

# **LAS NUEVAS PENAS COMUNITARIAS DE LA LEY 18.216: CUATRO TENSIONES A NIVEL DE EJECUCIÓN<sup>1</sup>**

*POR CONSUELO MURILLO*

---

## LA AUTORA

Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (España 2016).

Máster en Criminología y Ejecución Penal, Universidad Pompeu Fabra, Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad de Girona (España 2012).

Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile 2011).

Profesora adjunta de la Universidad Austral de Chile y colaboradora en el grupo de investigación en Criminología y Sistema Penal de la Universidad Pompeu Fabra.

Correo electrónico: [consuelodaniela@gmail.com](mailto:consuelodaniela@gmail.com)

## SUMARIO

### Introducción

#### 1. What's in a name?

##### 1.1 Penas no privativas de libertad

##### 1.2 Penas sustitutivas

##### 1.3 Penas alternativas

##### 1.4 Medidas penales alternativas (MPA)

##### 1.5 Sanciones intermedias

##### 1.6 Penas comunitarias

#### 2. Cuatro problemas en la ejecución de las penas sustitutivas

---

<sup>1</sup> Este artículo se nutre, en parte, de la tesis doctoral «Ejecución e incumplimiento de las penas comunitarias: la revocación de la suspensión de la pena de prisión con reglas de conducta y el quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad», dirigida por Elena Larrauri Pijoan (2016).

- 2.1 Administrativización
  - 2.2 Discrecionalidad
  - 2.3 Consentimiento y participación del penado
  - 2.4 Intervención penal en la vida
- Conclusión

## RESUMEN

Las penas alternativas han tenido una extensa historia de desarrollo. Muchas instituciones como la libertad vigilada o los servicios en beneficio de la comunidad han sido consideradas parte de un grupo de medidas que han recibido diferentes nombres (penas alternativas, sustitutivas, sanciones intermedias, etc.). En este artículo se afirma que las denominaciones no son neutras, sino que, por el contrario, manifiestan diferencias significativas.

La ley 20.603 realizó un cambio trascendental en el sistema de penas alternativas chileno, llegando a alterar incluso el nombre de estas figuras. Las ahora «penas sustitutivas» presentan una moderna regulación, que comparte una evolución similar a la de las denominadas «penas comunitarias». En este trabajo se pretende rescatar este concepto y las tensiones que ha generado en diversos sistemas penales para aportar en la mejor comprensión de estas instituciones.

Se analizan los distintos conceptos que se han utilizado para nominar a este grupo de instituciones a nivel comparado y se enumeran aquellas penas que en Chile constituyen pena comunitaria. Finalmente, se desarrollan los principales problemas que a nivel internacional se han evidenciado como consecuencia de la introducción de este tipo de instituciones.

## PALABRAS CLAVE

medidas penales alternativas — penas sustitutivas — penas comunitarias — re-socialización — rehabilitación

FECHA DE RECEPCIÓN: 23 de mayo, 2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30 de mayo, 2017

# **NEW COMMUNITY SANCTIONS IN THE 18.216 ACT: FOUR ISSUES ON THEIR IMPLEMENTATION**

*By CONSUELO MURILLO*

---

## THE AUTHOR

Ph in Law from the Pompeu Fabra University (Spain 2016).

She received her honours Master's degree in Criminology and Criminal Justice System by the Pompeu Fabra University, University Aut3noma de Barcelona and the University of Girona (Spain 2012).

Consuelo has a degree in Law from the Pontificia Universidad Cat3lica de Valpara3so (Chile 2011).

She is adjunct teacher of Criminology at the Austral University of Chile in Valdivia and she is an associate of the Research Group in Criminology and Criminal Justice of the Pompeu Fabra University.

E-mail: consuelodaniela@gmail.com

## SUMMARY

### Introduction

#### 1. What's in a name?

##### 1.1 Penas no privativas de libertad

##### 1.2 Substitutive penalties

##### 1.3 Alternative punishment

##### 1.4 Alternative measures (MPA)

##### 1.5 Intermediate sanctions

##### 1.6 Community penalties

#### 2. Four problems in the implementation of community penalties

##### 2.1 Administrative of punishment

##### 2.2 Discretion

##### 2.3 Consent and offender participation

##### 2.4 Penal intervention in life

### Final remarks

## ABSTRACT

Alternative measures of punishment have had a long history of development. Many institutions such as probation or community work have been considered part of a group of measures that have received different names. In the year 2012 important changes were made in the alternative measures system in Chile by the 20.603 law, which even changed the name of such institutions (now called «substitutive penalties»).

These sanctions share a similar evolution with «community penalties». This paper rescues this concept and the problems which these institutions have generated in different jurisdictions. Different terms to call these institutions are analyzed. Then, the principal problems which have been perceived internationally are developed.

## KEYWORDS

alternative measures — community sanctions — community penalties — rehabilitation

## INTRODUCCIÓN

Cuando Julieta pide a Romeo que se despoje de su apellido y tome otro nombre, lo argumenta afirmando que Montesco no es parte de su ser físico, ni tampoco fragmento alguno de naturaleza humana. Para Julieta, Romeo con otro nombre conservaría todas las buenas cualidades de su alma. Lo ejemplifica afirmando que la rosa no dejaría de ser rosa, tampoco dejaría de esparcir su aroma, aunque se llamara de otra manera.

