legal inglés ya contaba con la *probation*. Sin embargo, el gobierno dejó en claro durante la discusión del proyecto que luego daría forma a su consagración normativa, que la suspensión estaba pensada para ser utilizada sólo en lugar de la cárcel y no como alternativa a medidas como la *probation*⁹⁸.

La facultad de suspender las sentencias finalmente se reguló en la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1967, pero no fue sino en la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1972 que finalmente se regularon las denominadas “órdenes de suspensión de las sentencias” (*suspended sentence order*). Estas permitieron que cualquier sentencia a una pena de cárcel de hasta dos años, se mantuvieran en suspenso por un “periodo operacional” no menor a un año y no superior a tres bajo la condición que el infractor no cometiera nuevos delitos en dicho período. En caso de reincidir en dicho período, el infractor sería enjuiciado por el nuevo delito junto con imponerle la ejecución de la

⁹³ RAYNOR, “Community penalties”, cit. nota n° 5, p. 931.

⁹⁴ NEWBURN, Tim. *Crime & Criminal Justice Policy*. Essex: Pearson Education Limited, 2003, p. 126.

⁹⁵ MCWILLIAMS, Wiliam. “The mission transformed: professionalization of probation between the wars”. *The Howard Journal of Crime and Justice*, Vol. 24, N° 4 (1985), pp. 257-274. Cit.: NEWBURN, *Crime & Criminal Justice*, cit. nota n° 94, p.130.

⁹⁶ RAYNOR, “Community penalties”, cit. nota n° 5, p.932.

⁹⁷ NELLIS, Mike. “Community penalties in historical perspective”. En: BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. *Community penalties. Change and Challenges*, Oxon: Willan, 2001, p. 20.

⁹⁸ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 181.

sentencia suspendida⁹⁹.

La evidencia acerca de su funcionamiento durante los primeros años de vigencia de la citada regulación, da cuenta que la suspensión fue escasamente utilizada. En particular, Cavadino *et al.* la consideraron un “fracaso penológico”¹⁰⁰, argumentando que aparentemente su introducción contribuyó poco o nada a reducir la cantidad de personas encarceladas, toda vez que en los pocos casos en los que se recurrió a dicha herramienta legal, esta fue impuesta por los Tribunales en vez de multas y no en vez de la cárcel como estaban concebidas originalmente (escalamiento penal), decretada por periodos de control mayores a los considerados por otras sentencias (inflación penal) y además terminaron enviando más gente a la cárcel producto de su quebrantamiento. Como consecuencia, más infractores, por delitos de menor gravedad se encontraron cumpliendo penas más largas que las que hubieran cumplido, de no haberse regulado la suspensión¹⁰¹, situación a la que se volverá más adelante a propósito de las críticas asociadas a la expansión de la red penal o “*netwidening*”¹⁰².

Precisamente en la legislación de 1972, también se regularon por primera vez los servicios en la comunidad o trabajo no remunerado (*Community Service or Unpaid work*), los que primero fueron testeadas en 6 áreas pilotos, y que luego se introdujeron nacionalmente en 1975.¹⁰³ Al respecto, la literatura muestra que si bien las raíces jurídicas de dicha pena tiene su fuente en la tradición Germana del siglo XIX, fue precisamente dicha normativa inglesa la que da cuenta de los servicios en la comunidad, tal como son conocidos en la actualidad¹⁰⁴.

La regulación de los servicios en la comunidad, surge en Inglaterra como consecuencia del “Reporte sobre penas no privativas y semi privativas de la libertad” (*Non-Custodial and Semi-Custodial Penalties Report*) evacuado por Consejo Consultivo del sistema Penal (*Advisory Council on the Penal System*) conocido como el “Wootton Report” en 1970, convocado por el gobierno laborista para el desarrollo de una estrategia modernizadora. Lo importante de este informe, es que propuso la generación de nuevas alternativas a la cárcel, enfatizando la necesidad de que los sentenciadores contaran con una gama amplia y diferenciada de medidas puestas a su disposición argumentando que “nuevas formas de tratamiento de apoyo son necesarias para los reincidentes”¹⁰⁵. Asimismo, el Consejo propuso en materia de justificaciones de las alternativas, concebir además de los fines tradicionales de rehabilitación y disuasión, el de la reparación principalmente representado

⁹⁹ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 182.

¹⁰⁰ CAVADINO, Michael; DIGNAN, James; MAIR, George. *The Penal System*, 5ª ed., Londres: Sage, 2013, p. 140.

¹⁰¹ SPARKS, Richard. “The use of suspended sentences”. *Criminal Law Review*, 1971, pp. 384-401; BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 183.

¹⁰² COHEN, Stanley. “The punitive city: Notes on the dispersal of social control”, *Contemporary Crises*, Vol. 3, Nº 4 (1979), pp. 339-363, pp. 346 y ss.

¹⁰³ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 191.

¹⁰⁴ BLAY, Ester. *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006, pp. 51 y ss.

¹⁰⁵ Advisory Council on Penal System, para 196. Cit.: NELLIS, “Community penalties in historical perspective”, cit. nota n° 97, p. 21.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

en los servicios en beneficio de la comunidad, los que fueron presentados como una alternativa que contenían elementos “reparatorios y disuasorios así como también de rehabilitación”¹⁰⁶.

En virtud de esta regulación, las Tribunales contaron con la facultad de sentenciar a un infractor a la obligación de ejecutar trabajos supervisados por el Servicio de *Probation*, a favor de la comunidad, por un número de horas no inferior a 40 ni superior a 240. En caso de incumplimiento, el infractor era devuelto a tribunales, los que podían imponer una multa, mantenerlo cumpliendo los servicios o sentenciarlo a la pena original. Si bien la legislación no era clara en cuanto a si los servicios en la comunidad eran concebidos como una alternativa a la cárcel o una “sentencia en su propio derecho”, jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de entonces daba cuenta de que su imposición podía operar de ambas formas. Asimismo, de acuerdo una investigación de la época, los Tribunales no tenían claridad en cuanto al lugar que debían ocupar los servicios en beneficio de la comunidad dentro la escala penal (*sentencing tariff*), junto con plantear serias dudas respecto a que esta alternativa realmente estuviera reemplazado el uso de la prisión¹⁰⁷.

La ley de Justicia Penal de 1972 también introdujo la posibilidad de ordenar el cumplimiento de requerimientos especiales en la ejecución de la *probation* de asistencia a “centros de entrenamiento diario” (*Day training centre*). La idea detrás de su regulación, fue el de permitir el “entrenamiento social” de infractores reincidentes por delitos menores que se encontraran desempleados. Esta propuesta fue piloteada en 4 centros experimentales, sin embargo, considerando su alto costo, no se prosiguió con su expansión. Sin perjuicio de ello, los Servicios de *Probation*, comenzaron de manera paralela a desarrollar “centros diurnos” (*Day centres*), dentro de los cuales algunos buscaban poder intervenir a los infractores y otros más bien buscaban entregares apoyo y cuidado, especialmente en el caso de aquellos que estuvieran más desventajados¹⁰⁸.

Como consecuencia de lo anterior, los tribunales comenzaron a derivar a los infractores a estos “centros diurnos”, hasta que la Casa de los Lores las declaró ilegales en 1982.

2.1.3. Ley de Justicia Penal de 1982

Considerando la declaración de ilegalidad anterior, nuevas regulaciones que permitiesen la derivación a “centros diurnos” se contemplaron en la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1982, la que consideró la posibilidad de imponer requerimientos “positivos” como los de presentarse a una persona determinada, concurrir a un lugar determinado, participar en actividades determinadas; y también requerimientos “negativos” como el de abstenerse de realizar ciertas actividades¹⁰⁹.

¹⁰⁶ NELLIS, “Humanizing justice”, cit. nota n° 88, p. 26.

¹⁰⁷ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 192.

¹⁰⁸ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 192.

¹⁰⁹ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 194.

Una innovación que introdujo la citada ley, fue la de facultar a los tribunales a imponer una compensación (*compensation*) de manera autónoma. Esto pues si bien la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1972 había contemplado la posibilidad de que los tribunales impusieran compensaciones, estas operaban siempre accesoriamente a una pena principal. En razón de lo anterior, esta nueva legislación reguló la facultad de imponer la compensación directamente como sanción principal de una sentencia, y aún más, estableció que en caso que resultaran apropiadas tanto una compensación como una multa y el infractor no tuviese medios, debía preferirse la primera.

Estas facultades fueron posteriormente profundizadas en la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1988, en el cual se requirió a los tribunales que entregaran fundamentos para no otorgar compensación en los casos de pérdida o daño material o de lesiones, dando cuenta de un creciente entusiasmo gubernamental en orden a que se consideraran los intereses de las víctimas en sus sentencias. Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales se manifestaron más bien reticentes a dicha inspiración del gobierno, lo que se plasmó en un uso decreciente tanto de las multas como de la compensación¹¹⁰.

Como se puede observar de esta revisión de la historia legislativa de Inglaterra, hasta los años ochenta, la legislación penal navegaba centralmente entre cuatro alternativas: la *probation*, la multa, los servicios comunitarios, y la compensación.

Más allá de dichas consideraciones, a finales de la década de los años 80' en Inglaterra se observaba la existencia de un consenso bipartidista sobre la preocupante situación de la creciente población carcelaria y la presión que esta generaba en las arcas fiscales por un lado. Por el otro, hace más de una década que habían comenzaron a surgir cuestionamientos al ideal rehabilitador que inspiraba el sistema penal, a partir de investigaciones como la publicada por Martinson en 1974, quien concluyó que “nada funciona” en relación a los esfuerzos de rehabilitación¹¹¹. Como documenta Garland, esto entre otras razones más bien de orden coyuntural, tuvieron el efecto dominó de causar la caída de la fe en la rehabilitación¹¹² y la búsqueda de nuevas justificaciones para la imposición del castigo.

Desde ahí las políticas públicas criminales de varios países, dieron un giro hacia el denominado del “justo merecimiento” (*just deserts*), muy popular en los años '80, el cual como se verá, entregó un nuevo aire a las concepciones basadas en la retribución, como fundamento de los castigos.¹¹³ Junto con lo anterior, empezaron a surgir con fuerza los llamados a la “ley de orden”, caracterizados por más bien por una retórica de “mano dura” que se apropió de los discursos políticos de la época¹¹⁴, y que en el ámbito público se tradujo en un endurecimiento de las estrategias de control del delito reforzando en materia

¹¹⁰ CAVADINO/DIGNAN, *The Penal System*. cit. nota n° 90, p. 133.

¹¹¹ MACKENZIE, Doris. *What Works in Corrections. Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006, p. 8.

¹¹² GARLAND, David. *La cultura del Control*, Barcelona: Gédisa, 2001, pp. 110-117.

¹¹³ MACKENZIE, *What Works in Corrections*, cit. nota n° 111, p.10.

¹¹⁴ REINER, Robert. *Law and Order*, Cambridge: Polity Press, 2007, pp. 91-94.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

de juzgamiento, justificaciones más bien basadas en la incapacitación y mensajes de orden disuasivo fundamentalmente a través del incremento de la severidad de las penas¹¹⁵.

En el plano particular de las alternativas a la cárcel, parte de esta visión se cristalizó en una crítica a la supuesta falta de punitividad de estas respuestas penales¹¹⁶ surgida fundamentalmente de mano de académicos estadounidenses, quienes cuestionaron su aplicación de las alternativas para en el caso de infractores de alto riesgo, considerando investigaciones que daban cuenta de una alta reincidencia de este grupo¹¹⁷. La propuesta en ese sentido, no fue la de volver a la cárcel como única respuesta, sino más bien generar alternativas de mediana intensidad entre la *probation* y la cárcel, a través de las llamadas “sanciones intermedias” (*intermediate sanctions*)¹¹⁸, que permitieran introducir alternativas con mayor contenido punitivo, tales como *probation* intensiva (*intensive probation*), el arresto domiciliario (*curfew*) con monitoreo electrónico, entre otras propuestas.

A esto se sumaron, de manera previa, ciertas críticas de ciertos autores, quienes plantearon que la estrategia de simplemente crear opciones adicionales de alternativas para los tribunales en Inglaterra había resultado decepcionante, por cuanto la introducción de medidas como la suspensión, los servicios comunitarios y la *probation* con requerimientos no habían sido utilizadas en vez de la cárcel, sino más como adicionales a las sanciones ya existentes¹¹⁹. Esta crítica, se encontraba en sintonía con los planteamientos de Cohen, quien observó que si bien la expansión de las alternativas están basadas en una crítica a la prisión, su introducción no había derivado en su reemplazo, sino que más bien habían operado como un “apéndice suplementario” al sistema convencional de encarcelamiento, haciéndose cargo del manejo de infractores primerizos o que han cometido delitos leves, cuyas chances de encarcelamiento igualmente eran bajas. Esto implicó que la cárcel continuó siendo usada en más o menos los mismos casos, y que los infractores tradicionalmente manejados a través de instancias de diversión del sistema penal, estaban siendo sancionados con alternativas, aumentando en último término las redes de control penal, un fenómeno denominado de “*netwidening*”¹²⁰.

Frente a este escenario, las soluciones a los problemas carcelarios y de crisis fiscal que agobiaban al gobierno conservador de entonces, fueron lejos de ser fáciles, considerando que bajo la citada retórica, el delito y el castigo se politizaron más y los gobernantes estaban ansiosos de evitar cualquier imputación de que pudieran ser percibidos como “blandos con el delito”¹²¹.

¹¹⁵ MACKENZIE, *What Works in Corrections*, cit. nota n° 111, pp. 11-12.

¹¹⁶ TONRY, Michael; LYNCH, Mary. “Intermediate sanctions”, en: TONRY, Michael (Ed.), *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 20, Chicago: University of Chicago Press, 1995, pp. 99-144, p. 10.

¹¹⁷ PETERSILIA, Joan; TURNER, Susan. “Intensive probation and parole”. *Crime and Justice*, Vol. 17 (1993), pp.281-335, pp. 5 y ss.

¹¹⁸ MORRIS/TONRY. *Between Prison and Probation*. cit. nota n° 4, p. 4.

¹¹⁹ BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, p. 117; VON HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 57.

¹²⁰ COHEN, “The punitive city”, cit. nota n° 102, p. 347.

¹²¹ CANTON, Robert. *Probation: Working with offenders*, Oxon: Routledge, 2011, p. 58.

Bajo ese contexto, la administración conservadora, trató de resolver esta complejidad, insistiendo en que si bien el castigo era apropiado y adecuado, no necesariamente debía ser ejecutado en la cárcel, sustituyendo el vocabulario de “alternativas a la cárcel” por el de “castigo en la comunidad” o “sentencias comunitarias” (*community sentences*)¹²².

Este cambio fue llevado a cabo en el contexto de una revisión integral del sistema de justicia penal, que derivó en elaboración del libro verde¹²³ en 1988 denominado “Castigo, custodia y comunidad” en el cual el gobierno declaró expresamente que “El encarcelamiento no es el castigo más efectivo para la mayoría de los delitos. La cárcel debe ser reservarse como castigo para los delitos muy graves...”¹²⁴.

Las expresiones “castigo” y “graves” resultaron ser cruciales, toda vez que sentaron las bases de la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1991, donde particularmente la palabra “castigo” se convirtió en una palabra de común utilización en el contexto de la *probation*, invitando a abandonar una definición estrecha de este vinculada a la prisión, de manera de dar cuenta que los requerimientos impuestos por la *probation*, la realización de trabajos comunitarios o la asistencia diaria a centros, también constituyen formas de castigo¹²⁵.

Este cambio de visión vino de la mano de la creciente influencia de académicos como Von Hirsch y Wasik¹²⁶ y, en cierta medida, Morris y Tonry¹²⁷, quienes promovieron la materialización de un modelo sancionatorio de base retributiva que conllevaba restricciones al uso de la prisión. En virtud de este modelo denominado del “justo merecimiento”, el castigo debe manifestar una censura o reproche, y a su vez la sanción penal debe ser proporcional a dicho reproche¹²⁸⁻¹²⁹. De esta forma, el modelo propuesto supone que un sistema sancionatorio proporcional debe por un lado exhibir paridad (que los condenados por delitos similares reciban sanciones similares), que exista una escala de orden (que las sanciones sean ordenadas en base a la seriedad del delito al cual son asignadas) y que exista

¹²² BROWNLEE, Ian. *Community Punishment: A critical introduction*, Harlow: Longman, 1998, p. 16; CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*, cit. nota n° 100, p. 143.

¹²³ El proceso legislativo en el Reino Unido está compuesto de varias etapas: primero se entablan una serie de debates en torno a un libro verde (*Green paper*) que contiene un documento elaborado por el Gobierno con las propuestas de futuras políticas públicas para su discusión, etapa que no siempre se cumple; mientras que el libro blanco (*White paper*), contiene el anteproyecto surgido luego del periodo de consultas, hasta llegar al proyecto de ley (*Bill*).

¹²⁴ HOME OFFICE. *Punishment, custody and the community*, 1988, p. 2. Cit.: WORRALL, Anne; HOY, Clare. *Punishment in the Community*. 2ª Ed., Cullompton: Willan, 2005, p. 32.

¹²⁵ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 32.

¹²⁶ VON HIRSCH, Andrew; WASIK, Martin. “Non custodial penalties and the principles of desert”, *The Criminal Law Review*, 1988, pp. 554-572.

¹²⁷ MORRIS/TONRY. *Between Prison and Probation*. cit. nota n° 4.

¹²⁸ VON HIRSCH, *Censure and Sanction*, cit. nota n° 119, pp. 58 y ss.

¹²⁹ El modelo también fue abrazado por Morris y Tonry, pero con diferencias. En concreto, ellos postulan uno denominado de “retribución limitado” (*limiting retributivism*) que es más matizado, en la medida que plantean que el merecimiento fija los límites máximos y mínimos del castigo, y que dentro de estos límites, otras justificaciones basadas en la disuasión o la incapacitación tienen cabida. Sobre el particular véase MORRIS/TONRY. *Between Prison and Probation*. cit. nota n° 4, pp. 9 y ss.; MORRIS, Norval. “The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy”, *Michigan Law Review*, Vol. 72, Nº 6 (1974), pp. 1161-1180, pp. 1161 y ss.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

espaciado (que las diferencias relativas en la gravedad del delito se reflejen en diferencias relativas en la severidad del castigo), todo lo cual forma parte de la denominada “proporcionalidad ordinal”¹³⁰.

De esta forma, las alternativas a la cárcel, bajo este modelo, pasan a ser reguladas como penas principales que puedan ser graduadas en función del reproche. En palabras de Von Hirsch “las penas no privativas de la libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras “alternativas” a la privación de la libertad (...), estas sanciones son castigos que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva”.¹³¹ Así, se propone graduar las sanciones, comenzando con las multas y *probation* para delitos de menor gravedad; sanciones intermedias como la reclusión domiciliaria o asistencia a centros para delitos de mediana gravedad, dejando reservada la utilización de la cárcel sólo para los delitos graves.