De figuras como la libertad vigilada<sup>2</sup> se ha dicho que son medidas penales alternativas, penas sustitutivas y penas comunitarias. En este artículo se afirma que, tales denominaciones, pese a no ser excluyentes, tampoco son neutras, sino que por el contrario, manifiestan diferencias significativas en la evolución que estas figuras han experimentado. La ley 20.603 realizó un cambio trascendental en el sistema de penas alternativas chileno, llegando a alterar incluso su nombre. ¿Por qué considera el legislador chileno modificar no solo la regulación de las penas alternativas, sino que también su nombre?

En este artículo se analizan los distintos conceptos que se han utilizado para nominar a este grupo de instituciones a nivel comparado. Se afirma que el concepto de pena comunitaria es el que resulta en este momento más apropiado para explicar la evolución actual de las alternativas en Chile. Finalmente, se desarrollan los principales problemas que a nivel internacional se han evidenciado como consecuencia de la introducción de este tipo de instituciones.

Antes de continuar con el orden prometido para este trabajo es necesario hacer una breve referencia a la evolución de las penas alternativas en Chile. La historia moderna de las alternativas en Chile se remonta a la ley 7.821 sobre remisión condicional de la pena del año 1944, pero es la ley 18.216 del año 1983, que establece medidas que indica como «alternativas a las penas privativas o restrictivas

---

<sup>2</sup> Para el lector español es necesario aclarar que con libertad vigilada se hace referencia a una institución análoga a la *probation*. En España la libertad vigilada efectivamente es el equivalente funcional de la *probation* en la legislación penal de menores (artículo 7.1 h). El problema se genera puesto que se utilizó el mismo concepto «libertad vigilada» en la ley 5/2010 de 22 de junio para denominar a una nueva medida de seguridad post penitenciaria, haciendo referencia a una realidad ajena a la que nos convoca.

de libertad», la que consolidó el sistema con la regulación de la remisión condicional, la reclusión nocturna y la libertad vigilada.

Esta norma presenta influencias tanto de la filosofía de defensa social correccionalista como de las tendencias descarceladoras de la criminología crítica; sin embargo, no debe descartarse como una de las razones principales para su regulación la necesidad de descomprimir las prisiones para solucionar los problemas de sobrepoblación (Jiménez & Santos, 2010; Morales, 2012).

Casi 30 años más tarde, la ley 20.603 modifica la ley 18.216, reemplazando el antiguo nombre de medidas alternativas por el de penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Se reconoce en su mensaje un consenso en cuanto al rol de las medidas alternativas en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas. Se sostiene, por tanto, que estas medidas tienen el doble papel de «servir como una herramienta real en el ámbito preventivo especial, esto es, de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito». En el mensaje se asume una finalidad de reinserción y de alternativa casi con resignación, para luego relevar la necesidad de transformar las medidas en «una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal». Esto se lleva a cabo introduciendo mayores y mejores formas de control en la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo. El legislador procuró hacer «de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo». En esta afirmación parece haberse asumido como ciertos los problemas de credibilidad de las medidas alternativas y haber optado por endurecerlas. En la literatura internacional se han implantado decisiones de política criminal análogas como parte de un giro punitivo en el control social ejercido por las penas (Aebi, Delgrande & Marguet, 2015; Klingele, 2016; Morris & Tonry, 1991; Worrall & Hoy, 2005).

Las figuras reguladas por esta ley son: la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, la expulsión y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. La reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva podrán ser controladas mediante «monitoreo telemático».

## 1. WHAT'S IN A NAME?

Todos quisiéramos estar de acuerdo con Julieta y pensar que aquello que llamamos rosa conservaría su fragancia si la llamáramos de otra forma. Sin embargo, para aquellos conceptos cuyo componente construido socialmente es más claro (como un apellido o una institución penal) un nombre revela bastante. En este apartado abordaré la discusión terminológica y me detendré a analizar los distintos conceptos.

Se pone especial énfasis en el de «penas comunitarias» por las siguientes razones: se trata de penas que requieren de una especial cooperación por parte del penado para su ejecución y requieren por parte de la administración el ejercicio de una supervisión que integre no solo un control del cumplimiento, sino el establecimiento de un vínculo que incluya tanto control como ayuda. Suman al interés que despiertan estas penas el hecho de que su surgimiento sea consecuencia de una política criminal que busca reforzar las penas alternativas, por una parte fortaleciendo la idea de comunidad y por otra haciéndolas más punitivas e inter-ventivas <sup>3</sup>.

Pese a la decisión justificada por las penas comunitarias, he de reconocer que son conceptos limítrofes y relevantes en nuestro contexto: penas alternativas, medidas penales alternativas, penas sustitutivas y «sanciones intermedias»<sup>4</sup>.

La multiplicidad de conceptos usados en este ámbito y la flexibilidad en su utilización es manifestación del trato disímil que han recibido las penas alternativas por parte de la academia: por una parte se han defendido mayoritariamente y, por otra, han sido escasamente teorizadas. Esta variedad ha permitido la coexis-

<sup>3</sup> En este sentido, es pertinente hacer referencia a un fragmento del mensaje de la ley 20.603 (66-356): «De esta manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo, se estima que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa cumpla efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo».

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, algunos de los problemas que interesan en esta investigación son consecuencia del carácter alternativo de la pena (más que de su moderno carácter comunitario), y por tanto requieren de un análisis más amplio.

tencia de grupos de interés opuestos en el sistema penal, mientras que con una terminología más precisa quizás esta coexistencia no hubiera sido posible (Nellis, 2001, p. 17). En este mismo sentido, 10 años antes, Vass afirmaba que conceptos como el de «alternativas a la prisión» han servido como «concepto paraguas», logrando aglomerar una gran variedad de actividades del sistema penal. El mismo autor advertía que esa realidad epistemológica generaba problemas tanto a nivel conceptual como práctico, ya que presentaba escaso valor explicativo, por ejemplo, para entender las prisiones, las crisis de la prisión y los intentos de controlar su población expansiva a través del diseño o uso de medidas penales comunitarias específicas como «alternativas» (1990, pp. 1-2).

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

### 1.1 Penas no privativas de libertad

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

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



Por su parte, el Código Penal chileno no dedica clasificación alguna en su parte pertinente (Título III, párrafo 2: de la clasificación de las penas) entre penas privativas y no privativas de libertad, sino que más bien establece categorías en virtud de su severidad. Así, se distingue entre penas de crímenes, simples delitos y faltas, instituyendo en realidad no una verdadera clasificación de penas, sino una clasificación de infracciones por medio de las penas que tengan asignadas. No obstante el CP chileno omite una referencia a las penas no privativas de libertad en su parte clasificatoria de penas, sí se refiere a las «penas privativas de libertad» para regular cuestiones básicas sobre su ejecución y sobre la determinación de las penas, de manera que el legislador chileno reconoce esta distinción. Al evitar el vocablo «alternativa», con las penas no privativas de libertad se evita el debate de las alternativas: no interesa necesariamente que la pena sirva para reducir el encarcelamiento ni que esté inspirada en un cierto ideal rehabilitador, sino que simplemente no prive de la libertad. Es un concepto más jurídico y de mucha raigambre en España<sup>5</sup>.

## 1.2 Penas sustitutivas<sup>6</sup>

Como se explicó en la introducción, la ley 20.603 produjo cambios sustanciales en la regulación de estas instituciones en Chile, cambiando incluso su nombre. Así, la ley 20.603 cambió la fragancia de la rosa, teniendo importantes efectos. Es cierto que, además del nombre, el legislador realizó numerosas modificaciones; sin embargo, el paso de «medida alternativa» a «pena sustitutiva» es uno relevante. Tanto así que el propio Tribunal Constitucional lo ha considerado en su argumentación para acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 196 de la ley 18.290 modificada por la ley 20.770 (ley Emilia).

---

<sup>5</sup> Entre los tratados «clásicos» que se dedicaron a esta materia en España destaca sobre todo el vocablo «alternativa»; sin embargo, en su contenido es de uso frecuente la noción de pena no privativa. Destacan entre ellos: Maqueda (1985) y De Sola et al. (1986).

<sup>6</sup> No se debe confundir con el término «sustitutivos penales» que, de acuerdo a Jiménez y Santos (2010, p. 163), «nacieron de la propuesta de Enrico Ferri, representante de la Escuela Positivista italiana en el contexto de un Programa de Política Criminal que pretendía sustituir el derecho penal por un sistema de medidas preventivas de defensa social ligadas a la peligrosidad» y por tanto escapan del objeto de estudio de este trabajo.

Las penas alternativas también tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, coadyuvar a su reinserción social y evitar la reincidencia.

La ley 20.603 sustituye la concepción que se tenía de las medidas establecidas en la ley 18.216, reforzando su carácter punitivo y eliminando su denominación de alternativas para nominarlas «penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

(...) Que, de acuerdo a la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen «un beneficio» y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena, con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva»<sup>7</sup>.

Por su parte, el concepto de «sustitutiva» es de uso frecuente en España para denominar a la suspensión y la sustitución de penas. Así, el capítulo III del Código Penal Español se titula: *De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*. Con este concepto se hace referencia a aquellas instituciones penales que permiten la sustitución de una pena privativa de libertad por una que se cumpla en libertad.

Para ser precisos, lo que se sustituye no es la pena privativa de libertad, sino su ejecución, y es por esto que la revocación de una de estas conlleva la ejecución de la pena de prisión originaria.

Mediante este concepto, al igual que el anterior, se pone hincapié en el carácter alternativo de estas penas y el hecho de que se presupone la existencia de la condena de prisión para su devenir.

La razón por la que en este trabajo no parece ser este el concepto más adecuado para referirse a las figuras que se quieren estudiar es que el concepto de pena

---

<sup>7</sup> Rol N° 2983-16, redacción del ministro Nelson Pozo. Fragmentos de los considerandos 23 y 24. El resaltado es del sentenciador.

sustitutiva hace referencia sobre todo a una cuestión formal: que la sanción se ejecute en sustitución de otra. También nos dice que se trata de una pena en el sentido referido por el Tribunal Constitucional, pero no nos dice nada respecto de su contenido, especialmente del nuevo impulso de los elementos punitivos y rehabilitadores en estas penas que se alejan cada vez más de la originaria y simple remisión condicional.

### 1.3 Penas alternativas

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

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

Debe destacarse que, pese a la vocación alternativa de estas instituciones, pueden existir y ser utilizadas en una política criminal expansionista (Cid & Larrauri, 1997, p. 13). Es por esto que en la discusión sobre las penas alternativas a la prisión lo relevante es que la institución estudiada se promueva como una real alternativa al uso de la prisión y no como un complemento a la misma (Larrauri, 1991, p. 46), ni tampoco como penas para infracciones que no acarrearían en ningún caso pena de prisión.