La utilización del citado modelo sancionatorio quedó plasmado en el libro blanco titulado “Delito, justicia y protección del público”, publicado en 1990, que prometía un “nuevo y más coherente marco legal para la sentencia” con el fin de promover “un enfoque más consistente al juzgamiento, de manera que los infractores reciban lo que merecen”¹³².

2.1.4. Ley de Justicia Penal de 1991

Finalmente, la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1991 entró en vigor en octubre de 1992 y fue considerada por el gobierno como uno de “los cambios más fundamentales y profundos de al menos medio siglo, de la forma en que sanciona a los infractores”¹³³.

El nuevo marco establecía que sólo los delitos más graves debían ser castigados con prisión y que los delitos menos graves debían ser abordados mediante algunas de las siguientes disposiciones: Liberación sin cargos (*discharges*), penas financieras (*financial penalties*) y sanciones comunitarias (*community penalties*)¹³⁴.

Para esto la legislación estableció una fórmula a través de la cual se compelió a los tribunales a focalizarse en la gravedad del delito y sólo en caso que el delito mismo o uno asociado fuera de tal seriedad que sólo una sentencia de prisión pudiera justificarse, sólo en ese caso podían los tribunales condenar al infractor a una pena de cárcel¹³⁵.

¹³⁰ VAN NESS, Daniel. “Anchoring just deserts. Censure and Sanctions by Andrew Von Hirsch Review”. *Criminal Law Forum*, Vol. 6, N° 3 (1995), pp. 507-517, p. 508.

¹³¹ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. LARRAURI, Elena (Trad.). Madrid: Trotta, 1998, p. 100.

¹³² HOME OFFICE. *Crime, Justice and Protecting the Public*, 1990, paras. 1.5-1.6. Cit.: WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 37.

¹³³ David Waddington, Home Secretary, *The Times*, 6 de febrero de 1990. Cit.: WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 37.

¹³⁴ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 40.

¹³⁵ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 41.

La misma lógica se siguió en relación a las sanciones comunitarias, compeliendo a los tribunales a focalizarse en la gravedad del delito y sólo en el caso en que el delito mismo o uno asociado fuera de tal seriedad que sólo una sentencia comunitaria pudiera justificarse, podía en tal caso imponerla. De esta forma se buscó dar respuesta a las críticas asociadas a la expansión de la red penal o “*netwidening*” de manera que los tribunales evitaran sentenciar al cumplimiento de sanciones comunitarias a condenados que en atención a la gravedad de la ofensa, hubieren merecido una pena financiera¹³⁶.

La escala propuesta en esta regulación contenía a la base la posibilidad de liberar incondicionalmente o condicionalmente sin cargos (*absolute discharge and conditional discharge*). Esta facultad ya se encontraba regulada en la Ley de Potestades Penales de las Cortes (*Powers of Criminal Courts Act*) de 1973, que les permitía liberar incondicionalmente o condicionalmente sin cargos a aquellos infractores respecto de los cuales, teniendo en cuenta las circunstancias, incluyendo la naturaleza del delito y el carácter del sujeto, aparecía inoportuno infligir un castigo y la *probation* no parecía apropiada. En el caso de que liberación se condicionara, la condición a imponer consistía en no cometer nuevos delitos por un lapso de tres años, tras lo cual quedaba liberado de cargos, sin antecedentes penales. En particular, la nueva normativa no introdujo modificaciones a este respecto, más que incorporarlas a la citada legislación¹³⁷.

Luego, en la escala de severidad le seguían las multas, ofreciendo una respuesta para los delitos menores, aunque su principal innovación fue su introducción a través del mecanismo de los días-multa, para todos aquellos casos en los cuales el perseguido no fuera una empresa. La ley establecía que el día-multa debía ser estar compuesta de un número de unidades que fuera proporcional a la gravedad del delito, y en el cual el valor de la unidad debía ser calculado de acuerdo con el ingreso disponible semanal del infractor¹³⁸. Fuera de las consideraciones de proporcionalidad, esta regulación buscó hacerse cargo de las críticas efectuadas a las multas fijas, en el sentido que podían resultar fáciles de satisfacer en el caso de condenados de buena situación económica y muy onerosas para aquellos económicamente carenciados.

Siguiéndoles en severidad se encontraban las sentencias comunitarias. Si bien institutos como la *probation*, los servicios comunitarios y la asistencia diurna a centros ya se encontraban a disposición de los Tribunales mediante legislaciones previas, la mayor innovación es que las sentencias comunitarias fueron explícitamente reconocidas como sanciones “en su propio derecho”, dejando de ser concebidas como alternativas a la cárcel, por lo tanto “elevándoles el estatus”¹³⁹.

Las sentencias comunitarias estaba compuestas por las siguientes órdenes: *probation*, servicios comunitarios (*community service*), ordenes combinadas (*combination order*),

¹³⁶ ASHWORTH, Andrew. “Criminal Justice Act 1991: Part 2: Non-custodial sentences”. *Criminal Law Review* (1992), pp. 1-7, p. 3.

¹³⁷ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 2.

¹³⁸ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, pp. 2-3.

¹³⁹ SANDERS, Alan; SENIOR, Paul. (Eds.), *Jarvis’ Probation Service Manual*, 5° edición. Sheffield: Pavic Publications, 1994, p. 125. En WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 41.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

reclusión (*curfew*), orden de supervisión (*supervision order*), orden de asistencia a un centro (*attendance center order*); sin embargo, estas dos últimas sólo eran aplicable para el caso de jóvenes. Los Tribunales estaban facultados para imponer una o varias órdenes para su cumplimiento, salvo el caso de la combinación entre la *probation* y los servicios comunitarios, que de por sí daban lugar a las órdenes combinadas.¹⁴⁰ Para efectos de su imposición, se requería contar con el consentimiento del condenado.

Para poder elegir entre la sentencia comunitaria más adecuada, los tribunales debían considerar aquella que fuera más idónea para el infractor, y que las restricciones impuestas fueran proporcionales a la gravedad del delito. Si bien esta regulación da a entender que en la decisión de la pena a imponer se busca atender tanto a justificaciones basadas en el merecimiento como aquellas basadas en la rehabilitación del condenado, la interpretación más adecuada apuntaba a primero decidir la pena a imponer en base a criterios de retribución y que luego para decidir entre dos o más penas que tengan la misma severidad, se tenga en cuenta aquella que resulta más idónea para el infractor¹⁴¹.

Como se señaló, todas las órdenes comprendidas en la sentencias comunitarias, salvo la de reclusión estaban ya reguladas en legislaciones anteriores. En el caso de esta última, se contempló por primera vez la posibilidad de que el infractor fuera condenado a permanecer en su domicilio o en otro lugar determinado por un plazo no inferior a dos horas ni superior a 12 horas diarias, por una extensión máxima de 6 meses. Asimismo, la citada legislación contempló otra innovación, estableciendo, la posibilidad de que la supervisión se efectuara a través de monitoreo electrónico¹⁴². Al respecto, resulta pertinente mencionar que al momento de la dictación de ésta legislación, Inglaterra ya había comenzado a testear esta tecnología en agosto de 1989 sin mucho éxito, dada la baja cantidad de personas que fueron derivadas a su utilización, aparentemente atribuible a la reticencia inicial de los tribunales¹⁴³.

Si bien se ha planteado que la regulación en la Ley de Justicia Penal de 1991 le brindó nuevas posibilidades de uso al monitoreo electrónico, no fue sino hasta la dictación de la Ley de Justicia Penal y Orden Público de 1994 que éste se instauró definitivamente como tecnología de supervisión de las reclusiones, comenzando con los segundo ensayos en 1995¹⁴⁴.

En cuanto al incumplimiento y la revocación de las penas comunitarias, nuevamente se buscó limitar el uso de la prisión como respuesta a las violaciones, bastando un pequeño

¹⁴⁰ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 3.

¹⁴¹ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, pp. 3-4. Dicha interpretación resulta consistente con los criterios esbozados por Von Hirsch y Wasik, que concebían la formulación de justificaciones basadas en criterios utilitaristas como el de rehabilitación, sólo en la medida que obraran dentro de un marco general de retribución.

¹⁴² ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 4.

¹⁴³ MAIR, George; NEE, Claire. *Curfew orders with electronic monitoring: the trials and their result*, Home office Research Study 163, Londres: London Home Office, 1990, p. 65.

¹⁴⁴ MAIR; George; MORTIMER, Ed, *Curfew orders with Electronic Monitoring*, Home Office Research Studies N° 163, Londres: Home Office, 1996, p. 1.

aumento de la severidad de la pena como respuesta¹⁴⁵. En efecto, frente a los incumplimientos de la *probation*, el servicio comunitario y las órdenes combinadas, la regulación estableció un procedimiento en escala, que primero comprendía las advertencias o sanciones administrativas por parte del ente encargado de supervisarlas, estos es, el Servicio de *Probation*. La segunda etapa, suponía que el condenado fuera devuelto al tribunal para iniciar el procedimiento por incumplimiento (*breach proceedings*) y eventualmente se le impusiera una sanción consistente en la aplicación de una multa o la imposición de hasta 60 horas de servicios comunitarios. En todos estos casos la orden original se mantenía en ejecución, aun cuando la legislación también preveía la posibilidad de su revocación¹⁴⁶. La idea tras esta regulación, como se precisó en el anteproyecto, fue el de tener en cuenta que si

“(…) los procedimientos son demasiado laxos, la confianza en las sanciones comunitarias se verán socavadas. Por otro lado, si los procedimientos son demasiado estrictos, por ejemplo, permitiendo que infracciones disciplinarias menores sean castigadas con cárcel, existe el riesgo que de que infractores que de otra forma no hubieren sido encarcelados, terminen cumpliendo su sanción en la cárcel”¹⁴⁷, mostrando nuevamente su preocupación por los efectos del “*netwidening*”.

Respecto de la posibilidad suspender la sentencia (*suspended sentence*), si bien el anteproyecto se había inclinado por su derogación considerando ciertas críticas que la ilustraban como un “perdonazo” y atribuían un mal uso por parte de los tribunales, finalmente la Ley de Justicia Penal de 1991 consideró esta herramienta legal para los casos más serios pero autorizando uso sólo “justificada en las circunstancias excepcionales del caso”¹⁴⁸.

Finalmente otra regulación novedosa que trasciende a la consagración de las sentencias comunitarias, consistió por un lado en la obligación impuesta a los tribunales de considerar sólo el delito por el cual se estuviera juzgando y un delito asociado al mismo, bajo la regla “de los dos delitos” y la prohibición impuesta a los tribunales de agravar las penas en función de la existencia de condenas anteriores, ya sea de cárcel o de carácter comunitario. Ambas sin duda constituyeron unas de las proscipciones más controversiales de la citada legislación en la medida que buscaban que la severidad viniera dada por el hecho cometido y no por la historia criminal del condenado o de que a través de la sumatoria de delitos menores se terminara finalmente recurriendo nuevamente a la cárcel¹⁴⁹. Esta solución ya había sido adoptada a nivel de la jurisprudencia a través de la doctrina denominada de la “pérdida progresiva de mitigación” (*progressive loss of mitigation*), por la cual se aceptaban rebajas a la pena en el caso de los primerizos, pero ya en el caso de posteriores delitos la posibilidad de rebaja disminuía debiendo imponerse la pena proporcional al

¹⁴⁵ VON HIRSCH/WASIK, “Non custodial penalties”, cit. nota n° 126, p. 5.

¹⁴⁶ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 4.

¹⁴⁷ LIBRO BLANCO, para. 4.18. Cit.: ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 4.

¹⁴⁸ LIBRO BLANCO, para. 3.19-3.22. Cit.: ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 5.

¹⁴⁹ GIBSON, Brian; ASHWORTH, Andrew. “The Criminal Justice Act 1993: Part 2: Altering the sentencing framework”, *Criminal Law Review*, 1994, pp. 101-109, p. 101.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

delito, no debiendo tampoco el sentenciador agravar la pena indefinidamente por cada delito adicional¹⁵⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de considerar condenas anteriores no quedó totalmente erradicada, en la medida que en la decisión acerca de la sanción que resulta más idónea para el infractor de entre dos o más penas que ostentan igual severidad, los tribunales podían considerar la existencia de condenas anteriores¹⁵¹.

Esta legislación fue acogida con beneplácito representantes del mundo académico británico y también por destacadas ONGs. como NACRO (*National Association for the Care and Resettlement of Offenders*), aunque encontró resistencias de la principal asociación gremial de trabajadores del Servicio de Probación, NAPO (Professional Association and campaigning organisation for Probation and Family Court staff)¹⁵².

La ley fue inicialmente muy exitosa en el logro de sus metas trazadas, principalmente de reducir la población carcelaria. Las estadísticas oficiales de esa época mostraron una caída en el uso de la cárcel, especialmente entre los reincidentes, un aumento en el uso proporcional de multas y de las sentencias comunitarias¹⁵³.

Sin embargo, estas tendencias positivas tuvieron una vida corta, ya que el encarcelamiento comenzó a aumentar de nuevo en 1993, y aun cuando las sanciones comunitarias se continuaban expandiendo en cuanto a su uso, esto no estaba tendiendo ningún efecto aparente en las tasas de encarcelamiento¹⁵⁴, materializando todos miedos relativos a la ampliación de la red de control penal¹⁵⁵. Además, se presentó en dicho período una resistencia por parte de los tribunales aceptar los programas, las tecnologías y las estrategias que implicaba el fortalecimiento de las sanciones fuera de la prisión¹⁵⁶.

A lo anterior se sumó la percepción instalada en la magistratura relativa a la pérdida de la discreción, especialmente a partir de la implementación de los días-multa. En particular, se formularon críticas a que mediante dicho sistema se imponían multas irrisorias, toda vez que los condenados de precaria situación económica eran sancionados con elevadas multas, por una lado; mientras que algunos magistrados eran más bien reacios sancionar con multas elevadas a los condenados más adinerados¹⁵⁷, por el otro, sumando a un aumento en el encarcelamiento producto del no pago de la multa¹⁵⁸. En la misma línea, se planteó la

¹⁵⁰ VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian. “Legislating sentencing principles: the provisions of the Criminal Justice Act 2003 relating to sentencing purposes and the role of previous convictions”. *Criminal Law Review*, 2004, pp. 639-652, p. 644.

¹⁵¹ ASHWORTH, “Criminal Justice Act 1991”, cit. nota n° 136, p. 4.

¹⁵² WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 38.

¹⁵³ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 144.

¹⁵⁴ NEWBURN, Tim. “Tough on crime: Penal policy in England and Wales”. *Crime and Justice*, Vol. 36, N° 1 (2007), pp. 425-470, pp. 433 y ss.

¹⁵⁵ COHEN, “The punitive city”, cit. nota n° 102, p. 347.

¹⁵⁶ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 46.

¹⁵⁷ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 45.

¹⁵⁸ GIBSON/ASHWORTH, “The Criminal Justice Act 1993”, cit. nota n° 149, p. 105.

inviabilidad de la “regla de los dos delitos” y la restricción para considerar condenas anteriores, toda vez que dejaba a los tribunales sin atribuciones para el manejo adecuado de los infractores reincidentes¹⁵⁹.

2.1.5. Ley de Justicia Penal de 1993

Todo esto llevó a que para el año 1993 precisamente estas últimas tres innovaciones fueran derogadas mediante la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1993, antes incluso que pudieran resolverse sus problemas iniciales “invirtiendo efectivamente todo el *ethos* del acto original”¹⁶⁰. Especialmente la derogación de los días-multa, sigue siendo uno de los giros más inexplicables de la legislación inglesa, que en última instancia se atribuye más a un fracaso político que los problemas relativos su aplicación misma¹⁶¹.

A pesar de ello, los autores coinciden en que esta pieza legislativa sigue siendo la más significativa del último cuarto del siglo XX¹⁶².

Ya en este punto el gobierno británico volvía directamente a lo básico, declarando la primera autoridad política:

“Seamos claros. La prisión funciona. Se asegura de que estamos protegidos de asesinos, asaltantes y violadores - y hará que muchos que están tentados de cometer delitos, lo piensen dos veces Esto significa que mucha más gente irá a la cárcel. No me retracto de eso. Ya no juzgaremos el éxito de nuestro sistema de justicia por la caída de nuestra población carcelaria”¹⁶³.

Este discurso está en la línea con cambios más estructurales en las políticas penales observados por varios autores a partir de mediados de los años 1990 en los EE.UU. y Gran Bretaña, que han caracterizado estas tendencias como políticas penales más “punitivas y populistas” o más orientadas hacia discursos que reclaman la “ley y orden” en materia de control de la delincuencia¹⁶⁴. En el caso británico, alrededor de 1993/1994 se abandonó cualquier intento oficial de reducir o incluso mantener una población carcelaria estable. Este “giro punitivo” puede ejemplificarse claramente con la introducción de la Ley de Justicia Penal de 1993, que como se señaló revirtió algunos de los elementos claves de la legislación de 1991, en particular los criterios que justifican el uso restrictivo de la cárcel.¹⁶⁵

Con posterioridad se promulgaron leyes como la Ley de Justicia Penal y Orden Público (*Criminal Justice and Public Order Act*) de 1994, que reforzó aún más el castigo privativo

¹⁵⁹ GIBSON/ASHWORTH, “The Criminal Justice Act 1993”, cit. nota n° 149, p. 101.

¹⁶⁰ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 44.

¹⁶¹ CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*. cit. nota n° 100, p. 123.

¹⁶² WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 55.

¹⁶³ Michael Howard, Ministro del Interior, Conservative Party’s speech, 13 de octubre de 1993. Cit.: WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 47.

¹⁶⁴ GARLAND, *La Cultura del Control*, cit. nota n° 112, p. 49. REINER, *Law and Order*, cit. nota n° 114 p. 92; NEWBURN, “Tough on crime”, cit. nota n° 154, p. 438.

¹⁶⁵ NEWBURN, “Tough on crime”, cit. nota n° 154, p. 434.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

de la libertad, especialmente para los jóvenes. Además en posteriores trabajos del gobierno, como el titulado “Fortalecimiento del castigo en la comunidad” (*Strengthening Punishment in the Community*) de 1995, aun se cuestionaba el papel de la comunidad y de sanciones como la *probation*, que continuaban siendo percibidas como “opciones suaves”¹⁶⁶.

Con la llegada del gobierno laborista al poder en 1997, nuevamente se efectuó una revisión del sistema sancionatorio, sin embargo, las propuestas distaron bastante de desafiar la retórica más bien punitiva que se había instalado¹⁶⁷. Esto se ve graficado en la célebre frase acuñada por el Primer Ministro Tony Blair “Duro con delito y duro con las causas del delito” (*Tough on crime and tough on the causes of crime*).