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

Así, por ejemplo, los autores anglosajones suelen excluir la multa del catálogo de alternativas, ya que no se promueve como una real alternativa a la prisión al tratarse de una pena reservada a delitos leves. También suelen excluir todas aquellas penas que, pese a ser penas no privativas de libertad, siempre son accesorias, como la de inhabilitación o la de comiso debido a que no constituyen una alternativa a la pena, sino un complemento a la misma. Por otra parte, a veces se le niega a un instrumento la calidad de «alternativa» por su origen, si es que dicho instrumento no es hijo del movimiento descarcelatorio de los años 60, ya que se argumenta que estas penas «presuponen» la prisión (Larrauri, 1991, p. 49). Por ejemplo, se puede notar en Vass (1990, p. 2), quien distingue tres categorías de penas alternativas: aquellas diseñadas para sustituir la prisión (trabajos en beneficio de la comunidad o TBC, suspensión de la pena de prisión, probation<sup>8</sup> con condiciones); aquellas que son no privativas de libertad, pero no fueron diseñadas específicamente como sustitutos de la prisión y que pueden ser usadas y/o promovidas como alternativas a la prisión; y las que reducen la estadía en prisión ofreciendo una alternativa (libertad condicional).

Las penas alternativas son sanciones que permiten acceder a un delincuente a pasar parte o la totalidad de su condena en la comunidad y fuera de los establecimientos penitenciarios (Vass, 1990, p. 2). Cuando se asume esta definición, se integran en la misma dos tipos de penas alternativas: las de *front end* y las de *back end*. Las primeras dicen relación con la decisión judicial inicial y que impiden una entrada en la prisión, mientras que las segundas integran todos aquellos

---

<sup>8</sup> Se ha optado por no traducir probation en este artículo debido a que se trata de un anglicismo conocido y recogido por penólogos iberoamericanos, pero también porque el uso del español «libertad vigilada» puede prestarse para confusiones en España, donde ese término consiste en una medida post penitenciaria. Cuando se utilice «libertad vigilada» se estará haciendo alusión a la institución chilena de libertad vigilada (análogo a la probation).

mecanismos que constituyen una alternativa al cumplimiento efectivo de la pena de prisión una vez que ya ha comenzado a ejecutarse, como el tercer grado en España y, sobre todo, la libertad condicional.

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

No hace falta profundizar mucho para percatarse de que la idea de las alternativas es engañosa, ya que implica asumir sin más que quien es castigado con una pena de multa, por ejemplo, sería condenado a prisión de no existir dicha alternativa (u otra aplicable). Y existe evidencia de que la incorporación de estas alternativas muchas veces ha ocasionado un ensanchamiento de la red penal y que no logra disminuir las tasas de encarcelamiento (Cohen, 1988; Klingele, 2013; Phelps, 2013; Aebi, Delgrande & Marguet, 2015).

#### 1.4 Medidas penales alternativas (MPA)

Se trata de un concepto más moderno. También se refiere a las alternativas y se utilizan a veces como sinónimos. Está altamente difundido en Iberoamérica y es el concepto que en Chile regía en la ley 18.216 hasta la reforma operada por la ley 20.603. Lo que lo diferencia del anterior es que al denominarse una institución «medida penal» y no «pena», se está realzando la idea de tratamiento de la figura, opacando su carácter punitivo, en el sentido de la sentencia ya citada del Tribunal Constitucional.

En España lo utilizan los órganos encargados de la ejecución de penas alternativas rehabilitadoras. Los organismos encargados de la ejecución de las MPA en España han definido su propio marco de actuación. Se trata de una definición administrativa, ya que depende de las competencias del órgano y comprende cómo la administración delimita su función. En España, Catalunya es la única comuni-

dad autónoma que tiene las competencias transferidas en materia de ejecución penal (desde 1981)<sup>9</sup>.

### 1.5 Sanciones intermedias

En los Estados Unidos nace este concepto en los noventa para defender unas penas distintas de la prisión y de la probation. Como resulta evidente por el nombre del libro más influyente de esta corriente, *Entre la prisión y la Probation: Castigos Intermedios en un Sistema Racional de Condenas* (Morris & Tonry, 1991), los autores proponen el uso más enfático de otras penas subutilizadas y que denominan «intermedias» para descongestionar un sistema sobrepasado tanto en lo que respecta a la prisión como al servicio de probation<sup>10</sup>.

El principio de proporcionalidad es central en esta propuesta de otorgar protagonismo a una serie de penas que han de ser «sanciones independientes, como

<sup>9</sup> En la Administración General española existe la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), cuya Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas tiene, entre otras funciones, la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de la libertad condicional (Artículo 5 RD 400/2012 y RD 873/2014). En Catalunya, en cambio, dentro del Departament de Justícia, existe la Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil (diferente y no dependiente de la Direcció General de Serveis Penitenciaris) (Decret 194/2013). Esta dirección tiene, entre otras, la labor de potenciar e implementar las medidas de ejecución penal no privativas de libertad en la comunidad. Esta función la lleva a cabo específicamente la Subdirecció General de Reparació i Execució Penal a la Comunitat a través del àrea de Mesures Penals Alternatives, que tiene encargada, entre otras funciones, la de coordinar la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; de las obligaciones asociadas a las suspensiones y sustituciones de las penas privativas de libertad; y de las medidas de seguridad. Mientras en la administración general consideran la libertad condicional como una MPA, en Catalunya las medidas de seguridad también forman parte de este colectivo (incluso las que son privativas de libertad). Esto último se debe probablemente a cuestiones de eficacia de la gestión más que a una consideración conceptual más cercana al sistema monista que al dualista.

<sup>10</sup> Diferentes sanciones intermedias podían tener distintos fines. Así, algunas se justificaban para responder la sobrepoblación penitenciaria; otras se justificaban en la reducción de la reincidencia, ofreciendo un tratamiento individualizado al penado para lograr su rehabilitación; y otras ofrecían simplemente un programa residencial (Clear & Braga 1995, p. 425).

requiere el ideal de un sistema de castigo graduado y amplio». Así, incrementar el ámbito de aplicación de las sanciones intermedias se justifica para la configuración de un sistema lo suficientemente graduado para dar respuesta proporcional y adecuada a cada delito.

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

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

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

## 1.6 Penas comunitarias

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

En un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión, nace el de pena comunitaria<sup>11</sup>. Ya no se hace referencia a un carácter alternativo de la misma y cobra una vida independiente. En el Reino Unido se elaboraron los conceptos de pena comunitaria y de «castigo en la comunidad»<sup>12</sup>, en parte, en un intento de quitar el protagonismo que las nomenclaturas previas dieron a la pena de prisión (Bottoms, Rex & Robinson, 2004; Worrall & Hoy, 2005).

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

<sup>11</sup> Desde Europa, se considera como concepto equivalente en los Estados Unidos el de «sanciones intermedias» (Nellis 2001, p. 18) y *community corrections* (Robinson, McNeill & Maruna 2014, p. 151). En cuanto a conceptos, tanto sanciones intermedias como penas comunitarias nacieron por iniciativa de los respectivos gobiernos de clarificar y distinguir entre penas pecuniarias, comunitarias y de prisión. Es probablemente por esto que el concepto británico haya tenido mayor repercusión europea.

<sup>12</sup> Lo utiliza el Ministerio del Interior británico en su política del «castigo en la comunidad», que integra diversas reformas, y es por esto que se suele agregar que con la pena comunitaria se fortalece el aspecto punitivo de las penas alternativas.



Desde un enfoque normativo, «comunidad» haría referencia a una implicación de la misma en el proceso de reinserción.

Siguiendo a Bottoms, Gelsthorpe y Rex, se puede definir a las penas comunitarias como *castigos estructuralmente ubicados entre la prisión, por una parte, y las penas patrimoniales o «nominales»* (multa, «compensación», *discharge*), por la otra. Lo que distingue las penas comunitarias de la multa, de acuerdo a estos autores, es que son *personalmente restrictivas*, involucrando algún *contacto activo con un agente penal*; pero, al contrario que la prisión, este contacto tiene lugar en un entorno comunitario. Como ejemplos típicos, proponen que las penas comunitarias pueden tomar la forma de vigilancia activa del penado (como en el monitoreo electrónico), o consistir en la participación del penado en un programa de acompañamiento o de tratamiento (como en *probation* o en condenas a tratamiento de drogas) o en trabajo supervisado u otras actividades (como en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad) (Bottoms, Gelsthorpe & Rex, 2001, p. 1; Bottoms, Rex & Robinson, 2004).

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

La forma que adopta esta restricción personal es variada, pero siempre conlleva la carga de un contacto activo con el agente penal. Es este el titular primario de la supervisión, que dota del carácter comunitario a la pena. Como se desprende del texto anteriormente parafraseado, el concepto de «pena comunitaria» no se usa simplemente para describir formas de castigo impuestas en la comunidad o fuera de la prisión, ya que, en ese caso, comprendería también la multa<sup>13</sup>, que es la pena no privativa de libertad más impuesta, sino que se requiere un elemento de supervisión (Raynor, 2012, p. 928). De hecho, «lo que las sanciones y medidas

---

<sup>13</sup> Una definición que se excede por su simpleza es la de «penas no de multa para lidiar con penados fuera de la prisión» (Nellis, 2001, p. 17), ya que podría contener otras penas sin intervención, como la de inhabilitación, por ejemplo.

comunitarias tienen en común es alguna forma de vigilancia o supervisión de las actividades de los individuos mientras se les mantiene en la comunidad» (Robinson, McNeill & Maruna, 2014, p. 152).

La supervisión es una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma<sup>14</sup>. En este concepto se integra la necesidad de un actuar que suponga «no solo el control y la vigilancia del maltratador, sino también una acción dirigida a su reforma» (Dobash & Dobash, 2005, p. 149). Es decir, no basta un mero control sobre la vida del penado, a menos que vaya acompañado de acciones dirigidas a su reforma. Así, por ejemplo, la obligación de mera comparecencia ante el juez en el contexto de una pena no privativa de libertad no constituirá pena comunitaria en la medida de que esta regla supone únicamente un elemento de control, pero no de ayuda o intervención, y no se vincula al penado a un servicio de la administración encargado de la supervisión.

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

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

---

<sup>14</sup> Definición elaborada en colaboración con Marta Martí Barrachina en seminarios del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la UPF 2015.

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

He de reconocer que trata de un concepto que tanto en Chile como en España, al menos, no es de uso frecuente por parte de la doctrina, la administración, ni por el legislador (Blay & Larrauri, 2016, p. 191). Pese a lo anterior, creo que la realidad penológica está preparada para hacer la distinción que permite este concepto y, de hecho, exige la segregación de este tipo de penas para su estudio separado. Esta distinción se justifica en primer lugar puesto que de hecho existen las penas comunitarias en el sistema de penas; en segundo lugar, porque presentan las mismas tensiones que se han evidenciado en la literatura comparada que las estudia, de manera que es útil y necesario separarlas; y, en tercer lugar, debido a que no se ha impuesto hasta ahora un nombre que realice tal distinción en el contexto iberoamericano.