Bajo este nuevo gobierno hubo un regreso a la ideología de la rehabilitación, fundamentalmente de la mano del movimiento del “Qué funciona” (*What Works*) surgido en Norteamérica y que pregonaba el tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la evidencia, junto con explotar la idea que estas sanciones debían estar al servicio de la “Protección del público” y la “reducción del riesgo”¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. Unas de las primeras medidas en la línea del endurecimiento de las sentencias comunitarias consistió en agregar otra orden al catálogo de sentencias comunitarias existentes consistente en el control periódico de consumo de drogas con la Orden de tratamiento y de testeo de drogas (*Drug treatment and testing order*) en la Ley del delito y el desorden (*Crime and disorder Act*) de 1998; la eliminación del consentimiento del condenado para la imposición de las sentencias comunitarias en virtud de Ley de las sentencias penales (*Crime Sentences Act*) de 1997; y la entrega a la magistratura de nuevos poderes en caso de violación de una orden mediante la Ley de Potestades Penales las Cortes (*Powers of Criminal Courts Act*) de 2000. Junto con lo anterior, en 2000 se efectuó un reordenamiento de las sentencias comunitarias existentes en las siguientes: Orden de rehabilitación comunitaria (*Community rehabilitation Order*) símil de la anterior *Probation*; Orden de castigo comunitario (*Community punishment order*), símil de los servicios comunitarios; Orden combinada (*Combination Order*); Orden de exclusión (*Exclusion order*); Orden de abstinencia de drogas (*Drug abstinence order*); junto con profundizar nuevamente las facultades de los tribunales en caso de violación de la orden¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Home Office (1995c) *Strengthening Punishment in the Community*, Cmnd. 2780. London: HMSO, p. 11. Cit.: WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 51.

¹⁶⁷ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 62.

¹⁶⁸ CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*, cit. nota n° 100, pp. 143-144.

¹⁶⁹ Este enfoque está basado en investigaciones realizadas entre otros por Palmer, Cullen, Gilbert, Gendreau y Ross, que desafiaron la postura de “Nada funciona” (*Nothing Works*) surgida luego de las publicaciones de Martison, quienes encontraron evidencia en base a estudios de metanálisis acerca de la existencia de prácticas basadas en enfoques cognitivos-conductuales y la teoría del aprendizaje social que mostraban reducciones importantes en la reincidencia, abogaban por la necesidad de evaluar el riesgo de reincidencia de los infractores y de focalizar las intervenciones en los factores de riesgo o necesidades criminógenas de éstos, como uno de los elementos claves de las denominadas prácticas efectivas. Sobre el particular véase CULLEN, Francis; GILBERT, Karen. *Reaffirming rehabilitation*. Cincinnati: Anderson, 1982, pp. 147-216; MCGUIRE, James; PRIESTLEY, Philip, “Reviewing “What Works”: Past, Present and future”. En: MCGUIRE, James (Ed.), *What Works: Reducing offending. Guidelines from research and practice*. West Sussex: Wiley, 2006, pp. 3-34.

¹⁷⁰ CANTON, *Probation*, cit. nota n° 121, p. 59.

Estas modificaciones además vinieron de la mano con la introducción en la mencionada Ley del delito y el desorden de 1998, del Panel Consultivo de las Sentencias (*Sentencing Advisory Panel*), órgano encargado de entregar las primeras Guías o directrices del sentenciamiento (*Sentencing Guidelines*), que fueron introducidas no sólo con el propósito de promover mayor consistencia entre las sentencias, sino también bajo el fin de reconocer que la función de entregar directrices de sentenciamiento corresponde a una función de política pública, en la que si bien los jueces cuentan con una amplia experiencia, también deben confluír otras perspectivas como por ejemplo, la de los encargados del sistema penitenciario, los funcionarios de probation, la policía, los fiscales y también el mundo académico, entre otros actores¹⁷¹.

Asimismo, en 2001 se efectuó la mayor revisión por parte del gobierno del sistema sancionatorio, a través del denominado Reporte de Halliday (*Halliday Report*) de 2001, que sirvió de base a la legislación que sucedería en la materia. Halliday estaba particularmente preocupado de las críticas efectuadas a la legislación de 1991, que como se señaló, fue considerada inadecuada para el manejo de los infractores “peligrosos y persistentes”. En ese contexto, recomendó el reemplazo de las sanciones comunitarias existentes, por una sola “sentencia comunitaria”, cuyo contenido exacto sería decidido por los sentenciadores atendiendo a las necesidades y requerimientos de cada caso individual, visión que fue plasmada en la legislación de 2003¹⁷².

2.1.6. Legislación vigente: Ley de Justicia Penal de 2003

La legislación penal vigente en la actualidad, la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 2003, si bien, como la mayoría de las legislaciones anteriores, buscó unificar y clarificar las disposiciones existentes, su mayor preocupación fue el hacer más efectivo el sistema de justicia y el juzgamiento, y en efecto, las reformas centrales precisamente se concentran en este último¹⁷³.

Uno de los primeros aspectos a destacar de esta reforma, fue que por primera vez en una legislación, se hace mención explícita a las justificaciones del castigo. Para esto, la sección 142 establece la obligación de los Tribunales de atender a los siguientes fines: el castigo (merecido), la reducción del delito (incluyendo la disuasión), la reforma y rehabilitación, la protección del público y la reparación de la víctima¹⁷⁴.

¹⁷¹ ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. “The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales”, en: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 3-4.

¹⁷² CANTON, *Probation*, cit. nota n° 121, p. 62.

¹⁷³ WORRALL/HOY, *Punishment in the Community*, cit. nota n° 124, p. 66.

¹⁷⁴ “Sección 142. Los propósitos del castigo. Cualquier tribunal que se ocupe del juzgamiento de un infractor en relación a la comisión de un delito, deberá considerar los siguientes propósitos:

- A) el castigo de los infractores,
- B) la reducción de la delincuencia (incluida su reducción mediante la disuasión),
- c) la reforma y rehabilitación del infractor,
- d) la protección del público, y
- e) la reparación de los delincuentes a las personas afectadas por sus delitos.”

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Más allá de las discusiones que puedan suscitarse respecto de si la protección del público y la reparación de la víctima pueden ser comprendidas como justificaciones independientes de las otras¹⁷⁵, lo cierto es si bien resulta loable buscar dar mayor claridad al sentenciador respecto de los objetivos perseguidos con la sanción penal, el simple hecho de enumerar los propósitos sin establecer prioridades entrega escasa claridad a la labor de juzgamiento¹⁷⁶. A mayor abundamiento, la citada regulación más bien presenta una articulación “confusa e inconsistente de propósitos”, generando más bien un retroceso. En efecto, en virtud de dicha regulación, los tribunales debieran considerar como confluyen cada una de esas justificaciones en cada caso, lo cual puede generar un caos y persistentes contradicciones. Por ejemplo, si el fin perseguido es el de la disuasión general o incapacitación, esto anula consideraciones de proporcionalidad que quisieran tenerse presente, buscando más bien aumentar la severidad que el que la pena sea proporcional al delito¹⁷⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, el acento sin duda está puesto en la prevención del delito como fin último, lo que da cuenta de la intensión del gobierno de enfocarse en formas eficaces de prevenir el delito. Más allá de las declaraciones de principios, lo cierto es que esta legislación aún mantiene normas que buscan someter a criterios de proporcionalidad y de *ultima ratio* tanto el uso de la prisión como de las sentencia comunitarias, similares a la de la legislación de 1991. De esta forma, se establece en la secciones 152 y 153 que los tribunales no deben sentenciar a una pena de cárcel, a menos que sea de la opinión que el delito es tan serio que ni una multa ni una sentencia comunitaria puede ser justificada, a la vez que establece que las sentencias de prisión debían ser lo más cortas posibles, conmensurables a la gravedad del delito¹⁷⁸.

Sin embargo, la consagración de esta regla en previas legislaciones como la de 1991 no fue óbice para que los tribunales aplicaran el principio de proporcionalidad con timidez¹⁷⁹.

En relación a la consideración de condenas previas, la presente regulación más bien parece abandonar la doctrina de la “pérdida progresiva de mitigación”, abrazando más bien un

¹⁷⁵ Respeto de la protección del público y su vinculación con otros fines como el de incapacitación, véase, LACEY, Nicola. *State punishment. Political principles and community values*. Londres: Routledge, 1988, p. 33. Para el caso de la reparación véase ZEDNER, Lucia. “Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, N° 2 (1994), pp. 228-250; DOLINKO, David. “Restorative Justice and the Justifications of Punishment”. *Utah Law Review*, 2003, pp. 319-342; ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, trad. por Maier, J.. En: MAIER, Julio; CARRANZA, Elías (Eds.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 10.

¹⁷⁶ VON HIRSCH/ROBERTS, “Legislating sentencing principles”, cit. nota n° 150, p. 640.

¹⁷⁷ ASHWORTH, Andrew, PLAYER, Elaine. “Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions”, *The Modern Law Review*, Vol. 68, N° 5 (2005), pp. 822-838, p.825.

¹⁷⁸ “Sección 152. Restricciones generales a la imposición de penas privativas de libertad: (2) El tribunal no debe pasar una pena privativa de libertad a menos que considere que el delito o la combinación del delito y uno o más delitos relacionados con él son tan graves que ni una multa ni una condena comunitaria puede ser Justificado por el delito.”

“Sección 153 Duración de las penas privativas de libertad: disposición general 2) la pena privativa de libertad debe ser por el menor plazo (que no exceda el máximo permitido) que, a juicio del tribunal, sea proporcional a la gravedad del delito o la combinación del delito y uno o más delitos asociados con él”.

¹⁷⁹ VON HIRSCH/ROBERTS, “Legislating sentencing principles”, cit. nota n° 150, p. 642.

“modelo acumulado” de conformidad con la regla establecida la Subsección 143(2), permitiendo aumentos de la severidad de las penas en función de cada condena previa. El problema que presenta esta solución es que un infractor que comete un delito menor y tiene repetidas condenas, puede recibir una sentencia mucho más severa que otro infractor que ha cometido un acto más dañino y reprochable, solución que aparece cuestionable más aun considerando que los infractores reinciden más bien por la concentración de factores de riesgo que porque sencillamente deseen desafiar el ordenamiento jurídico¹⁸⁰. Asimismo, resulta necesario tener presente la evidencia acerca del funcionamiento de legislaciones severas para abordar estos infractores reincidentes por delitos menores, ha mostrado tener efectos disuasorios o de incapacitación marginales sino inexistentes¹⁸¹, donde a mayor abundamiento, resulta cuestionable, el que la misma legislación no establezca límites en cuanto a las condenas previas a invocar.

En relación a las sentencias disponibles, la legislación mantiene la triada entre la liberación sin cargos (*discharges*), penas financieras (*financial penalties*) y sanciones comunitarias (*community penalties*), regulando también un sistema combinado de cárcel y éstas últimas (*intermittent custody* y *custody plus*). Al igual que en legislaciones anteriores y a diferencia de la tradición continental que suele vincular la imposición de estas sanciones a determinados tipos penales o marcos de pena, en la legislación inglesa, los requisitos de procedencia vienen dados, como se señaló, en la medida que el delito sea lo suficientemente serio para que se imponga una de estas medidas¹⁸².

De lo anterior además queda en evidencia que los mecanismos alternativos establecidos en la ley (liberación sin cargos, penas financieras y comunitarias) no están destinados exclusivamente para infractores primerizos, sino que precisamente estas concebidos para hacer frente a la delincuencia en aquellos casos de baja y mediana gravedad, debiendo considerar la reincidencia para agravar la pena, pero sólo pudiendo imponer una pena de cárcel en el caso que el delito sea lo suficiente serio, debiendo por lo tanto, siempre preferir las alternativas.

¹⁸⁰ VON HIRSCH/ROBERTS, “Legislating sentencing principles”, cit. nota n° 150, pp. 643-644.

¹⁸¹ ASHWORTH/PLAYER, “Criminal Justice Act 2003”, cit nota n° 177, pp. 825-826.

¹⁸² Para determinar la gravedad del delito, el tribunal deberá seguir las siguientes reglas de conformidad con lo dispuesto en la sección 143:

“(1) Al considerar la gravedad de cualquier delito, el tribunal debe considerar la culpabilidad del infractor al cometer el delito y cualquier daño que el delito causó, tenía la intención de causar o podría previsiblemente haber causado.

(2) Al considerar la gravedad de un delito (“el delito actual”) cometido por el infractor que tiene una o más condenas anteriores, el tribunal debe considerar cada condena anterior como un factor agravante, si (en el caso de esa condena) el Tribunal de Primera Instancia considera que puede razonablemente ser tratado teniendo en cuenta, en particular:

(A) la naturaleza del delito al que se refiere la condena y su relevancia para el delito actual, y

(B) el tiempo transcurrido desde la condena.

(3) Al considerar la gravedad de cualquier delito cometido mientras el infractor se encontraba bajo fianza, el tribunal debe considerar que el hecho de haber sido cometido en esas circunstancias fue un factor agravante.

(4) Cualquier referencia en la subsección (2) a una convicción anterior debe leerse como una referencia a:

(A) una condena anterior por un tribunal en el Reino Unido, o una condena previa por un tribunal de otro Estado miembro de un delito pertinente en virtud de la legislación de ese Estado,...

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Entrando al análisis de cada una de estas sentencias, la legislación de 2003 no innovó en el caso de la liberación sin cargos, pues estos continuaron siendo regulados en la sección 12 de Ley de Potestades penales de las Cortes (*Powers of Criminal Courts (Sentencing)*) de 2000, permitiendo la liberación incondicional, es decir no aplicando la sentencia y sobreseyendo totalmente en forma inmediata; o condicionalmente, bajo la condición de no cometer delitos en un período de hasta tres años, tras el cual el infractor es sobreseído. Para que el tribunal pueda decretar la liberación, es preciso que justifique que sería “inconveniente decretar un castigo”. Sobre el particular, cabe hacer presente que en virtud *R v Patel* de 2006, se estableció jurisprudencialmente su efecto, estableciendo que la condicionalidad no constituye una condena a menos que el individuo incumpla la condición, caso en el cual debe ser re-sentenciado.

En el caso de las multas, la legislación de 2003 mantuvo la regulación en base a penas fijas, las cuales pueden ser impuestas respecto de la mayoría de los delitos, sin límite en cuanto al monto, en la medida que la multa refleje la gravedad del delito, debiendo también considerar la circunstancias financieras del sujeto, pudiendo ordenar al infractor la entrega de la información necesaria para efectos de la determinación de su cuantía, de conformidad con lo dispuesto en la sección 164.

Las mayores reformas se presentan en relación a las sanciones comunitarias. Al respecto, el Reporte de Halliday, referido anteriormente, consideró que existía una falta de claridad en el marco legal que daba vida a las sentencias comunitarias, particularmente en relación a sus justificaciones penológica y su “peso punitivo”¹⁸³. Considerando lo anterior, recomendó la generación de una sentencia comunitaria genérica, que pudiera ser interpuesta de manera “customizada” o individualizada a los requerimientos del delito y el infractor¹⁸⁴. La idea detrás de lo anterior es que el sentenciador pudiera elegir entre uno o más de los siguientes requerimientos que pudiere ser impuestos en la sentencia, de conformidad con las secciones 199-213: servicios comunitarios (*unpaid work requirement*) (40-300 horas a ser completadas en 12 meses), supervisión (*supervision requirement*)¹⁸⁵ (hasta 36 meses), asistencia a programa acreditado (*program requirement*), asistencia a programa rehabilitación en drogas (*drug rehabilitation requirement*) (hasta 36 meses), asistencia a programa rehabilitación en alcohol (*alcohol treatment requirement*) (hasta 36 meses), asistencia a programa de salud mental (*mental health treatment requirement*) (36 meses), residencia en un lugar específico (*residence requirement*) (hasta 36 meses), realización de actividad específica (*activity requirement*) (hasta 36 meses), prohibición de realizar una actividad (*prohibited activity requirement*) (hasta 36 meses), fijación de zonas de exclusión (*exclusion requirement*) (hasta 24 meses), reclusión domiciliaria o en lugares determinados (*curfew requirement*) (hasta 12 meses, entre 2-6 horas diarias), asistencia a centro (*attendance centre requirements*) (12-36 horas con un máximo de 3 horas por asistencia), prohibición de viaje (*foreign travel prohibition requirement*) (hasta 12 meses) y abstinencia de alcohol y monitoreo (*alcohol abstinence and monitoring requirement*) (hasta 120 días).

¹⁸³ ASHWORTH/PLAYER, “Criminal Justice Act 2003”, cit. nota n° 177, pp. 829-830.

¹⁸⁴ Halliday Report, 2001, paras 6.2-6.4. Cit.: ASHWORTH/PLAYER, “Criminal Justice Act 2003”, cit. nota n° 177, p. 830.

¹⁸⁵ Símil de la orden tradicional de *probation*.

Originalmente eran 12 requerimientos, pero la Ley de ayuda legal, juzgamiento y castigo de los infractores (*The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*) de 2012 agregó estos últimos.

Más recientemente, mediante una modificación introducida en 2014 a la Ley de Rehabilitación de infractores (*Rehabilitation of offenders Act*) de 1974, que estuvo orientada fundamentalmente a establecer una supervisión luego de la liberación de hasta 12 meses para aquellos que hubieren cumplido condenas de cárcel de corta duración, se reemplazó el requerimiento de “supervisión” por el de “rehabilitación” (*rehabilitation*). De acuerdo a esta regulación, este nuevo requerimiento –que a su vez da forma a la antigua orden de *probation*– puede incluir: instrucciones para participar en actividades especificadas; instrucciones para ir a un lugar especificado; participar en actividades que forman parte de un programa acreditado; y realizar actividades con un fin reparador, como la justicia restaurativa. Con ese último sub-requerimiento, como se observa, se da forma al propósito de reparación declarado por la legislación de 2003, que sólo tenía asidero en el requerimiento relativo a los servicios comunitarios.

De acuerdo a la literatura, el propósito de esta transformación desde las sentencias comunitarias a la orden comunitaria genérica fue el de incrementar la credibilidad de las sentencias en la comunidad, buscando ser más “punitiva y demandante” que varias de sus predecesoras. También buscó simplificar y racionalizar el abanico confuso de sanciones existentes con anterioridad, ser flexible y evitar que infractores fueran encarcelados¹⁸⁶.

En relación a la procedencia de la sentencia comunitaria, la sección 148 también da cuenta de la operacionalización del principio de proporcionalidad, al establecer que dichas sentencias no deben ser impuestas a menos que el delito sea lo suficiente serio como para que se justifique y que el requerimiento resulte ser el más idóneo para el infractor y conmensurable con la gravedad del delito de conformidad con lo establecido en la sección 151. Asimismo, la norma establece que en el caso que un infractor haya sido previamente condenado tres o más veces solamente a una multa, los tribunales pueden imponer una sanción comunitaria considerando “los intereses de la justicia”, aunque el delito no sea lo suficientemente serio para imponer dicha pena.

Resulta, sin embargo, necesario dar cuenta que la misma legislación contiene limitaciones respecto del juzgamiento a una orden comunitaria, tratándose de aquellos casos cuya pena está fijada por la ley (*fixed by law*), de conformidad con lo dispuesto en la sección 150, y que refieren casos de tráfico de drogas y de condenados por tercera vez por robo en lugar habitado, en cuyo caso el tribunal debe imponer una sentencia de 3 años.