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

En la siguiente tabla intentaré describir ciertos elementos de la definición para intentar aunar luego las instituciones que pueden constituir penas comunitarias

**TABLA 1  
ELEMENTOS PC**

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

Fuente: elaboración propia.

De todos estos elementos, los más novedosos en el contexto académico iberoamericano son los de restricción personal y de supervisión. El primero, porque el estudio de las penas en Iberoamérica ha sido principalmente jurídico, de manera que las penas se clasifican de acuerdo al derecho afectado por la pena y no de acuerdo a la forma que adopta dicha afectación material (es lo que puede explicar que multa y servicios en beneficio de la comunidad a veces se aúnen, puesto que para algún autor ambas afectarían el patrimonio). El propio CP español distingue entre penas privativas de libertad y penas privativas de «otros derechos». El elemento supervisión también es novedoso en el contexto iberoamericano<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Hay que reconocer que la academia había propuesto la creación de un órgano análogo al *Probation Service* en España ya desde Maqueda (1985), junto con un nuevo sistema de penas (Grupo de Estudios de Política Criminal, 2012), y que las obras más modernas dedican apartados a los órganos de la administración encargados de la supervisión (Torres Rosell, 2006; Rueda, 2007; Blay, 2007b; González Tascón, 2013). Sin embargo, a mi modo de ver, no se ha llegado a reconocer la relevancia del elemento común en las penas comunitarias de la supervisión, puesto que se hace un estudio separado de

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

Una institución que presenta ciertas dificultades para esta investigación es la de la libertad condicional. Su pertenencia al grupo de penas comunitarias es discutida, puesto que si bien se cumple en comunidad y se ejecuta con supervisión, no está destinada a evitar la entrada en prisión como las otras y para algunos no constituye propiamente una pena (sino una forma de ejecución de la misma o incluso un beneficio)<sup>16</sup>.

Las instituciones que en España son penas comunitarias son los trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con reglas de conducta (como la participación en programas formativos y el sometimiento a tratamiento de drogas).

Las instituciones que en Chile constituyen penas comunitarias, de acuerdo a los elementos recién estudiados, son la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad<sup>17</sup>. Las dos primeras contienen siempre la condición de «sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta y las instrucciones que aquel imparta respecto a edu-

---

suspensión y trabajos en beneficio de la comunidad (cada una de las obras modernas reseñadas se dedican a la una o al otro).

<sup>16</sup> En este sentido, en la discusión anglosajona se puede ver que mientras algunos escogen el más amplio «sanciones y medidas comunitarias» (adoptando la terminología del Consejo de Europa), otros prefieren el más restrictivo «penas comunitarias» [*community penalties*]. En el concepto amplio de «sanciones y medidas comunitarias» se incorporarían todas las formas que puede adoptar la supervisión de penados en la comunidad (Robinson, McNeill & Maruna, 2014, p. 151). Raynor (2012, p. 928) afirma que a menudo las discusiones en torno a «penas comunitarias» excluyen a una gran proporción de penados que efectivamente son supervisados por los mismos servicios de probation, puesto que su condena original era privativa de libertad y están cumpliendo alguna forma de salida condicional o libertad condicional.

<sup>17</sup> Se puede acceder a un análisis de la libertad vigilada, sus cifras, su ejecución y propuestas para su fortalecimiento en Jiménez & Santos (2010, pp. 215-231).

cación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para una eficaz intervención individualizada» (art.17b) de la ley 18.216). La prestación de servicios en beneficio de la comunidad, por su parte, consiste en «la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile» (art. 10 de la ley 18.216).

Estas son figuras que: a) son la consecuencia de una declaración de culpabilidad de un sujeto en el contexto de un proceso penal; b) infligen una restricción personal al penado, consistente en una obligación de hacer; c) se cumplen en libertad; y d) son efectivamente supervisadas por la administración mediante un agente penal.

## 2. CUATRO TENSIONES EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS

La implementación de un elenco de penas comunitarias en un sistema penológico tradicional genera ciertas tensiones que han sido destacadas por diversos investigadores. En este trabajo he decidido desarrollar cuatro de las reflexiones más frecuentes en el debate criminológico anglosajón y español, debido a su considerable progreso.

### 2.1 Administrativización

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

Todo sistema de sanciones tiene tres tipos de normas: la previsión legal de las penas, las normas que rigen la individualización de las mismas y las normas de ejecución (Silva, 1998, p. 247). En este ámbito se producen dos tipos de tensiones: a qué órgano corresponde la competencia legislativa o nomogenética de cada tipo de normas y a qué órgano corresponde la aplicación de las normas mencionadas, caracterizándose por una cierta desconfianza en el Ejecutivo y la administración

para algunas de las tareas encomendadas<sup>18</sup>. Se trata de que el Ejecutivo o la administración encargada de la ejecución penal asuma competencias que para algunos corresponden al legislador o al juez, en su caso.