En caso de violación de un requerimiento, al igual que la regulación de 1991, se establece que primero corresponde la advertencia administrativa, pero que a la segunda vez, se activan los procedimientos ante los tribunales, los cuales pueden o aumentar la severidad de la orden vigente pudiendo incluso imponer hasta 51 semanas de cárcel o revocarla y re-

¹⁸⁶ MAIR, George. “The community order in England and Wales: Policy and practice”. *Probation Journal*, Vol. 58, Nº 3 (2011), pp. 215-232, p. 221.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

juzgar al condenado por la sentencia original de conformidad con lo dispuesto en el apéndice 8º relativo al incumplimiento o violación de la orden.

La regulación original además contemplaba la posibilidad de imponer sentencias “híbridas”¹⁸⁷ para el caso de penas de hasta 12 meses, las que podían ser impuestas por un mínimo de 28 a 51 semanas, consistentes en el encarcelamiento intermitente (*intermittent custody*), que permitía que una persona fuera a prisión en tiempos interrumpidos entre un total de 14 y 90 días; y el encarcelamiento adicional (*custody plus*) en virtud de las cuales se podía combinar períodos breves de encarcelamiento sucedidos por el cumplimiento de los requerimientos de la orden comunitaria, en los cuales el máximo permitido para el encarcelamiento era de 13 semanas. Si bien fueron introducidas para hacerse cargo de la situación de las penas de corta extensión, fueron criticadas no sólo por la posibilidad real de aumentar el uso de la cárcel, sino también debido a que resultaba inexplicable la solución de encarcelar aun por períodos cortos a infractores usualmente condenados a una sentencia comunitaria y que no representan a la larga un riesgo o daño al público¹⁸⁸. Estas sanciones si bien fueron piloteadas, finalmente no entraron en vigor y terminaron siendo derogadas por la Ley de 2012 ya mencionada.

Respecto de la suspensión de las sentencias, este instituto al igual que en legislaciones pretéritas se mantuvo. Sin embargo, la posibilidad de imponerla fue enmendada por la misma ley de 2012, que estableció la posibilidad de decretar una “orden de sentencia suspendida” (*suspended sentence order*) para el caso en el que infractor arriesgue penas de cárcel de entre 28 y 41 semanas, suspendiéndose por un “período operativo” de entre 14 días y 2 años. De esta forma, la orden de sentencia suspendida, opera directamente como una alternativa evitando el cumplimiento de sentencias originales de cárcel¹⁸⁹.

Con el fin de añadir una “mordedura punitiva” y dar respuesta a las críticas sobre la benignidad de esta medida, entendida más bien como un “perdonazo”, la sección 190 agregó la facultad de ordenar el cumplimiento de uno o más requisitos de aquellos contemplados para la orden comunitaria, al mismo tiempo que acentuaba su posición como una “medida punitiva” estableciendo que los condenados sólo podrían optar a ella si el delito es tan grave que ni la multa ni la condena comunitaria pueden justificarse por el delito¹⁹⁰.

Posteriormente, con la citada legislación de 2012, nuevamente se contempló la orden de suspensión de la sentencia sin requerimientos, regulación muy similar a la de 1967. De esta forma, actualmente se encuentra vigente tanto la antigua suspensión que imponía sólo el requisito de no cometer nuevos delitos en el período operativo y una nueva suspensión similar a la orden comunitaria en cuanto a su contenido, pero que difiere de ella en cuanto a los períodos máximos de cumplimiento, que en este caso es de 24 meses, y fundamentalmente en término de las consecuencias asociadas a su incumplimiento, toda

¹⁸⁷ CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*, cit. nota n° 100, p. 141.

¹⁸⁸ ASHWORTH/PLAYER, “Criminal Justice Act 2003”, cit. nota n° 177, p. 833.

¹⁸⁹ MAIR, “The community order”, cit. nota n° 186, p. 220.

¹⁹⁰ CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*, cit. nota n° 100, p. 140.

vez que en caso de violación, sea activa la sentencia suspendida y por lo tanto su “naturaleza punitiva (...) radica en el hecho que acarrea una clara amenaza de cárcel”¹⁹¹.

En particular, Cavadino *et al.* argumentan, aunque la sentencia actual suspendida "podría tener el potencial de aliviar parte de la presión sobre la población penitenciaria si se usa adecuadamente, al igual que su predecesor, también es vulnerable a malos usos y mal funcionamiento, lo que podría tener –y probablemente está teniendo– el efecto inverso"¹⁹².

Finalmente, resulta pertinente mencionar que la regulación de 2003 estableció en las secciones 178 y 192 la facultad de los tribunales de efectuar un seguimiento periódico mediante audiencias del cumplimiento tanto de la orden comunitaria como de la sentencia suspendida.

Por otra parte, en 2007, el entonces gobierno se mostró particularmente preocupado por la rápida expansión del número de prisioneros en Inglaterra, y encargó un informe a Lord Carter. Entre las recomendaciones, Lord Carter propuso un esfuerzo en torno a lograr una mayor predictibilidad de las sentencias de cárcel, a través del reforzamiento de las órdenes o directrices de las sentencias (*Sentencing Guidelines*), estableciendo la obligación de los tribunales de dar cumplimiento a ellas con la ley de Coroners y Justicia (*Coroners and Justice Act*) de 2009¹⁹³, la que cómo se verá más adelante parece no haber logrado con éxito el propósito, considerando el discreto aumento proporcional de uso de la cárcel frente al resto de las alternativas existentes.

Como se observa, las reformas a alternativas a la cárcel han sido prioritarias para los gobiernos británicos, lo que se manifiesta en lo fértil y versátil de la legislación en esta materia. Particularmente, desde finales de la década de 1990, los esfuerzos de los gobiernos entorno a aliviar el sistema de prisiones, se ha caracterizado por el intento de persuadir a los condenados y al público de que las sentencias comunitarias son lo suficientemente creíbles como para evitar el recurrir a penas privativas de libertad¹⁹⁴. En estos esfuerzos, como se observó en un comienzo, han habido cambios ideológicos importantes en torno a cómo se visualizan las alternativas, lo que ha marcado su turbulenta historia.

En relación a dichos esfuerzos, haciendo una suerte de recuento, es posible mencionar que primer lugar, las alternativas han resultado populares entre la magistratura. En particular, se observa un notable crecimiento en el número de personas que recibieron una sentencia comunitaria o una suspensión después de las reformas, y la mayor responsable del crecimiento de las alternativas es atribuible a esta última. Esto sin duda resulta prometedor para aquellos que han invertido en su promoción. Sin embargo, en segundo lugar es posible argumentar que, aunque populares, estas modificaciones no han operado como alternativas

¹⁹¹ MAIR, “The community order”, cit. nota n° 186, p. 221.

¹⁹² CAVADINO/DIGNAN/MAIR, *The Penal System*, cit. nota n° 100, p. 141.

¹⁹³ ROBERTS, Julian. “Sentencing guidelines and judicial discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales”, *British Journal of Criminology*, Vol. 51, Nº 6 (2011), pp. 997–1013, pp. 998-999.

¹⁹⁴ MILLS, Helen. *Community Sentences: a solution to penal excess?*. Londres: Centre for crime and Justice Studies, 2011, p. 8.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

efectivas a la cárcel. Así, si bien resulta imposible evaluar con precisión el impacto de estas reformas en el uso de la cárcel por parte de los tribunales, todos los indicios sugieren que el aumento en el uso de las sentencias basadas en la comunidad tuvo un efecto marginal de desplazamiento sobre de ésta¹⁹⁵.

2.2. Naturaleza jurídica y fundamento de las alternativas a la prisión

En cuanto a las justificaciones penológicas de estas alternativas –sin considerar la multa– es posible señalar, que el fin principal fue de carácter utilitarista de prevenir el delito a través de la rehabilitación hasta la dictación de la legislación de 1991, mientras que esta última estuvo inspirada en la tesis retribucionista del “justo merecimiento”. Sin embargo, como precisan Worrall y Hore, la rehabilitación, más que confinarse a justificar la regulación de las alternativas, fue el principio dominante del sistema penal en su conjunto. No obstante, ligeros signos de cambios se fueron plasmando con la consideración de otros propósitos como la disuasión –que estaba desde ya presente en la concepción misma de la *probation*– y particularmente la reparación, a través de la introducción de los servicios comunitarios en 1972.

Hoy en día, a partir de la dictación de la legislación de 2003, se regula más bien un “menú” de justificaciones puesta a disposición de los sentenciadores, aunque predominan lógicas basadas en la prevención del delito a través de disuasión, la rehabilitación y la incapacitación, ésta última plasmada en el reiterado fin de la legislación de “proteger al público”¹⁹⁶.

En ese contexto, como se desprende del análisis expuesto, si se analizan herramientas como la liberación sin cargos y la suspensión de la sentencia, ambas responden a una lógica de rehabilitación, fundada en lo que Bottoms denominó sencillamente la “teoría de evitar el encarcelamiento”¹⁹⁷, buscando en el caso de los primeros evitar la imposición de una sentencia y en el segundo suspender sus efectos. Particularmente en el caso de esta última, como explica el mismo autor, también se ha concebido por algunos bajo una lógica retributiva, como una suerte de prueba del eventual “sabor” a encarcelamiento, y más fuertemente bajo un efecto de disuasión especial, en la medida que la suspensión opera bajo la amenaza la imposición de la pena original de cárcel en caso de que se cometa un nuevo delito o que se incumplan las condiciones¹⁹⁸.

En el caso de la multa, que como se observará en los datos estadísticos relativos a las sentencias impuestas, es la sanción más utilizada por los tribunales británicos, aun cuando se haya abandonado el sistema de las días-multa, y se continúe con un sistema fijo. Respecto a ella, no parece existir desacuerdo teórico sobre los propósitos de disuasión y

¹⁹⁵ MILLS. *Community Sentences*, cit. nota n° 194, p. 16.

¹⁹⁶ VON HIRSCH/ROBERTS, “Legislating sentencing principles”, cit nota n° 150, p. 2.

¹⁹⁷ BOTTOMS, Anthony. “The suspended sentence in England, 1967—1978”. *The British Journal of Criminology*, Vol. 21, N° 1 (1981), pp. 1-26, p. 3.

¹⁹⁸ BOTTOMS, “The suspended sentence”, cit nota n° 197, p. 21.

retribución que inspiran esta sanción¹⁹⁹, aunque claramente el anterior sistema se ajustaba de mejor forma a la tesis del “justo merecimiento” antes expuesta, en la medida que permite ajustarla a la gravedad del hecho. Por otra parte, con la dictación de la legislación de 1991, las multas pasaron a ser penas principales, siendo aquellas de menor severidad en la escala penal.

Las sentencias comunitarias ya desde 1991, junto al deseo incansable hasta el día de hoy, de representarlas como respuestas punitivas y creíbles, constituyen sanciones en sí mismas, que implican privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva. De esta forma, la legislación inglesa ha abandonado denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad”²⁰⁰, propia de otros países, de manera que estas sanciones cuenten con su contenido punitivo propio, independiente de la cárcel. En ese contexto, frente a la comisión de nuevos delitos durante su cumplimiento, cabe continuar con el procedimiento relativo al segundo delito de manera independiente, sin “activarse” pena alguna por el primero, y en caso de violación del requerimiento, se mantienen las consecuencias orientadas a aumentar la severidad de la pena inicialmente impuesta.

Finalmente, la reciente incorporación de requerimientos asociados a la reparación y posibilidad de otorgar la entrega de compensaciones, da cuenta de la recepción de justificaciones de orden reparativo en la legislación inglesa. Sin embargo, la caída en el uso de la compensación en los últimos años da cuenta de una débil adopción por parte de los sentenciadores de estas tendencias.

2.3. Datos estadísticos sobre las alternativas en Inglaterra

Tabla 2: Evolución del número de personas sentenciadas medidas penales alternativas en Inglaterra y Gales (2006-2015)²⁰¹

Tipo de sentencia	2006	2007	2008 ²⁰²	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Sentencia suspendida	33.508	40.688	41.151	45.157	48.118	48.153	44.643	48.765	52.979	57.072
Sentencia comunitaria	190.818	196.424	190.172	195.977	189.333	177.603	151.183	126.535	112.638	114.284
Cárcel	96.013	95.206	99.525	100.231	101.513	106.170	98.044	92.966	91.313	90.348
Multas ²⁰³	954.100	933.817	882.504	937.757	886.321	849.836	816.826	793.401	846.940	884.018
Libertad sin cargos	11.749	10.986	9.679	8.899	8.812	8.152	7.496	7.000	5.762	8.942
Compensación	87.351	94.011	87.648	83.884	90.433	86.299	79.865	75.843	72.432	66.028
Otros ²⁰⁴	11.623	12.088	9.899	7.588	7.955	6.780	7.141	9.322	6.229	5.233

¹⁹⁹ HILLSMAN, “Fines and Day Fines”, cit. nota n° 89, pp. 51-52.

²⁰⁰ CANTON, *Probation*, cit. nota n° 121, p. 58.

²⁰¹ Información obtenida desde el sitio web www.gov.uk/government/statistics/criminal-justice-system-statistics-quarterly-december-2015. [visitado el 20.03.17].

²⁰² Excluye datos de la corte de Magistrados de Cardiff para abril, julio y agosto de 2008.

²⁰³ Debido a limitaciones en el suministro de datos, desde 2009 se ha omitido información para multas entre 10.000 y 99.999 libras esterlinas.

²⁰⁴ Incluyendo órdenes de restricción, órdenes hospitalarias, órdenes de tutela, celdas policiales y otras disposiciones.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Fuente: Información obtenida desde el sitio web www.gov.uk/government/statistics/criminal-justice-system-statistics-quarterly-december-2015.

La tabla anterior da cuenta de la evolución del número de personas que recibieron sentencias comunitarias y suspensión de la sentencia. Se observa que las primeras se han mantenido en torno a las 190 mil hasta el año 2010, para posteriormente experimentar una caída paulatina pero importante desde 2011 a 2014, estabilizándose posteriormente entorno a los 114 mil en el año 2015. Por su parte, las personas que recibieron una suspensión de la sentencia han ido aumentando paulatinamente, prácticamente duplicándose en 10 años, pasando de aproximadamente 33.000 en 2006 a un poco más de 57.000 en 2015.

Si se comparan las proporciones de las sentencias comunitarias y suspendidas en relación a la cárcel entre 2006 y 2015, es posible apreciar que las sentencias comunitarias han sido perdiendo terreno frente a las suspensiones de sentencia y en una menor medida por la aplicación de penas privativas de libertad. De esta forma, si en 2006 60% de las sentencias decretaban el cumplimiento de una orden comunitaria, 30% decretaba el ingreso a la cárcel y 10% de estas eran suspendidas, en 2015 las primeras disminuyeron a 44%, la cárcel aumentó a 34% y la que más crecimiento experimentaron, a costa de la primera, son las sentencia suspendida con 22%.

Como se señaló, tanto las sentencias comunitarias como la sentencia suspendida comparten una distribución de requisitos similar. En efecto, en ambos casos el requisito más frecuente es el trabajo comunitario y los menos frecuentes son: asistencia a programa de salud mental y residencia en un lugar específico. Sin embargo, la mayor diferencia entre ambas modalidades de sentencia surge en la proporción del uso del requisito de Supervisión, el cual ocupa el tercer lugar dentro de las sentencias comunitarias pero el segundo en la suspensión de la sentencia. Por otro lado, el requisito de rehabilitación, el cual desplaza del segundo lugar a supervisión para el caso de las sentencias comunitarias, destaca por su alto uso en ambas modalidades²⁰⁵.

²⁰⁵ Como se señaló, el requisito de “supervisión” fue reemplazado por el “rehabilitación” en 2014 por la reforma a la Ley de Rehabilitación de Infractor de 1974.

Tabla 3: Porcentaje de uso de los requisitos asociados a las sentencias comunitarias y a la suspensión de la sentencia en 2015

Requerimiento	Sentencia comunitaria	Sentencia suspendida
Trabajo comunitario	31,3%	28,0%
Rehabilitación	21,7%	18,3%
Supervisión	13,7%	19,0%
Reclusión domiciliaria o en lugares determinados	11,9%	10,1%
Asistencia a programa acreditado	7,1%	9,3%
Asistencia a programa rehabilitación en drogas	4,8%	5,4%
Realización de actividad específica	3,7%	4,4%
Asistencia a programa rehabilitación en alcohol	3,0%	2,9%
Prohibición de realizar una actividad	0,8%	1,1%
Exclusión de zonas	0,7%	0,6%
Asistencia a centro	0,7%	0,4%
Asistencia a programa de salud mental	0,3%	0,3%
Residencia en un lugar específico	0,2%	0,3%
Total	100%	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en los Informes de Estadísticas del Gobierno.

Ahora bien, al analizar las sentencias alternativas a la luz de las tipologías de delito asociado a cada una, se observa para 2015 que los delitos que motivan la sentencia comunitaria son principalmente delitos menores no asociados al manejo de vehículos (33,9%), seguidos inmediatamente por hurtos (22,7%), luego por delitos menores por manejo de vehículos (8,7%), daños e incendio (7,1%) y delitos de drogas (5,7%). A su vez, en lo que dice relación con la suspensión de la sentencia, el delito más recurrente pasa a ser hurto (21,3%), seguido por delitos menores no asociados al manejo de vehículos (18,7%), violencia contra las personas (13,2%) y delitos de drogas (10%). La mayor diferencia entre la sentencia, comunitaria y la suspensión, se da para el caso de los delitos menores no asociados al manejo de vehículos, los cuales son 15 puntos porcentuales mayores en las sentencias comunitarias que en la sentencia suspendida, haciendo por tanto más probable asignar una sentencia comunitaria a este tipo de delitos menos graves²⁰⁶.

Por su parte, en relación a la tasa de prisionización, Inglaterra al igual que España, se ha mantenido en los últimos dentro del grupo de países con moderada tasa de privados de libertad. También se puede evidenciar que entre 2008 y 2012, se generó un incremento en la tasa que llevó a pasar al grupo de países con una extrema tasa de privados de libertad. Actualmente, de acuerdo con el Kings College, International Center for Prison Studies,

²⁰⁶ Información obtenida a partir de las Estadísticas del Gobierno del Reino Unido, disponible online en <https://www.gov.uk/government/statistics/criminal-justice-system-statistics-quarterly-december-2015>. [visitado el 20.03.17].

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Inglaterra tuvo en 2016, tuvo una tasa de 149 privados de libertad por 100.000 habitantes²⁰⁷.

En relación a la reincidencia, el Ministerio de Justicia entrega periódicamente información relativa a las tasas de reincidencia tanto de aquellos condenados que hayan sido liberados sin cargos, cumplido una multa, una sentencia comunitaria, aquellos a los cuales se les ha suspendido la sentencia, y los que hubieren cumplido una pena de cárcel.²⁰⁸ La reincidencia es medida como una nueva condena o la imposición de una nueva “caución, advertencia o reprimenda” en un plazo de observación de un año sumado en un período adicional de 6 meses para los casos en que estén siendo conocidos por tribunales²⁰⁹.

De acuerdo a la última estadística entregada correspondiente al período entre Abril de 2014 a Marzo 2015, la reincidencia de aquellos condenados liberados sin cargos fue de 30,5%, de aquellos que fueron multados 27,4%, mientras que en el caso de los que cumplieron una sentencia comunitaria fue de 33,1%. En el caso de los suspendidos la reincidencia fue de 29,3% en los casos en que se impuso requerimientos y 34,8% en el caso de suspendidos sin requerimientos, mientras que la de los condenados a la cárcel fue de 44,7%.

3. Las sanciones alternativas en Alemania

3.1. Evolución histórica²¹⁰

3.1.1. Código Penal Imperial de 1871

El Código Penal Imperial de 18 de mayo de 1871 se estructura bajo la influencia de la teoría de la retribución. Dentro de su catálogo de sanciones contempla la pena de muerte; penas privativas de libertad consistentes en la casa de disciplina, prisión, arresto; y la pena de multa²¹¹.

Hasta ese periodo la legislación no conocía de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión y en su lógica entrega un total protagonismo a las penas privativas de libertad por sobre la multa.

²⁰⁷ Véase World Prison Brief del International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponible en <http://www.prisonstudies.org/country/united-kingdom-england-wales> [visitado el 20.03.17].

²⁰⁸ Ministry of Justice, Proven reoffending tables, Abril 2014 a Marzo 2015. Disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/proven-reoffending-statistics-april-2014-to-march-2015> [visitado el 20.03.17].

²⁰⁹ Ministry of Justice. Guide to Proven Reoffending Statistics, Enero de 2017. Disponible en <https://www.gov.uk/government/statistics/proven-reoffending-statistics-april-2014-to-march-2015> [visitado el 20.03.17].

²¹⁰ Todas las traducciones del alemán al español fueron efectuadas por los autores.

²¹¹ VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Leipzig: Springer, 2009, p. 113.

3.1.2. Reforma de 1953

La reforma de 1953 estuvo inspirada por la nueva escuela liderada por Franz von Liszt que dio espacio a las investigaciones empíricas y a una nueva orientación sociológica preventivo especial que tuvo gran difusión gracias a la Unión Internacional de Derecho Penal²¹².

Representativo de este periodo y fiel receptor de esta escuela, fue el proyecto de ley de 1919 elaborado por uno de los más destacados discípulos de von Liszt, el Ministro de Justicia de la época, Gustav Radbruch.

El proyecto de Radbruch incorporó grandes innovaciones en materia de sanciones penales que tuvieron eco en la reforma de 1953. Recogiendo los aportes de Von Liszt, en torno a los perniciosos efectos de la pena privativa de libertad en el condenado, otorgó gran amplitud a la pena de multa, entregando facilidades de pago y disminuyendo las posibilidades de transformación a causa de insolvencia, en pena privativa de libertad.

En particular, el proyecto incorporaba la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, la cual podía concederse a personas que, por sus condiciones personales, por las circunstancias del hecho, mereciesen una consideración especial y a su vez se justifique en la esperanza de que aún sin la ejecución de la pena se conducirá de buena manera²¹³.

Sin embargo, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión no es un instituto creado por la legislación alemana, sino que tiene su base en la *sursis* del derecho penal franco belga²¹⁴. Lo atractivo del modelo seguido radicaba en la adecuada satisfacción de intereses preventivo generales y especiales. Por un lado, los intereses preventivo especiales tienen cabida en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de corta y larga duración evitando los efectos desocializadores propio de las instituciones cerradas. Y por otro, los intereses preventivo generales se satisfacen con la declaración de culpabilidad, imposición de la pena de prisión y un conjunto de medidas de control. También el hecho de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad esté condicionada al buen comportamiento genera “un efecto motivador en el sujeto”, en orden, a que se comporte conforme a derecho. Por último, las condiciones del régimen de suspensión (reglas de conducta y obligaciones impuestas por el tribunal), como el apoyo del delegado pueden influir en la disminución de los factores de riesgo de manera más efectiva que la cárcel. Tampoco se puede negar la “flexibilidad” y “capacidad de adaptación” que se puede lograr

²¹² VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, cit. nota n° 211, pp. 172-175.

²¹³ CUELLO CALON, Eugenio. *El proyecto de Código Penal alemán de 1919*, Madrid: Reus, 1924, pp. 53-59.

²¹⁴ DÜNKEL, Frieder. “Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen vergleich – Ein überblick”, en: DÜNKEL, Frieder; SPIESS, Gerhard (Hrsg), *Alternativen zur Freiheitsstrafe. Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen Vergleich*, Freiburg (Deutschland): Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 14, 1983, pp. 409-419.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

con su imposición. Sin ir más lejos, el set de obligaciones y órdenes, permite adaptar sin mayores complejidades la sanción a las circunstancias y necesidades del autor²¹⁵.

La tendencia moderna basada en el conocimiento empírico que ilustraba sobre los negativos efectos que la prisión genera en el condenado sumado a los elevados porcentajes de hacinamiento que presentaban los recintos penales en Alemania después de la guerra, motivó al legislador penal de 1953 a buscar alternativas para sustituir la ejecución de la pena de prisión por otro tipo de mecanismos orientados hacia la ayuda social²¹⁶.

En 1953 se incorpora la suspensión a prueba de la ejecución de las penas privativas de libertad, regulando su concesión siempre que la pena de prisión no fuera superior a nueve meses y el condenado gozara de un pronóstico favorable. Si el condenado no cometía delitos y respetaba las reglas que le habían sido impuestas al momento de la concesión de la suspensión en un periodo de cinco años, se le remitía definitivamente la pena de prisión²¹⁷.

Lamentablemente la importancia práctica de este instituto fue escasa durante la década del cincuenta y sesenta. Las exigencias adicionales de aplicación que giraban en torno a las necesidades de retribución de la culpabilidad limitaron su aplicación²¹⁸.

3.1.3. Reforma de 1969 a 1975

La reforma del derecho penal alemán de los adultos iniciada en la segunda mitad del siglo XX tuvo tres fuentes inspiradoras: el proyecto gubernamental de 1962; el proyecto alternativo (Alternativ-Entwurf); y el trabajo de la Comisión Especial del Parlamento Federal para la reforma del derecho penal realizado entre 1966 a 1968. También influyó el trabajo desplegado por el Max Plank Institut de Friburgo, liderado por Hans-Heinrich Jescheck, que recogió las principales reformas legales que tuvieron lugar en la época que daban cuenta de las modernas tendencias que predominaban en la región, provenientes principalmente de Inglaterra y Gales, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, Suecia y Suiza²¹⁹.

En torno al sistema de sanciones penales, se presentaron dos propuestas o modelos totalmente diferentes entre sí. La propuesta conservadora estaba representada por el proyecto de Código Penal de 1962. Este seguía la posición tradicional en torno a un

²¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada: Comares, 2002, pp. 87-88.

²¹⁶ DÜNKEL, “Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 214, pp. 401-403.

²¹⁷ DÜNKEL, “Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 214, pp. 401-403.

²¹⁸ DÜNKEL, “Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 214, pp. 401-403.

²¹⁹ En Inglaterra y Gales destacaban la First Offenders Act de 1958, las tres Criminal Justice Act de 1961, 1962, 1967 y la Rehabilitation Act de 1974; en Francia el Code de procédure pénale que introdujo en 1958 la condena condicional y el juez de cumplimiento de las penas; en Italia la ley sobre libertad condicional de 1962; en Bélgica las leyes de 1964 sobre la condena condicional y la defensa social; Portugal con el Código Penal, en particular, con la parte general de 1963 y la parte especial de 1966; en Suecia el Código Progresista de 1965; y en Suiza la reforma penal de 1971. Para mayor información véase WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*, München: C.H.Beck, 2006, pp. 577-580. También, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Reforma del derecho penal en Alemania. Parte General*, Trad. FINZI, Conrado, Buenos Aires: Depalma, 1976.

derecho penal construido en base a la pena privativa de libertad, posicionando en primer plano la función de la pena como “compensación justa de la culpabilidad”. Entregaba escaso espacio a las alternativas de la prisión y continuaba con la vieja distinción de la pena de prisión en grados (presidio y prisión), asegurando con ello el doloroso cumplimiento y consecuencias accesorias adicionales para el condenado²²⁰.

La posición moderna, a su turno, estaba representada por el proyecto alternativo. Proponía un verdadero golpe de timón en materia de sanciones penales ofreciendo un sistema progresista que se fundaba en dos pilares, primero, en la certeza que la prisión genera efectos negativos en la persona y su familia que dificultan su reinserción; y segundo, que la mejor manera de lograr la prevención individual y disminuir la reincidencia es evitando la prisión a través de otro tipo de sanciones.²²¹ El Proyecto Alternativo mantenía como fin de la pena la prevención especial y la general, renunciando a la retribución. Planteaba una concepción de derecho penal como *última ratio* al lado de otras alternativas de control social, la limitación de la pena privativa de libertad, amplia aplicación de la multa, y sobre todo, un marcado espacio para la sustitución a prueba de la ejecución de las condenas privativas de libertad. Jeschek resume la tendencia general del proyecto alternativo con el siguiente lema “impóngase únicamente las penas que sean necesarias y préstese tanta asistencia social como sea posible”²²².

Finalmente la Comisión Especial del Parlamento Federal logró fusionar ambos proyectos e incorporar nuevas ideas, pero no es equivocado afirmar, que en materia de las consecuencias jurídicas se siguió al proyecto alternativo cristalizando una de las principales novedades de la reforma de la Parte General del StGB (Código penal alemán) de 1969 a 1975²²³.

Para fijar el alcance de los sucedáneos de la pena de prisión en su completa dimensión, es necesario mencionar la forma en que se estructura el sistema de penas del derecho penal alemán.²²⁴ La sistemática del código (en sus siglas en alemán StGB) distingue entre sanciones: principales (multa²²⁵ y la pena privativa de la libertad²²⁶) y accesorias (prohibición de conducción²²⁷); consecuencias accesorias del delito (pérdida de la

²²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, Trad. LUZON PEÑA, Diego Manuel; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO; Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier; Madrid: Civitas, 1997, pp. 121-122.

²²¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 220, pp. 122-123.

²²² JESCHECK, *Reforma del derecho penal en Alemania*, cit. nota n° 219, p. 65.

²²³ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 220, pp. 128-133.

²²⁴ El Sistema Penal Juvenil se encuentra regulado en la ley de juzgados juveniles (JGG). Dicho sistema contempla un sistema de penas diferente al del Código Penal de los adultos, por ejemplo, se contemplan las medidas educativas §9, medidas disciplinarias §13 y la prisión para jóvenes §17. Además de las sanciones se incorporan las medidas de corrección y seguridad §7 en relación con el §61 del Código Penal. Véase OSTENDORF, Heribert. *Jugenstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2013, pp. 136-223.

²²⁵ Artículo 40 StGB

²²⁶ Artículo 38 StGB

²²⁷ De acuerdo con el Artículo 61 StGB las medidas de corrección y seguridad consagradas son el internamiento en un hospital psiquiátrico; internamiento en un establecimiento de desintoxicación; internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad; vigilancia de la autoridad; retiro del permiso de conducción y prohibición de ejercer la profesión.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

capacidad para el desempeño de cargos públicos, de ser elegido, del derecho a sufragio, y la publicación de la sentencia²²⁸); y medidas de corrección y seguridad²²⁹.

La pena privativa de libertad es la “columna vertebral” del sistema penal alemán, que se contempla sólo para casos de mediana gravedad, gravedad y multi-reincidencia²³⁰. Su ejecución, desde agosto de 2006, producto de la llamada Reforma Federal, se encuentra regulada en leyes de ejecución de carácter estatal y parcialmente por la ley federal de ejecución de sanciones privativas de libertad y medidas de seguridad de 1977²³¹.

La multa, por su parte, se determina en base al cálculo del monto de los días multa. Los criterios de determinación de la sanción exigen considerar la culpabilidad del autor, las repercusiones sociales que traerá para el condenado, como sus condiciones económicas y personales. En el StGB la multa está concebida como alternativa de la prisión, principalmente en las penas inferiores a seis meses. Como sanción alternativa por el no pago de la multa se contempló el trabajo en beneficio de la comunidad²³².

Volviendo a la regulación de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión, el proyecto alternativo propuso la ampliación de la institución hasta las penas de prisión por dos años exigiendo como requisito el pronóstico favorable. Tomando en consideración la práctica judicial del cincuenta, que se negaba a aplicar la suspensión a prueba de la pena de prisión, el proyecto alternativo prohibía denegar la suspensión en atención a la culpabilidad del sujeto o la prevención general. La gran reforma del StGB de 1969 a 1975 siguió esta propuesta²³³.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión contemplada en los artículos 56 a 58 del StGB está estructurada en tres grados. (a) La suspensión condicional de penas de prisión inferiores a seis meses; (b) La suspensión condicional de penas de prisión entre seis y un año; y (c) La suspensión de penas de prisión entre uno hasta dos años.

Mención especial merecen el comiso (Artículo 73 StGB) y la confiscación (Arts.74 y siguientes StGB). Estas figuras son de difícil clasificación y por fines didácticos suelen ser catalogadas como consecuencias accesorias del delito, sin embargo, por su naturaleza suelen ser consideradas como medidas de corrección y seguridad o como medidas de naturaleza única.

²²⁸ Artículo 45, 103 Abs.2, 200, 165.

²²⁹ NEUBACHER, Frank. *Kriminologie*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 138.

²³⁰ DÜNKEL, Frieder. “§38 Dauer der Freiheitsstrafe”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 1685.

²³¹ Cómo explica Laubenthal, la reforma del 2006 ha provocado en los últimos años una verdadera ola de Leyes penitenciarias y nuevas estructuras organizativas de las instituciones penitenciarias en el país. En este sentido se pueden destacar dos tendencias legislativas: la de los Bundes Länder que han elaborado proyectos de ley individuales, como Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen y Niedersachsen. Y los Bundes Länder que han elaborado un proyecto de ley en conjunto como Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen. Véase LAUBENTHAL, Klaus. *Strafvollzug*, Heidelberg: Springer, 2015, pp. 82-86.

²³² NEUBACHER, *Kriminologie*, cit. nota n° 229, p.138.

²³³ DÜNKEL, “Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 214, pp. 401-403.

Para el primer grado, esto es, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad inferior a seis meses, el StGB exige un pronóstico favorable.

El legislador consideró la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión partiendo de la premisa que aún sin la influencia derivada de la ejecución de la pena, se podía esperar que el condenado no volviera a cometer un delito más. Estas expresiones generaron inmediatamente las críticas de la doctrina al considerar que se trataba de un supuesto que se alejaba de la realidad. Se puede desprender de la expresión “la influencia derivada de la ejecución de la pena” que la pena de prisión es concebida como aquella que puede lograr efectos resocializadores mayores que la suspensión de la pena. Bajo esta lógica, el tribunal podría sin problemas, comparar los efectos de la ejecución de la pena de prisión y de la suspensión, para luego, escoger la alternativa que sea más favorable desde la perspectiva preventivo especial. Como lo anterior no es posible, ya que la evidencia indica que los efectos de la prisión nunca serán más favorables que los efectos de la vida en comunidad, la doctrina ha propuesto reorientar el criterio legal, donde lo central radicaría en considerar si la puesta en libertad del sujeto admite una vida sin delinquir²³⁴.

Por su parte, el concepto de pronóstico favorable ha planteado una serie de problemas. Como explica Göppinger todo pronóstico tiene que contar con elementos que están en el futuro y que son desconocidos en el momento que se elabora. El establecimiento de un pronóstico deberá sujetarse dentro de un grado de probabilidad y debe aceptarse la posibilidad de que este pronóstico no sea correcto²³⁵. Göppinger distingue tres tipos de métodos de pronóstico: el intuitivo, clínico y estadístico. En el primero el pronóstico se elabora en base a la experiencia tratando de captar intuitivamente la personalidad del condenado. En el segundo, el pronóstico se basa en una exploración de la personalidad del delincuente desde la psiquiatría o psicología utilizando el método de la observación y test psicodiagnósticos. El pronóstico estadístico tradicional utiliza tablas de pronóstico en la cual se computan determinadas características del ámbito personal y social²³⁶.

Un aspecto de gran complejidad ha sido el de dilucidar qué nivel de seguridad deben tener los jueces con respecto al pronóstico de comportamiento que deben realizar, para decidir si conceden o rechazan la suspensión condicional de la pena. El tema no es baladí, ya que detrás del estándar que se fije, está la respuesta a la pregunta de cuál es el riesgo de reincidencia que la comunidad está dispuesta a tolerar. Para la doctrina, es claro que el “criterio de la certeza absoluta” no puede primar, toda vez, que se analiza el futuro de una persona por tiempo indefinido siendo imposible hacer un pronóstico certero²³⁷.

El problema se intentó resolver, en un primer momento, con el criterio de la “probabilidad fundada de un estilo de vida sin delinquir”. Sin embargo, dicho criterio ha sido criticado

²³⁴ OSTENDORF, Heribert. “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 2027.

²³⁵ GÖPPINGER, Hans. *Criminología*, Trad. SCHWARCK, María Luisa; LUZARRAGA CASTRO, Ignacio, Madrid: Instituto editorial Reus, 1975, p. 284.

²³⁶ GÖPPINGER, *Criminología*, cit. nota n° 235, pp. 290-294.

²³⁷ NEUBACHER, *Kriminologie*, cit. nota n° 229, p.144 y 145.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

porque es demasiado amplio, ya que en conjunto con el principio *in dubio pro reo*, llevaría a una permanente aplicación de la suspensión condicional de la pena. En otras palabras, cualquier vacilación, duda, inseguridad en torno al pronóstico de la conducta futura llevaría a decidir al tribunal a favor del condenado y a declarar la suspensión²³⁸.

Para limitar el estándar se ha incorporado un criterio normativo que dice relación con las “circunstancias individuales del condenado”. De esta forma la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho, su conducta posterior al hecho, sus condiciones de vida y los efectos que de la suspensión deben esperarse para él, pueden tener una gravitante importancia e influencia sobre el pronóstico²³⁹.

En torno a la “personalidad”, se hace hincapié en que no siempre los rasgos negativos del autor considerado como “incentivadores de la reincidencia” deben quitar de plano el piso a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los delincuentes por opción de vida o los que sufren alguna patología. En estos casos, se podría proceder a la concesión de la suspensión de la pena si el autor se responsabiliza, acepta no cometer más delitos y asume sus características criminológicas²⁴⁰.

El “comportamiento posterior al hecho” constituye un factor positivo si se puede demostrar que el sujeto activo en el delito ha vuelto a dirigir su actuar dentro del imperio del derecho. Especialmente relevante para estos efectos serán los esfuerzos del autor por reparar las consecuencias del hecho²⁴¹.

Las “condiciones de vida” son relevantes para entregar indicios en torno a la red social que lo apoyara en su compromiso de mantenerse dentro del ámbito del derecho²⁴².