En la primera discusión se reflexiona en torno al rango normativo que han de tener las distintas disposiciones; normas de previsión legislativa de penas y conductas penadas han de detentar claramente el rango de ley<sup>19</sup>, asimismo las reglas para la individualización; y, por último, se discute el rango normativo que ha de regir la ejecución: si ha de encargarse el legislador mediante la promulgación de leyes o el Ejecutivo mediante la dictación de reglamentos. Así, si bien se acepta que una norma con rango de reglamento pueda regular gran parte de la ejecución de las penas, se exige que estos reglamentos desarrollen la norma de ejecución que por tanto deba contener bases y principios a respetar<sup>20-21</sup>.

La segunda discusión se refiere a la crítica de que órganos encargados de la ejecución de la pena se estuvieran arrogando competencias de individualización de las

<sup>18</sup> Es necesario no confundir con la administrativización del derecho penal, que se refiere al proceso mediante el cual el derecho penal comienza a tipificar conductas que por su menor injusto pertenecerían al ámbito sancionatorio administrativo (Silva, 2011, pp. 135 y ss.)

<sup>19</sup> La vulneración de este principio da lugar a las conocidas leyes penales en blanco y sus derivadas.

<sup>20</sup> En España: artículo 3 CP español para la ejecución de las penas en general, artículo 36.1 CP para la pena de prisión. En Chile, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no solo la duración y el tipo de pena, sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento» (Rol N° 2983-16, redacción del ministro Nelson Pozo).

<sup>21</sup> Este tipo de discusiones se generaron con la publicación del reglamento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad en España en 1996. El Código Penal de 1995 introdujo por primera vez las penas comunitarias en España, y probablemente por esa inexperiencia omitió regular cuestiones esenciales de la ejecución del TBC, como el incumplimiento. El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, llenó este y otros vacíos, estableciendo cuatro criterios para valorar el incumplimiento del TBC. Cuestión muy criticada por la doctrina que se solucionó trasladando al artículo 49 CP, casi sin cambios, los criterios del reglamento mediante la reforma legislativa operada por la LO 15/2003. Toda esta historia regulatoria, sumada a otras múltiples reformas, genera al día de hoy que el artículo 49 CP que regula la pena de TBC sea una intrincada disposición con diversidad de números que idealmente deberían constituir artículos distintos.

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

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

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

Si bien en principio podría pensarse que el juez o tribunal al individualizar la pena podría, además, tomar en cuenta esos factores y desarrollar el plan de trabajo apoyado por un organismo o agente que pueda dotarle de la información respecto del penado (mediante un informe psico social o *pre sentence report*<sup>22</sup>), parece ser que está en mejor posición para tomar estas circunstancias en cuenta la administración, encargada de la ejecución de estas penas. La tensión se genera en el límite que debe existir entre la labor de individualización judicial de la pena

---

<sup>22</sup> Sobre la utilidad de este instrumento y su uso en España, ver Larrauri (2012) y Larrauri y Zorrilla (2014). Sobre la historia, contenido, utilidad y uso del informe presentencial en Chile, ver Jiménez Allendes y Santos (2010, pp. 118-222).



y la labor de individualización administrativa de la ejecución de la pena que respete el principio de individualización judicial<sup>23</sup>.

Más allá de la administrativización del sistema penal, se ha llegado a hablar incluso de una privatización del mismo, librada por la incorporación de entidades privadas en la ejecución de las penas. Así por ejemplo, en Chile, el artículo 34 del reglamento de la ley 18.216 habilita al Ministerio de Justicia para celebrar convenios con personas naturales o jurídicas, estatales o privadas, para la supervisión de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.

En España, para el desarrollo de los programas formativos y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, la administración también realiza convenios con entidades del tercer sector (sin fines de lucro), mandatada por el propio RD 840/2011 que rige las penas comunitarias. Se ha teorizado al respecto poniendo hincapié en la tendencia, observable no solo en el ámbito penal, de la constitución de alianzas público-privadas para el desarrollo de actividades públicas (Liddle, 2001, pp. 49-51). Cabe destacar en Catalunya la verificación de este fenómeno de externalización, no únicamente para el desarrollo concreto de la obligación impuesta, sino que, al igual que en Chile, existe también para el trabajo propio del delegado, que aunque depende del Departamento de Justicia, se lleva a cabo por instituciones del tercer sector (Blay, 2010; Blay & Larrauri, 2016)

## 2.2 Discrecionalidad

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

---

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la concreción de una pena de un número determinado de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad en España en un plan concreto, que no solo determina la actividad a realizar, sino también la duración de cada jornada y su calendarización, constituye para algunos claramente un ejercicio de individualización de la pena que atenta contra los principios de proporcionalidad y de igualdad e incluso representa un problema desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias entre la administración y los jueces y la determinación judicial de las penas (Blay, 2007b, pp. 123-124); e incluso, para la autora, el RD en esta parte es derrotable. En Chile en este punto no se ha generado debate por cuanto la sanción se impone por el juez en número de horas y no de jornadas.

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

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

En el caso de la suspensión y la sustitución se trata de un doble acto de discrecionalidad judicial, puesto que en primer lugar se ha de decidir si acaso suspender o no, y luego acerca de la extensión del periodo de prueba (Mapelli, 2011, pp. 125-128); a estos dos se puede agregar un tercer acto de discrecionalidad consistente

en la determinación reglas de conducta imponibles como condición de la suspensión (o en el caso de la libertad vigilada).