También relevante para el pronóstico son “los efectos que pueden esperarse de la suspensión”. La suspensión puede generar un efecto motivador en el sujeto que lo anime a comportarse conforme a derecho. También deben considerarse el eventual impacto que tendrán las condiciones y las reglas de conducta que se impongan al sujeto en la disminución de la reincidencia. A contrario sensu, serán indicios negativos cuando previsiblemente dichas condiciones no tendrán un efecto resocializador careciendo de eficacia²⁴³.

Otro tema que se ha planteado con respecto a la prognosis dice relación con la naturaleza del delito que eventualmente se puede cometer en libertad. La problemática puede ser planteada de la siguiente manera, a saber: ¿debe el tribunal al hacer el pronóstico plantearse la posibilidad de comisión de cualquier delito? o ¿sólo la posibilidad de delitos de la misma naturaleza por el cual fue condenado?. En otras palabras, ¿deberá rechazar la suspensión sin

²³⁸ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2033.

²³⁹ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2028.

²⁴⁰ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2028.

²⁴¹ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2030.

²⁴² OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2030.

²⁴³ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2030.

importar la naturaleza del delito proyectado? o ¿sólo deberá rechazar la suspensión si el pronóstico indica que se trata de delitos comparables en gravedad y naturaleza con el hecho por el cual fue declarado culpable?. Mayoritariamente ha sido acogida la segunda opción dado que un riesgo genérico de cometer un delito “cualquiera” está siempre latente en cualquier persona y las posibilidades de aplicación de la suspensión de la pena se limitarían al extremo²⁴⁴.

Para los casos de segundo grado, estos es, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad de entre seis meses y un año, se requiere para conceder la suspensión condicional de la pena privativa de libertad un pronóstico favorable y que la decisión no afecte la “defensa del ordenamiento jurídico”.

El criterio de la “defensa del ordenamiento jurídico” posee gran relevancia porque permite ponderar cuál sería la reacción de la comunidad frente a la mera declaración de culpabilidad sin la ejecución de la pena de prisión. En otras palabras, se busca, ponderar si la condena a pena de prisión sin ejecución podría ser entendida por la comunidad como un retroceso ante del delito o como una condescendencia intolerable frente al mismo. De esta forma, si el juez evalúa que la condena sin ejecución de la pena no será tomada en serio por la comunidad, conmocionando además la confianza de la población en el derecho, no deberá conceder la suspensión condicional, aunque la condena contemple una pena privativa de libertad que se encuentra dentro del margen del año y exista un pronóstico favorable. A *contrario sensu*, si el juez llega a la conclusión de que para el caso en cuestión la condena, la suspensión de la ejecución de la pena y las condiciones impuestas al condenado por el periodo de prueba serán consideradas suficientes por la comunidad, podrá ordenar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión²⁴⁵.

Cabe precisar que el análisis del criterio de la defensa del ordenamiento jurídico no se determina empíricamente con encuestas de opinión o alguna metodología propia de las ciencias sociales. Tampoco considerando las opiniones de la víctima u otros participantes del proceso. Más bien, el análisis que se exige es una ponderación realizada por el tribunal a través de todos los elementos disponibles del caso, aquellos que giran en torno a la personalidad del autor, la gravedad del hecho, niveles de intencionalidad, medios empleados, etc²⁴⁶.

Este criterio no ha estado exento de críticas en la doctrina alemana. Se ha planteado que es difícil saber cuándo la concesión de la suspensión será suficiente para la comunidad toda o la respuesta justa por parte del Estado. Por otra parte, siempre se corre el riesgo de agravar la posición del sujeto incorporando a la ponderación necesidades derivadas de la intimidación de la colectividad²⁴⁷.

²⁴⁴ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2929.

²⁴⁵ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2035.

²⁴⁶ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2036. Véase también GÖPPINGER, *Criminologia*, cit. nota n° 235, p.747.

²⁴⁷ DÜNKEL, Frieder; SPIESS, Gerhard. “Perspektiven der Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im zukünftigen deutschen Strafrecht”, *Bewährungshilfe* Vol. 39 (1992), p. 133.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Por su parte, para los casos de tercer grado, estos es la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad de entre uno y hasta dos años, se exige, para conceder la suspensión condicional de la pena de prisión, un pronóstico favorable, la defensa del ordenamiento jurídico y circunstancia especiales.

El legislador fue bastante escueto en torno al concepto de “circunstancias especiales”, no estableciendo una definición legal y tampoco específica en qué consiste. Sólo entrega algunos indicios que giran en torno a la valoración del hecho, personalidad del condenado y el esfuerzo del autor en la reparación del mismo. La jurisprudencia para fundamentar la suspensión de la condena de prisión y en particular construir el concepto de circunstancias especiales, permite volver a utilizar en la ponderación todas las consideraciones utilizadas en la fase de determinación de la pena que permitieron la atenuación de la misma, por ejemplo, la escasa entidad del ataque, la utilización de un medio inofensivo, la poca seriedad de la amenaza, momentos subjetivos y personalidad del autor, entre otros. Al ser utilizadas en favor del condenado, la jurisprudencia permitiría la doble valoración²⁴⁸.

Una vez decretada la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, el infractor queda sujeto a un “periodo de prueba”. El periodo de prueba permitido es entre dos y cinco años. El plazo comienza a correr inmediatamente después que la sentencia se encuentre firme. También se permite la revisión posterior del periodo, el cual, se puede acortar o alargar dentro del máximo legal permitido de cinco años. Así las cosas, si se comprueba que en base de los nuevos antecedentes generados en el periodo de prueba el probando²⁴⁹, tendrá éxito antes de lo previsto, se podrá modificar acortándolo o si se comprueba que requerirá más tiempo para cumplir con las condiciones señaladas en el periodo se podrá modificar alargándolo²⁵⁰.

El artículo 56 c del StGB establece “reglas de conductas”, las cuales cumplen un rol de aseguramiento, de impedir que el probando cometa delitos en el futuro. De acuerdo con la doctrina, el catálogo de conductas detallado en la ley es *numerus apertus* y por lo mismo el tribunal estaría libre para definir aquellas exigencias que de mejor forma se adapten a las necesidades de prevención especial que requiere el probando en concreto. En este sentido, se permite al tribunal definir mecanismos de control que logren medir la eficacia de las exigencias. Por ejemplo, si una de las reglas consiste en no consumir drogas por el periodo de tiempo establecido, nada impide exigir al probando la entrega regular de pruebas de orina para poder supervisar el cumplimiento del mandato dirigido a que no las consuma. En el mismo sentido, el tribunal puede exigir la utilización del brazalete electrónico²⁵¹.

El tribunal en la elección o diseño de las reglas de conducta se encuentra limitado por la dignidad humana. De esta forma las conductas impuestas al probando no pueden significar

²⁴⁸ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2034.

²⁴⁹ Como se le denomina al infractor respecto del cual se ha decretado una suspensión, haciendo alusión al sistema de *probation* angloamericano.

²⁵⁰ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2038.

²⁵¹ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, pp. 2046-2047.

un trato inhumano o degradante y no podrían afectar derechos como la libertad de religión o de asociación²⁵².

La regla de conducta más intensa es el sometimiento a la vigilancia y dirección de un delegado durante el periodo de prueba. Con este mandato la forma de vida del probando se verá fuertemente modificada al tener que rendir cuenta y explicaciones de sus decisiones cotidianas a un tercero evaluador. Con todo, esta regla de conducta es admisible para un determinado grupo de personas, aquellos probando que no tienen más de 27 años, que fueron condenados a una pena de prisión superior a nueve meses y se prevé que todas las otras reglas de conducta que se les imponga no serán suficientes para disminuir el riesgo de reincidencia²⁵³.

De conformidad con el artículo 56 e del StGB, las reglas de conductas pueden ser modificadas o revocadas posteriormente, siempre que se encuentren dentro del periodo de prueba fijado por el tribunal. La doctrina se ha mostrado favorable a las modificaciones que repercutan favorablemente sobre el condenado, significando una flexibilización del régimen que venía cumpliendo. También hay acuerdo en torno a aceptar cambios de reglas que resulten más gravosas para el probando. Para ambos casos, está permitido considerar el acaecimiento de nuevas circunstancias que no estuvieron presentes en el momento en que el tribunal concedió la suspensión de la ejecución de la condena de prisión.

Por su parte, el artículo 56 b del StGB establece que las obligaciones impuestas al probando le dan a la suspensión de la pena de prisión el carácter de sanción penal necesario para satisfacer los intereses preventivo general exigido por la comunidad. Las obligaciones impuestas al probando tendrán para él una suerte de menoscabo, agravio o detrimento exigido por el injusto realizado.

A diferencia de las reglas de conducta, el “catálogo de obligaciones” contemplado en la ley es *numerus clausus*. Las obligaciones contempladas giran en torno a la reparación de los daños causados por el hecho, al pago de una suma de dinero en favor de una institución pública, a la prestación de servicios de utilidad pública, y a pagar una suma de dinero a favor del erario público²⁵⁴.

La doctrina mayoritaria sostiene que en el caso de la reparación de los daños el importe no debe sobrepasar la cuantía del derecho a indemnización civil de las víctimas. Una opinión minoritaria, sostiene que sería un error circunscribir la reparación del daño a las reglas civiles que regulan la reparación por las consecuencias del delito. En la misma línea, nada impediría que el tribunal, siguiendo criterios diferentes, estableciera que la reparación es insuficiente y pueda imponer condiciones adicionales al acuerdo²⁵⁵.

Por otra parte, la obligación vinculada con la realización de servicios o prestaciones sociales ha sido objeto de críticas de corte constitucional. El Tribunal Federal

²⁵² OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, pp. 2047-2048.

²⁵³ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2053.

²⁵⁴ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2041.

²⁵⁵ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2041.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Constitucional en su fallo de 1974 (BVerfGE 74,10) rechazó las objeciones centradas en la amplitud y consecuente indeterminación de la obligación de prestación de servicios que podría dar pie a cualquier exigencia. Según el tribunal, es correcto entender que las obligaciones significan un menoscabo o detrimento para el sujeto, pero el alcance de la obligación no puede superar la medida del injusto culpable ni grabar al probando de una forma que le sea imposible de cumplir²⁵⁶.

El pago de una cantidad de dinero también ha generado controversias, cuando recae en el erario público. Se ha planteado en esta hipótesis la cuestión de aplicar las reglas de la pena de multa por la similitud que tendría con la obligación de pago. Sin embargo, esto último ha sido rechazado por la doctrina porque significaría equipar una obligación con una pena²⁵⁷.

Las obligaciones al igual que las reglas de conductas pueden ser modificadas o revocadas. En términos generales se afirma que no habría problemas en modificar la obligación, agravando o favoreciendo al probando, si aparecen nuevos antecedentes que den luces de las auténticas posibilidades de cumplimiento del probando o de las reales magnitudes del daño ocasionado por el hecho. También resulta indiscutida la necesidad de la modificación, esta vez en un sentido que signifique una agravación en el probando, cuando éste no haya cumplido con las prestaciones a las que voluntariamente se obligó²⁵⁸.

De acuerdo al artículo 56f Abs.1 del StGB, tres son las hipótesis de revocación de la suspensión a prueba de la pena de prisión contempladas en el Código Penal: (a) comisión de un delito; (b) incumplimiento de las obligaciones; y (c) incumplimiento de los términos planteados en la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional.

En el primer caso, esto es, frente a la comisión de un delito, la revocación se hace necesaria porque la comisión del delito dentro del periodo de prueba demostró que la expectativa de que el probando podía vivir sin delinquir no se cumplió. Por su parte, en el caso del incumplimiento de las obligaciones, se debe tener presente que no cualquier incumplimiento de la o las obligaciones puede gatillar la revocación de la suspensión de la condena a prisión. De esta forma, es necesario que el incumplimiento sea grave e insistente. Con ello se demuestra la indiferencia del probando en torno al cumplimiento de las prestaciones impuestas.

Respecto del incumplimiento de los términos planteados en la vigilancia y dirección del delegado del periodo de prueba en este caso es necesario para que proceda la revocación que el probando evada permanentemente la vigilancia y dirección del delegado. Con este tipo de infracción se demuestra el fracaso de la expectativa que tenía el tribunal de que el sujeto se mantendría dentro del ámbito del derecho.

²⁵⁶ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2043.

²⁵⁷ OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2044.

²⁵⁸ Artículo.56 e del StGB.

Si transcurrido el plazo de prueba el probando no incurre en las causales de revocación de la suspensión, el tribunal procederá a la remisión inmediata de la pena por medio del auto correspondiente.²⁵⁹ Por otro lado, si el tribunal decreta la revocación, se procederá a la ejecución de la pena de prisión. En el caso de que se hayan realizado prestaciones éstas no serán devueltas. En el caso de los pagos realizados, el tribunal podrá abonarlos a la pena a ejecutar de acuerdo con un criterio que fije a discrecionalidad.

La otra alternativa a la pena privativa a la libertad considerada en la legislación alemana es la “Remisión o exclusión de la pena”. Este instituto no existía antes de la gran reforma al StGB de 1969 a 1975. De acuerdo al artículo 60 del StGB, en uso de la remisión o exclusión de la pena, el tribunal puede, luego de constatar la culpabilidad del sujeto, prescindir de la pena en los casos en los que el injusto o culpabilidad se encuentren reducidos; cuando el delito tiene graves consecuencias en la persona del autor; y en los casos de reparación del delito.

La remisión de la pena admite en el derecho penal alemán tres posibilidades: (a) la remisión en caso de injusto o culpabilidad reducida; (b) la remisión de la pena producto de las graves consecuencias que el delito genera en el autor y; (c) la remisión de la pena por la conciliación entre el autor y víctima.

En la primera hipótesis de procedencia, esto es, la remisión en caso de injusto o culpabilidad reducida, se aplica generalmente en los casos de delitos de bagatela; cuando se detectan niveles menos graves de arrebato; intoxicaciones por consumo de alcohol o estupefacientes; psicopatías; neurosis y anomalías del instinto, entre otros. También se considera en los casos en que el autor, luego de la consumación del delito, ha hecho esfuerzos para reducir los daños adicionales del delito²⁶⁰.

Por su parte, en la hipótesis segunda de procedencia, estos es, la remisión de la pena producto de las graves consecuencias que el delito genera en el autor, el baremo de las graves consecuencias para el autor ha generado por parte de la doctrina una serie de situaciones bajo las cuales ameritaría su procedencia. Se ha pensado en aquellos casos, en los que el autor del delito se lesiona gravemente a sí mismo mientras ejecutaba el hecho (accidente en automóvil, por ejemplo). También se considera los casos en que el autor pierde a un pariente cercano y cuando él mismo se lesiona gravemente. En todas estas situaciones, las graves repercusiones del delito son suficientes para compensar la culpabilidad del autor, entregándole a la pena el carácter de manifiestamente inadecuada. La necesidad de castigo en estos casos no tendría sentido y podría atentar contra la dignidad humana del autor²⁶¹.

Respecto de la tercera hipótesis de procedencia relativa a la remisión de la pena en conciliación entre el autor y víctima, resulta pertinente mencionar que la figura de conciliación entre ambos aparece en la reforma de 1994 –en la Ley para la lucha contra el

²⁵⁹ Artículo 56 g I 1 en relación con el Artículo 453 I StPO.

²⁶⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg, “§60 Absehen der Strafe”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 2177.

²⁶¹ ALBRECHT, “§60 Absehen der Strafe”, cit. nota n° 260, p. 2178.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

crimen— que buscó generar espacios de entendimiento entre la víctima y el autor, así como lograr un acuerdo compensatorio. En concreto, para la declaración de la remisión bastará que el autor esté dispuesto a participar en el procedimiento de conciliación o que el autor esté dispuesto a compensar materialmente a la víctima.

3.2. Naturaleza jurídica y fundamentos de las alternativas

No existe acuerdo en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión. Desde diferentes perspectivas —desde su efecto inmediato; desde la dureza de las condiciones del régimen de suspensión; y desde el control que se puede ejercer sobre el sujeto a través de las reglas de conductas—, la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión puede ser considerada como un aplazamiento de la pena; una pena; una medida de seguridad; o un híbrido de pena con medida de seguridad²⁶².

Siguiendo estas perspectivas una parte de la doctrina representada por Maurach, Gössel y Zipf; Dreher y Tröndle; y Schäfer, sostiene, que no sería más que una dispensa sujeta a condición. Para otros, simplemente una pena, si se toma en cuenta las estrictas condiciones contenidas en las reglas y obligaciones que recaen en el sujeto²⁶³. También se ha sostenido que sería una verdadera medida de seguridad de corrección y aseguramiento que a través de las órdenes y el seguimiento de un delegado (autoridad administrativa) busca corregir al sujeto con reglas que intervendrán directamente en su forma de vida, que, de no ser seguidas, activaran la ejecución de la pena privativa de libertad, como plantea Schüler-Springorum. Por último Gribbohm, considera que tendría una naturaleza mixta o ecléctica, esto es, una combinación entre pena y medida de seguridad²⁶⁴.

En el caso de la revocación, la doctrina la considera como una renuncia o dispensa de pena fundada en la disminución de la necesidad de la pena, ya que, el autor fue suficientemente castigado; ha reparado las consecuencias del hecho; o bien porque la culpabilidad es tan baja que con la sola declaración de culpabilidad contenida en la sentencia se compensa. No sólo le necesidad de castigo pierde sentido, sino también la necesidad de un proceso penal²⁶⁵.

3.3. Datos estadísticos sobre las alternativas en Alemania

En el derecho penal alemán, la multa se impone como el medio sancionador más importante del sistema penal de los adultos. Durante los últimos 120 años, la pena privativa de libertad, concebida como “él” medio de sanción estatal, ha cedido protagonismo a la cada vez más significativa pena de multa. Por ejemplo, en 1882 la relación de la pena privativa de libertad y la multa era de 77% y 22%, después de la reforma de 1969 a 1975

²⁶² OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 2 34, p. 2021.

²⁶³ Jurisprudencia del BGH Str 2000, 18.

²⁶⁴ Cit.: OSTENDORF, “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, cit. nota n° 234, p. 2021.

²⁶⁵ ALBRECHT, “§60 Absehen der Strafe”, cit. nota n° 260, p. 2177.

17% a 83%. Desde la década del setenta hasta nuestros días los porcentajes se han mantenido estables, por ejemplo, en 2012 18% y 82% y en 2013 82,8% y 17,2%²⁶⁶.

Como se puede advertir del gráfico siguiente, dentro del universo de penas privativas de libertad, la sanción que ha prevalecido en el sistema de sanciones penales de adultos en Alemania es la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión. Muy por debajo sigue la pena de prisión, la cual, ha tenido desde 1975 a la fecha un rol secundario manteniéndose entre el 6% y 5% del total de las sanciones penales impuestas en Alemania²⁶⁷.

Tabla 4: Porcentaje de uso de la multa, suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión y prisión en los años 1975, 1985, 1990, 2000, 2013

Tipo de sanción		1975	1985	1990	2000	2013
Multa		83,6%	81,4%	83%	80,4%	83%
Penas privativas de libertad	Suspensión a prueba	10%	12,3%	11,8%	13,2%	12%
	Prisión	6,4%	6,3%	5,2%	6,4%	5%
Total		100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en los informes de Estadísticas del Konstanzer inventar sanktionsforschung y del Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Durante el 2013 fueron suspendidas el 72,8% del total de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses de duración; el 79,5% del total de las penas privativas de libertad entre 6 a 12 meses de duración; y el 73% del total de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración²⁶⁸.

El análisis de la práctica de sanciones detallada por delitos nos demuestra el escaso protagonismo que la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión ha tenido en determinados delitos graves. Por ejemplo, del total de asesinatos cometidos en 2011, sólo al 0,9% se le suspendió la ejecución de la pena de prisión. Algo similar ocurre en los homicidios, con un 7,3% de suspensión de penas de prisión. Más holgada se torna la aplicación de la suspensión de la pena de prisión en los delitos de robos donde se suspendió la condena al 47%; en las violaciones, al 53% y en los delitos de tráfico de drogas al 63%. Abiertamente amplia es en cambio la aplicación de la suspensión de la condena de prisión en los delitos de lesiones graves, según las estadísticas del 2011, al 83% se le suspendió la condena de prisión²⁶⁹.

²⁶⁶ DÜNKEL, “§38 Dauer der Freiheitsstrafe”, cit. nota n° 230, p. 1686. En el mismo sentido, HEINZ, Wolfgang. *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012*, Konstanz: Konstanzer inventar Sanktionsforschung, 2014, p.77; JEHLE, Jörg-Martin. *Strafrechtspflege in Deutschland. Fakten und Zahlen*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015, pp. 33-34.

²⁶⁷ JEHLE, *Strafrechtspflege in Deutschland*, cit. nota n° 266, p. 34.

²⁶⁸ JEHLE, *Strafrechtspflege in Deutschland*, cit. nota n°266, p. 35.

²⁶⁹ HEINZ, *Das strafrechtliche Sanktionensystem*, cit. nota n° 266, pp. 204-209.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

La aplicación práctica de la remisión es escasa en el derecho alemán. Como informa Albrecht en 2010 del total de condenas impuestas el 0,05 correspondió a este instituto²⁷⁰.

Por su parte, en relación a la tasa de prisionización, Alemania se ha mantenido en los últimos veinticinco años dentro del grupo de países con baja tasa de privados de libertad. También se puede evidenciar que a mediados de los noventa y comienzos del 2000 se generó un incremento en la tasa que casi lo lleva a pasar al segundo grupo de países con una moderada tasa de privados de libertad. De acuerdo con el Kings College, International Center for Prison Studies, en 2016, Alemania tuvo una tasa de 76 privados de libertad por 100.000 habitantes²⁷¹.

Otro aspecto relevante en la materia dice relación con la reincidencia. En un periodo de observación de cuatro años, se constató, que en el caso de las penas de prisión suspendidas a prueba, la reincidencia es de 45% mientras que la de aquellos egresados de prisión efectiva es de 56%²⁷².

4. Discusión y epílogo

En base a las exposiciones y las soluciones jurídicas entregadas en las legislaciones objeto de estudio, a continuación se revela una discusión acerca de los fundamentos, virtudes y defectos de las diferentes regulaciones, deteniéndose en cuestiones relativas a su naturaleza jurídica, sus justificaciones, su eficacia como mecanismo de control del uso de la pena privativa de la libertad y de prevención de la reincidencia delictual, entre otros aspectos.

Como es ampliamente reconocido, la pena privativa de libertad que aparece en el decimonónico, vino a reemplazar el uso de penas corporales y particularmente aquellas inhumanas y degradantes que imperaban en el medievo. Luego de prácticamente dos siglos, el sistema de penas es repensado y se posiciona con propiedad las consecuencias jurídicas derivadas del delito distintas a la prisión, cuya filosofía general, a la luz de los resultados negativos de las penas privativas de libertad (principal consecuencia penal), es la de dar una respuesta penal alternativa al delito y permitir la reinserción social del condenado.

La fundamentación general de las alternativas se ha sostenido sobre antecedentes negativos y positivos. Respecto a los primeros, los cuestionamientos operaron en un primer momento, sobre la base de que las penas privativas, especialmente las de corta duración, no eran adecuadas, siendo perniciosas para la salud del condenado, y fundamentalmente dado sus consecuencias *disociativas* importantes en la persona del penado que influirían negativamente en la reinserción social y, en consecuencia, en la eventual recaída del delito. En la actualidad, esos argumentos se mantienen, aun cuando se han agregado otros que más

²⁷⁰ ALBRECHT, “§60 Absehen der Strafe”, cit. nota n° 260, p. 2177.

²⁷¹ Véase World Prison Brief del International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponible en <http://www.prisonstudies.org/country/germany> [visitado el 20.03.17].

²⁷² HEINZ, Wolfgang. *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012*, Konstanz: Konstanzer inventar Sanktionsforschung, 2014, p. 87.

bien han justificado la expansión de las alternativas en los distintos ordenamientos fundamentalmente a partir de la década de los '70. Estos dicen relación con la existencia en varias jurisdicciones de elevadas tasas de encarcelamiento, malas condiciones de las prisiones y de elevados gastos en el financiamiento de éstas últimas considerando presupuestos siempre escasos²⁷³. A estos se suman también en la misma época, aquellas investigaciones que cuestionaron los resultados de los programas de tratamiento intracarcelarios de la mano de la literatura del “nada funciona” (*nothing works*) –ya expuesta a propósito de la regulación inglesa– argumento que fue utilizado tanto por conservadores como por liberales en orden a cuestionar la eficacia de la prisión, y buscar alternativas que pudieren traer mejores resultados en materia de reincidencia.

Por otro lado, la justificación positiva de las alternativas giró en un primer momento en base a sus virtudes consistentes en una respuesta penal más humana y más adecuada desde la perspectiva utilitarista para la reinserción social del penado. En la actualidad, y nuevamente bajo una lógica de expansión, esos argumentos se mantienen, fundamentalmente en lo relativo a su potencial en materia de reinserción, de la mano del movimiento “qué funciona” (*what works*), que ha recomendado su uso considerando la igual o menor reincidencia de los penados con alternativas frente a aquellos que han cumplido condena en la cárcel²⁷⁴, aun cuando metanálisis más recientes reportan que las alternativas muestran resultados más eficaces en estudios cuasi experimentales –muchos de los cuales no logran despejar adecuadamente los sesgos atribuibles al posible mayor riesgo de reincidencia de los condenados a penas de cárcel–, mientras que las diferencias no serían significativas cuando su efectividad es medida a través diseños randomizados o experimentos naturales²⁷⁵. Frente a esto, han surgido con fuerza los argumentos relativos a su mayor costo-efectividad, que sugieren desde la perspectiva de la eficiencia económica, que las alternativas acarrearían más beneficios o que, teniendo iguales beneficios que la cárcel, serían menos costosas²⁷⁶.

Junto con lo anterior, en la línea de las justificaciones positivas, es posible afirmar que a través de las penas alternativas, la víctima del delito ha recuperado un nuevo espacio que antes tenía, recobrando su sitio en el conflicto penal, a través de mecanismos como la

²⁷³ CAVADINO/DIGNAN, *The Penal System*. cit. nota n° 90, pp. 121-122; BOTTOMS, “Limiting Prison Use”, cit. nota n° 91, pp. 181-182; PETERSILIA, Joan. “A decade of experimenting with intermediate sanctions: what have we learned?”, *Journal of the Justice Research and Statistics Association* Vol. 1, Nº 1 (1999), pp. 9-22, p. 20.

²⁷⁴ SMITH, Paula; GENDREAU, Paul; GOGGIN, Clare. *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism: General effects and individual differences*. Ottawa: Solicitor General Canada, 2012, pp. 1-47; WERMINK, Hilde; BLOKLAND, Arjan; NIEUWBEERTA, Paul; NAGIN, Daniel; TOLLENAAR, Nikolaj. “Comparing the effects of community service and short-term imprisonment on recidivism: a matched samples approach”, *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 6, Nº 3 (2010), pp. 325-349.

²⁷⁵ VILLETAZ, Patrice; GILLIÉRON, Gwladys; KILLIAS, Martin. *The effects on re-offending of custodial vs. non-custodial sanctions: An updated systematic review of the state of knowledge*. Oslo: Campbell Systematic Reviews, 2015, pp. 58-59.

²⁷⁶ WASHINGTON STATE INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY. *Benefits-cost results/ Adult Criminal Justice*, 2006, pp. 1-2. Recuperado de: http://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost/Pdf/2/WSIPP_BenefitCost_Adult-Criminal-Justice%20Benefit-Cost%20Results [visitado el 20.03.17].

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

compensación y la reparación, reconocidos en algunas legislaciones como sanciones principales o accesorias, que en definitiva buscan otorgar mayores satisfacciones a la víctima. Asimismo, mediante la regulación de condiciones o reglas de conducta asociadas a una pena alternativa como son la prohibición al victimario para acercarse o alejarse de la víctima, se ha buscado su protección frente a eventuales revictimizaciones u otras situaciones en las cuales las víctimas pudieren sentirse más vulnerables.

De esta forma, si bien inicialmente las alternativas fueron concebidas como un sistema subrogatorio o sustitutivo de las penas privativas de corto tiempo, éstas han sido reconocidas desde finales del siglo XX hasta la actualidad como un sistema de consecuencias idóneo para el abordaje de la delincuencia de baja y mediana gravedad, llevando a los distintos gobiernos a explorar distintas formas jurídicas con el objeto de asegurarle un lugar en el marco sancionatorio que les permita operar adecuadamente para abordar dicha delincuencia. Así, las distintas legislaciones han explorado desde mecanismos de suspensión –actualmente aun en boga–, mecanismos de sustitución, hasta llegar a la configuración en algunos países de un sistema de consecuencias autónomas que opera ya no mirando a las penas privativas de libertad a la cual reemplaza, sino que busca manifestarse como sanciones con un sentido punitivo propio, independiente de la cárcel.

Sin embargo, las alternativas a lo largo del tiempo también han mostrado algunas carencias que han afectado su desarrollo, a lo menos en tres ámbitos. La primera, es que existe poca claridad en torno a la naturaleza jurídica de estas consecuencias. En segundo lugar, también se advierte una suerte de desconfianza de la sociedad y especialmente de los sentenciadores en estas consecuencias, lo que ha afectado su necesaria legitimidad. En tercer lugar, su introducción en las distintas legislaciones no siempre ha acarreado como efecto, una disminución del uso de la cárcel, sino más bien ha importado la ampliación del régimen sancionatorio a infractores y delitos tradicionalmente no captados por el sistema penal de la mano con la crítica acerca del *netwidening* o ampliación de las redes de control penal.

Respecto del primer punto, como se expuso en la revisión comparada, existe poca certeza y mucha discusión respecto a la naturaleza jurídica de las alternativas (a excepción de la multa), cuando estas son concebidas a través de fórmulas como la suspensión, ampliamente utilizadas en todas las legislaciones analizadas. En efecto, cabe recordar la existencia de dos grandes posiciones, una que le atribuye un carácter de dispensa o de renuncia de la pena privativa de libertad que importa considerarla como un beneficio y, por otro lado, en un sentido totalmente opuesto, se manifiestan los que le atribuyen un carácter de sanción, como pena, medida de seguridad, o de una naturaleza híbrida o especial pero con contenido aflictivo. La poca claridad en relación a la naturaleza jurídica tiene inconvenientes normativos de importancia en la medida que hasta el día de hoy persisten las dudas respecto del lugar que, por ejemplo, debe ocupar la suspensión en el marco sancionatorio, concibiéndola como la respuesta más benévola luego de la multa especialmente en el caso de delitos de baja o mediana gravedad como ocurre en el caso de España u operando más bien como el último resorte antes de la privación de la libertad como en el caso de Inglaterra.

Por su parte la sustitución, que aunque ha gozado de una corta y restringida utilización en el ordenamiento jurídico español, padece la misma ambigüedad, no estando clara su naturaleza jurídica y sus diferencias con la suspensión. Al respecto, es necesario tener presente que ambos mecanismos son necesariamente dependientes de la existencia de penas privativas de la libertad, siendo por lo tanto complejo otórgales un contenido punitivo propio. Sin embargo, ambas difieren en cuanto a sus efectos en la medida que la suspensión “paraliza” la pena privativa de la libertad, mientras que la sustitución la “subroga”, incidiendo sobre su existencia misma, aun cuando en ambos casos la sombra de la cárcel permanece frente a una eventual revocación²⁷⁷. Esto conlleva en la práctica a que frente a una revocación, en el primer caso, se debe cumplir íntegramente la pena original suspendida, mientras que en el segundo, sólo se debe cumplir el saldo.

Frente a esto, cabe considerar entonces, que ambas son distintas en cuanto a su configuración jurídica, por cuanto la suspensión aparece más bien como una renuncia condicionada a la imposición de una sentencia como en el caso de Inglaterra, o de la ejecución de la pena, como en el caso de España y Alemania, fórmula conocida en doctrina como de “suspensión condicional simple”, en que la condición principal consiste en no cometer nuevos delitos durante un determinado período; mientras que la sustitución constituiría un mecanismo de subrogación mediante el cual una pena privativa es reemplazada por otra de igual o menor intensidad (multa, servicios en beneficio de la comunidad, reclusión domiciliaria, etc.), siendo más nítida la naturaleza jurídica de sanción penal de la nueva pena sustitutiva.

Sin embargo, dicho argumento debe ser matizado en la medida que todas las regulaciones analizadas permiten imponer en la suspensión de la sentencia o de la ejecución de la pena requerimientos consistentes en la imposición de una o más obligación de hacer (asistir a determinados programas, reportarse periódicamente, mantenerse recluido en su domicilio en determinados horarios, entre otros) o de no hacer (abstenerse de frecuentar determinados lugares o frecuentar determinadas personas, entre otros) que restringen su libertad o bien le privan de ciertos derechos que antes gozaba²⁷⁸, bajo la fórmula denominada en doctrina de la “suspensión condicional con imposición de reglas de conducta”. A esto se suma el hecho que en ambos tipos de suspensiones (de la sentencia o de la ejecución de la pena) existe una declaración de culpabilidad para su autor, implicando por lo tanto un reproche penal y su constatación en un juicio penal, aun cuando sólo esta última fórmula de suspensión tendría efectos jurídicos importantes a propósito de la génesis de antecedentes delictuales y la imposibilidad futura de acceder a otros mecanismos alternativos en el caso de reincidencia delictiva.

En ese sentido, no podemos desconocer que las formas y contenidos de dichos requerimientos tienen la forma de castigo, lo que de cierta forma desdibuja el argumento que contradice el carácter mismo de pena. Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos a propósito de la regulación británica, la cual contempla similares requerimientos a imponer

²⁷⁷ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de la libertad*. Madrid: Colex, 2000, p. 272.

²⁷⁸ Para Novoa la pena es un mal en tanto comporta una pérdida de derechos para el sujeto. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. Parte General*. T. II. 3ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica, 2010, p. 269.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

ya sea vía suspensión o vía una sentencia comunitaria, cuestión que ha implicado en la práctica que el lugar de la suspensión y de las órdenes comunitarias en el marco penal, de lugar a traslapes.

La mayoría de los problemas interpretativos que genera la suspensión y en cierta forma la sustitución, se ven solucionados a través de la regulación de las sanciones alternativas como sanciones principales como ocurre en Inglaterra. En efecto, como se expuso, esto implicó en la práctica abandonar denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad”, propia de otras legislaciones, por la de “sentencias comunitarias” que buscan dar cuenta del contenido punitivo propio, independiente de la cárcel, de estas sanciones, entendiendo que importan una censura y reproche que caracterizan la respuesta punitiva, junto con resaltar el contexto en el cual se ejecutan. Sin embargo, aun regulaciones jurídicamente más avanzadas como ésta, igualmente no han podido solucionar la tensión existente con el uso de fórmulas como la suspensión, particularmente sí, como se señaló, en la práctica el infractor padece las mismas limitaciones.

Esta falta de claridad en su configuración jurídica como del lugar que le cabe a las alternativas en el marco sancionatorio, también ha originado un recelo en los operadores del sistema de justicia, particularmente de los sentenciadores, que son los que en definitiva deben adjudicar las consecuencias penales y, por otro lado, la sociedad en su conjunto quien puede considerar la respuesta penal como inadecuada. En efecto, el juez o tribunal al tener incerteza sobre la naturaleza de estas instituciones puede eventualmente percibir la respuesta penal como no proporcional a la culpa. Al alero de esta desconfianza, la falta de control por parte de la autoridad y medios económicos que hagan operable estos instrumentos, sumado a la discrecionalidad del juez para la imposición de las alternativas, pueden contribuir de cierta manera a su desuso. En ese sentido, respecto de la percepción de los sentenciadores, si bien las investigaciones han demostrado que los jueces, especialmente en casos límite que implican una decisión entre penas carcelarias y alternativas, prefieren estas últimas opciones, también hay evidencia, al menos en el caso de Inglaterra, que la expansión en el uso de sentencias comunitarias es más bien atribuible a una reducción en el uso de las multas por parte de los tribunales²⁷⁹. Por otra parte, experiencias como las vividas en ese país a propósito de la regulación contenida en la legislación de 1991, dan cuenta del hecho que, no obstante que una legislación puede ser fiel reflejo de soluciones doctrinales armónicas y de avanzada, estas siempre deben considerar el contexto de su aplicación y entender en definitiva, que son los jueces los que darán vida o echarán por tierra dichas pretensiones teóricas dependiendo si las mismas son funcionales a labor de juzgamiento.

Por su parte, tratándose de las percepciones sociales acerca de las alternativas, si bien las investigaciones muestran que el conocimiento público acerca de alternativas en general es pobre, también dan cuenta de un apoyo del público en el uso de las alternativas, siempre y

²⁷⁹ HOUGH, Mike; JACOBSON, Jessica; MILLIE, Andrew. *The Decision to Imprison: Sentencing and the Prison Population*. Londres: Prison Reform Trust, 2003, p. 35.

cuando sancionen con éstas a infractores que no hayan cometido delitos violentos²⁸⁰. En ese sentido, resulta importante recalcar que cualquier reforma en la materia, debe ir de la mano de un proceso de socialización y sensibilización, que permita una mejor comprensión y compromiso de los actores sociales para su adecuado funcionamiento. De esta forma, resulta evidente que un grado de aceptación pública y confianza en las prácticas del sistema de justicia penal es necesaria para su adecuado funcionamiento²⁸¹, cuestión que aparece importante en plano de las alternativas, pues como argumenta Roberts, la oposición pública a una pena alternativa puede en definitiva conducir a la eliminación de la sanción²⁸².

Finalmente, otros de los inconvenientes que presentan las alternativas, es que su utilización y expansión no ha implicado en varias legislaciones una reducción sustancial del uso de la cárcel como respuesta, crítica denominada del *netwidening* o ampliación de la red de control penal, propia de la terminología propuesta por Cohen²⁸³.

Si bien resulta difícil testear los efectos de *netwidening* dado que supone efectuar un ejercicio de cuantificación de aquellos infractores que pudieron haber sido objeto de respuestas penales más benignas, lo que sí se puede extraer de manera clara es que, al menos en España, las alternativas no han logrado detener el crecimiento de las penas carcelarias, las que, con oscilaciones, han aumentado de manera importante en los últimos años, mientras que tanto los servicios en beneficio de la comunidad como la suspensión, han disminuido drásticamente en términos de su utilización, lo que da cuenta, que las últimas reformas sufrida en materia de alternativas han obrado en el sentido de restringir su utilización.

En el caso de Inglaterra, se observa una tónica similar aunque bastante más leve, toda vez que si bien tanto el uso de la prisión como de las sentencias comunitarias han disminuido de manera importante en los últimos años, su descenso, se debe más bien a una mayor utilización de la herramienta de la suspensión y a un crecimiento proporcional discreto del uso de la prisión, cuestión que parece paradigmático considerando que constituye una de las legislaciones más avanzadas en materia sanciones alternativas.

A la inversa, legislaciones como la Alemana, que no han sido objeto de recientes reformas profundas en la materia y que presentan una legislación sencilla, –y que incluso algunos podrían catalogarla atrasada, considerando la escasa incorporación del desarrollo dogmático y comparado en la regulación de las alternativas–, dan cuenta de una gran efectividad entorno al potencial controlador de dichos mecanismos del uso de la pena privativa de la libertad. Así, como se señaló, con la gran reforma del StGB de 1969 a 1975 se da un golpe de timón en lo que a sanciones se refiere entregándole un gran protagonismo a la multa, de forma tal, que el 80% de las sanciones impuestas en derecho penal de los adultos en

²⁸⁰ ROBERTS, Julian. “Public opinion and the nature of community penalties: international findings”. En: ROBERTS, Julian; HOUGH, Mike (Eds.), *Changing Attitudes to Punishment, Public opinion, crime and justice*. London: Willan Publishing. 2002, pp. 33-62, pp. 38 y ss.

²⁸¹ MARUNA, Shad; KING, Anna. “Public opinion and community penalties”. En: BOTTOMS/GELSTHORPE/REX, *Community penalties*, cit. nota n° 97, p. 83.

²⁸² ROBERTS, “Public opinion and the nature of community penalties”, cit. nota n° 280, p. 34.

²⁸³ COHEN, “The punitive city”, cit. nota n° 102, p. 347.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

Alemania corresponde a este tipo de sanciones, siguiéndole en importancia la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión con un 12% de aplicación frente a un 5% del uso de la pena privativa de la libertad.

Lo anterior da cuenta, que el uso de las sanciones alternativas como verdaderas alternativas al encarcelamiento, no sólo depende de su regulación normativa adecuada, debiendo demarcar sin duda, de manera clara, las justificaciones que las inspiran, cómo confluyen las distintas alternativas y el lugar que ocupan en el marco sancionatorio; sino que también dependen de la cultura jurídica en la cual se asientan y el que sean percibidas por los sentenciadores y la comunidad general como sanciones “creíbles”, dotadas de un contenido punitivo adecuado, que les permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en marco de las consecuencias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

En español

- ARAÚJO NETO, Félix. *La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión*, Granada: Universidad de Granada-Tesis doctoral, 2009.
- BARQUÍN SANZ, Jesús; LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios. “Aplicación practica de la suspensión y la sustitución de las penas. Una aproximación estadística”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 10 (2013), pp. 415-470.
- BERNAL VALLS, Jesús. “Consideraciones sobre la condena condicional”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 24, Nº 1 (1971), pp. 103-128.
- BONFILL I GALIMANY, Rosa; CASADO, Manuel; MORENO, Carolina; RUZ, Susana. *La eficiencia de las suspensiones judiciales con obligación de tratamiento de deshabitación. Factores que pueden influir en la reducción o no de la reincidencia*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2012.
- BLAY, Ester. *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006.
- CAMARASA Y ECHARTE, Federico. *La condena condicional (Apuntes para su estudio)*. León: Maximinio A. Miñón, 1908.
- CAPDEVILA, Manel; FERRER, Marta. *Tasa de reincidencia penitenciaria 2008*, Barcelona: Centro de estudios jurídicos y formación especialiazada. Generalitat de Catalunya, 2009.
- CAPDEVILA, Manel; FERRER, Marta; FRAMIS, Berta; BLANCH, Marta; GARRIGÓS, Albert; BATLLE, Ares; LÓPEZ, Berta; MORA, Judit. *La reincidencia en medidas penales alternativas*, 2015. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2016.
- CELAYA, Ainhoa. “La pena de prisión y sus alternativas”, *Universidad del País Vasco*, 2016, pp. 1-83, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina43937.pdf>
- CID MOLINÉ, José. *La elección del castigo*. Barcelona: Bosch, 2009.
- _____, “¿Es la prisión Criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*. 2ª Época, Nº 19 (2007), pp. 427-456.
- _____, “La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 15 (2005), pp. 223-229.
- _____, “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”. *Revista de derecho y proceso penal* Nº 12 (2004), pp. 215-234.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General*. 5º Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CUELLO CALON, Eugenio, *El proyecto de código penal alemán de 1919*, Madrid: Reus, 1924.
- _____. *La moderna penología*. t. I, Barcelona: Bosch, 1958.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada: Comares, 2016

- SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho Penal español. Parte General en esquemas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- GONZÁLEZ CASSO, Joaquín. “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 n.º 4 y 87 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial* N° 54 (1999), pp. 91-138.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos. “Suspensión de la pena y probation”, en: CID, José; LARRAURI, Elena. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997.
- GÖPPINGER, Hans. *Criminología*, Trad. SCHWARCK, María Luisa; LUZARRAGA CASTRO, Ignacio, Madrid: Instituto editorial Reus, 1975.
- GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBON, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Reforma del derecho penal en Alemania. Parte General*, Trad. FINZI, Conrado; Buenos Aires: Depalma, 1976.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada: Comares, 2002.
- LANDROVE, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed., Barcelona: Bosch, 1984.
- LÓPEZ CONTRERAS, Rony. *La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)*. San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 2004.
- LUQUE, Eulalia; FERRER, Marta; CAPDEVILA, Manel. *La reincidencia penitenciaria a Catalunya*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2004.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed. Navarra: Civitas, 2005.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Colección Temas penales. Serie A, N°2, Ministerio de Justicia- Secretaría Técnica, 1985.
- MIQUEL, Joan. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1953.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª Ed. Barcelona: Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. Parte General*. T. II, 3ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica, 2010.
- OSSET BELTRÁN, Natividad. *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*. España: Ministerio del Interior-Secretaría Técnica, 2014.
- PRATS CANUT, José Miguel, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Suspensión y sustitución de las penas*. Madrid: La Ley, 2009.
- QUINTANA GIMÉNEZ, Carmelo. “La suspensión de las penas privativas de libertad”, pp. 1-41, en:

- https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Quintana%20Jimenez,%20Carmelo.pdf?idFile=50032e0f-7862-4314-925f-e24ec3b9d363
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de derecho penal*. T.1, Madrid: Ed. Rev. de Derecho privado, 1963.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho penal*. 3ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2009.
- RAMÓN MARTÍNEZ, Pedro. *Convergencia de las ciencias jurídicas, criminológicas y penitenciarias en la verificación de las consecuencias jurídicas del delito. Especial atención a la eficiencia de la pena de prisión*, Tesis Universidad de Murcia, 2013, disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/36179/1/TD%20BUENA%2016%20ENE%2013.pdf>
- ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge. *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, estudio de su regulación en España y México*. Madrid: Edersa, 1996.
- ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.
- _____. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, trad. por MAIER, Julio. En: MAIER, Julio, CARRANZA, Elías (Eds.). *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- _____, *Derecho Penal Parte General*, Trad. LUZON PEÑA, Diego Manuel; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO; Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid: Civitas, 1997.
- SANZ MULAS, Nieves. “Penas alternativas a la prisión”. En: DÍAZ-SANTOS, Ma. Rosario; SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000.
- _____. *Alternativas a la pena privativa de la libertad*. Madrid: Colex, 2000.
- SERRANO PASCUAL, Mariano. *Formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*. Madrid: Trivium, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La sustitución de las penas de prisión”, en: ALVAREZ GARCÍA, Francisco; GONZÁLES CUSSAC, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 125-130.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 1983.
- VARONA GÓMEZ, Daniel. “La reforma de las penas no privativas de libertad (15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?”, *REIC, Revista Española de Investigación Criminológica*, Nº 2 (2004), pp. 1-14.
- VILLACAMPA, Carolina; TORRES, Nuria; LUQUE, Eulalia. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia. Un estudio empírico*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. LARRAURI, Elena (Trad.). Madrid: Trotta, 1998.
- YAÑEZ ROMÁN, Pedro. “Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Nº 3 (1972), Sección Legislativa, pp. 740 y ss. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1972-30072100763 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.

ZUGALDÍA ESPINAR, Jose Miguel. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

En inglés

ASHWORTH, Andrew. “Criminal Justice Act 1991: Part 2: Non-custodial sentences”, *Criminal Law Review* (1992), pp. 1-7.

ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. “The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales”. En: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ASHWORTH, Andrew; PLAYER, Elaine. “Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions”, *The Modern Law Review*, Vol. 68, N° 5 (2005), pp. 822-838.

BOTTOMS, Anthony. “The suspended sentence in England, 1967—1978”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 21, N° 1 (1981), pp. 1-26.

_____. “Limiting Prison Use: Experience in England and Wales”. *The Howard Journal*, Vol. 26, N° 3 (1987), pp.117- 202.

BOTTOMS, Anthony; REX, Susan; ROBINSON, Gwen. *Alternatives to prison: Options for an insecure society*. Cullompton: Willan, 2004.

BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. *Community penalties. Change and Challenges*. Oxon: Willan, 2001.

BROWNLEE, Ian. *Community Punishment: A critical introduction*, Harlow: Longman, 1998.

CANTON, Robert. *Probation: Working with offenders*, Oxon: Routledge, 2011.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *The Penal System*, 3^a ed., Londres: Sage, 2002.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James; MAIR, George. *The Penal System*, 5^a ed., Londres: Sage, 2013.

COHEN, Stanley. “The punitive city: Notes on the dispersal of social control”, *Contemporary Crises*, Vol. 3 N° 4 (1979), pp. 339-363.

CULLEN, Francis; GILBERT, Karen. *Reaffirming rehabilitation*. Cincinnati: Anderson, 1982.

DOLINKO, David. “Restorative Justice and the Justifications of Punishment”. *Utah Law Review*, 2003, pp. 319-342.

GARLAND, David. *La Cultura del Control*, Barcelona: Gédisa, 2001.

GIBSON, Brian; ASHWORTH, Andrew. “The Criminal Justice Act 1993: Part 2: Altering the sentencing framework”, *Criminal Law Review*, 1994, Feb, pp. 101-109.

HILLSMAN, Sally. “Fines and Day Fines”, *Crime and Justice*, Vol. 12 (1990), pp. 49-98.

HOUGH, Mike; JACOBSON, Jessica; MILLIE, Andrew. *The Decision to Imprison: Sentencing and the Prison Population*. Londres: Prison Reform Trust, 2003.

LACEY, Nicola. *State punishment. Political principles and community values*. Londres: Routledge, 1988.

MCGUIRE, James; PRIESTLEY, Philip. “Reviewing “What Works”: Past, Present and future”. En: MCGUIRE, James (Ed.), *What Works: Reducing offending. Guidelines from research and practice*. West Sussex: Wiley, 2006.

- MACKENZIE, Doris. *What Works in Corrections. Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- MAIR, George. "The community order in England and Wales: Policy and practice". *Probation Journal*, Vol. 58, N° 3 (2011), pp. 215-232
- MAIR, George; MORTIMER, Ed. *Curfew orders with Electronic Monitoring*, Home Office Research Studies N° 163, Londres: Home Office, 1996.
- MAIR, George; NEE, Claire. *Curfew orders with electronic monitoring: the trials and their result*, Home office Research Study 163, Londres: London Home Office, 1990.
- MARUNA, Shad; KING, Anna. "Public opinion and community penalties". En: BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. *Community penalties. Change and Challenges*, Oxon: Willan, 2001, p. 83.
- MILLS, Helen. *Community Sentences: a solution to penal excess?*. Londres: Centre for crime and Justice Studies, 2011.
- MORRIS, Norval; TONRY, Michael. *Between Prison and Probation. Intermediate Punishments in a rational Sentencing System*, Nueva York: Oxford University Press, 1990.
- MORRIS, Norval. "The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy", *Michigan Law Review*, Vol. 72, N° 6 (1974), pp. 1161-1180.
- NELLIS, Mike. "Humanizing justice: the English Probation Service up to 1972". En: GELSTHORPE, Lorraine; MORGAN, Rod (Eds.). *Handbook of Probation*. Cullompton: Willan, 2007.
- NELLIS, Mike. "Community penalties in historical perspective". En: BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. *Community penalties. Change and Challenges*, Oxon: Willan, 2001.
- NEWBURN, Tim. "Tough on crime: Penal policy in England and Wales". *Crime and Justice*, Vol. 36, N° 1, pp. 425-470.
- _____. *Crime & Criminal Justice Policy*. Essex: Pearson Education Limited, 2003.
- PETERSILIA, Joan; TURNER, Susan. "Intensive probation and parole", *Crime and Justice*, Vol. 17 (1993), pp. 281-335.
- PETERSILIA, Joan. "Probation in the United States", *Crime and Justice*, Vol. 22, N° 46 (1997).
- _____. "A decade of experimenting with intermediate sanctions: what have we learned?", *Journal of the Justice Research and Statistics Association*, Vol. 1, N° 1 (1999), pp. 9-22.
- RAYNOR, Peter. "Community penalties, probation, and offender management". En: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Eds.). *The Oxford handbook of Criminology*, 5^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
- REX, Susan. *Reforming Community Penalties*, Cullompton: Willan, 2005.
- ROBERTS, Julian. "Sentencing guidelines and judicial discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales", *British Journal of Criminology*, Vol. 51, N° 6 (2011), pp. 997-1013.
- _____. "Public opinion and the nature of community penalties: international findings". En ROBERTS, Julian; HOUGH, Mike (Eds.), *Changing Attitudes to Punishment, Public opinion, crime and justice*. London: Willan Publishing, 2002, pp. 33-62.

- SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”.
- SCHAFFER, Stephen. *Victimology. The victim and his criminal*. Virginia: Resto Publishing, 1977.
- SMITH, Paula; GENDREAU, Paul; GOGGIN, Clare. *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism: General effects and individual differences*. Ottawa: Solicitor General Canada, 2012.
- SPARKS, Richard. “The use of suspended sentences”. *Criminal Law Review*, 1971, pp. 384-401.
- TONRY, Michael; LYNCH, Mary. “Intermediate sanctions”, en: TONRY, Michael (Ed.), *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 20, Chicago: University of Chicago Press, 1995, pp. 99-144.
- VAN NESS, Daniel. “Anchoring just deserts. Censure and Sanctions by Andrew Von Hirsch Review”. *Criminal Law Forum*, Vol. 6, N° 3 (1995), pp. 507-517.
- VANSTONE, Maurice. *Supervising offenders in the community: A history of Probation Theory and Practice*. Aldershot: Ashgate, 2004.
- VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja; HAYES, David. “One cannot legislate kindness: Ambiguities in European legal instruments on non-custodial sanctions”, *Punishment & Society*, Vol. 17, N° 1 (2015), pp. 3–26.
- VILLETIAZ, Patrice; GILLIÉRON, Gwladys; KILLIAS, Martin. *The effects on re-offending of custodial vs. non-custodial sanctions: An updated systematic review of the state of knowledge*. Oslo: Campbell Systematic Reviews, 2015.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian. “Legislating sentencing principles: the provisions of the Criminal Justice Act 2003 relating to sentencing purposes and the role of previous convictions”. *Criminal Law Review*, 2004, pp. 639-652.
- VON HIRSCH, Andrew; WASIK, Martin. “Non custodial penalties and the principles of desert”, *The Criminal Law Review*, 1988, pp. 554-572.
- WASHINGTON STATE INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY. *Benefits-cost results/ Adult Criminal Justice*, 2006, pp. 1-2. Recuperado de: http://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost/Pdf/2/WSIPP_BenefitCost_Adult-Criminal-Justice%20Benefit-Cost%20Results [visitado el 20.03.17].
- WERMINK, Hilde; BLOKLAND, Arjan; NIEUWBEERTA, Paul; NAGIN, Daniel; TOLLENAAR, Nikolaj. “Comparing the effects of community service and short-term imprisonment on recidivism: a matched samples approach”, *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 6, N° 3 (2010), pp. 325–349.
- WORRALL, Anne; HOY, Clare. *Punishment in the Community*. 2ª Ed., Cullompton: Willan, 2005.
- ZEDNER, Lucia. “Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?”, *The Modern Law Review*, Vol. 57, N° 2 (1994), pp. 228-250.

En alemán

- ALBRECHT, Hans-Jörg. “§60 Absehen der Strafe”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013.

- DÜNKEL, Frieder. “§38 Dauer der Freiheitsstrafe”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- _____. “§57 Aussetzung des Strafrestes”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden (Deutschland): Nomos, 2013.
- _____. “Werden Strafen immer härter?- Anmerkungen zur strafrechtlichen Sanktionspraxis und zur Punitivität”, en: BANNENBERG, Brita; JEHLE, Jörg-Martin (Hrsg), *Gewaltdelinquenz Lange Freiheitsentziehung Delinquenzverläufe*, Neue Kriminologische Schriftenreihe, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2011.
- _____. “Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen vergleich – Ein überblick”, en: DÜNKEL, Frieder; SPIESS, Gerhard (Hrsg), *Alternativen zur Freiheitsstrafe. Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen Vergleich*, Freiburg (Deutschland): Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 14, 1983.
- DÜNKEL, Frieder; SPIESS, Gerhard. “Perspektiven der Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im zukünftigen deutschen Strafrecht”, *Bewährungshilfe* Vol. 39 (1992), p. 133.
- HEINZ, Wolfgang. *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012*, Konstanz: Konstanzer inventar Sanktionsforschung, 2014.
- JEHLE, Jörg-Martin, *Strafrechtspflege in Deutschland. Fakten und Zahlen*, Mönchengladbach (Deutschland): Forum Verlag Godesberg, 2015.
- LAUBENTHAL, Klaus, *Strafvollzug*, Heidelberg: Springer, 2015
- NEUBACHER, Frank, *Kriminologie*, Baden-Baden: Nomos, 2014
- OSTENDORF, Heribert. “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung“, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- _____. *Jugendstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2013
- _____. “Vierter Titel Strafaussetzung zur Bewährung”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Dress; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg), *Strafgesetzbuch, Baden-Baden*: Nomos, 2013.
- VON LIZT, Franz. *Strafrechtliche vorträge und Aufsätze*. T.I. Berlin: De Gruyter, 1970 .
- VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Leipzig: Springer, 2009
- WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*, München: C.H.Beck, 2006.