La flexibilidad que aporta la presencia de las penas comunitarias representa una tensión caracterizada por la desconfianza a la discrecionalidad de los jueces. Sin embargo, parece evidente que una decisión discrecional no es una decisión arbitraria<sup>24</sup>. La garantía de la motivación de la sentencia impera también en este ámbito y el juez habrá de tener en cuenta criterios que justifiquen su decisión. Esta garantía de motivación está incorporada en la de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española. En el caso chileno, pese a no hacerse referencia expresa a un derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho del justiciable a la motivación de las sentencias judiciales se encuentra garantizado constitucionalmente (Bordalí, 2011).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha desarrollado el punto con mayor profundidad, sosteniendo que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, afirma que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad (Subijana, 2005, p. 5)<sup>25</sup>. Lamentablemente, al mismo tiempo, la jurisprudencia tiene estándares no muy exigentes en cuanto al contenido de la motivación, lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina (Cid, 2009; Roig, 2014).

Cid y Larrauri (2002) quisieron averiguar qué uso hacen los jueces de la discrecionalidad que detentan en el ámbito de las alternativas en una época en que gozaban de un menor ámbito de discrecionalidad que hoy. En ese entonces, observando el comportamiento judicial, en el año 1998 descubrieron, entre otras cosas, que los jueces hacían poco uso de la discrecionalidad que detentaban. Re-

---

<sup>24</sup> En este sentido, para la suspensión, ver Roig (2014, pp. 177 ss.).

<sup>25</sup> Entre otras, ver las STC 198/2001 y STC 170/2004.

cientemente Blay actualizó esta investigación y, de acuerdo a sus resultados preliminares, puede apreciar un cambio de tendencia en el sentido de hacer un mayor uso de las penas alternativas y una mayor aceptación a la posibilidad de aplicarse a perfiles un poco más complejos (Blay, 2015).

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

En un aspecto vinculado a la discrecionalidad judicial y las penas comunitarias, desde los años ochenta Ashworth ha manifestado su preocupación respecto de cómo la dictación de nueva legislación tendiente a disminuir el uso de la prisión puede encontrar resistencia en los jueces. Su desconfianza radica en la posibilidad de que los jueces modifiquen su forma de fallar al tener en consideración los factores exógenos que pueden incidir en la ejecución de su fallo. Concretamente, se refiere a que las medidas de libertad temprana (como la libertad condicional o el tercer grado) pueden provocar que algunos jueces intenten contrarrestar el efecto de estas medidas, aumentando los niveles de condena generales (Ashworth, 2010, p. 307).

De Sola, García & Hormazábal (1986, p. 77) afirman que la discrecionalidad judicial referente a la suspensión ocurre en la elección de la pena más que en la decisión sobre suspender o no la pena de prisión:

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

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

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

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

### 2.3 Consentimiento y participación del penado

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

En primer lugar, la criminología ha puesto de manifiesto la importancia de contar con el consentimiento y la cooperación del penado para conseguir los fines que se le atribuyen a la pena, especialmente el de rehabilitación. Esto es válido para las penas comunitarias en cuanto constituyen no solo una obligación de hacer, sino una participación en la pena que se ejecuta y por tanto su sentido y efectividad dependen de la cooperación del penado. Parece razonable que la voluntad del penado en la imposición redunde en un mejor pronóstico de cumplimiento de la pena y que la cooperación en el desarrollo de la pena induce a un mejor aprovechamiento de las oportunidades y herramientas de rehabilitación que ofrece (Vanstone, 2013). Esta fue la idea (junto con el paradigma de no tratamiento de Bottoms<sup>26</sup>) que habría puesto en un lugar central de la teoría y la práctica anglosajona en los años 80 una naturaleza contractual de la *probation* (Raynor, 2014, pp. 298 ss.). Más importante aún puede ser en el supuesto en que la pena consista en la participación en un programa formativo o la sujeción a una terapia. En el caso español, una característica común de los programas formativos como respuesta penal a la violencia de género «es que en sus criterios de admisión figura que el hombre agresor acuda voluntariamente a estas terapias. La mencionada característica es destacable porque, desde un punto de vista terapéutico, se insiste en que estos tratamientos parecen ser la intervención más adecuada en aquellos casos en los que el agresor es consciente de su problema y se encuentra motivado para modificar su comportamiento agresivo» (Rueda, 2007, p. 70). En Chile, la ley 18.216 exige como requisito para la imposición de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad la concurrencia de la voluntad del penado (art. 11 letra c).

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

---

<sup>26</sup> El paradigma del «no tratamiento» es uno de los que surgió de las críticas al ideal rehabilitador. Paradójicamente, mientras desde el ideal rehabilitador se valora la voluntad del penado como central para lograr sus fines, desde el paradigma del «no tratamiento» se valora el consentimiento como central para el respeto de la dignidad del penado.

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

Tanto es así que incluso aceptando que puede haber diversos grados de aceptación o rechazo ante la imposición de una pena comunitaria, Trotter (2015, p. 2) ha desarrollado el concepto de clientes involuntarios –*involuntary clients*– para referirse a aquellos destinatarios de servicios sociales o legales que no han elegido recibir los servicios que se les están ofreciendo. De hecho, estos clientes pueden oponerse de forma activa a recibir el servicio. Pueden creer que es innecesario e intrusivo. Los clientes reciben el servicio ya sea por orden judicial o porque están bajo la amenaza de alguna otra sanción legal<sup>27</sup>. El nacimiento de este concepto no dice relación con una cuestión teórica, sino que tiene por objeto el desarrollo de un cuerpo de prácticas y habilidades apropiadas para el trabajo con este tipo de clientes por parte de los agentes de los servicios involucrados. En el caso de las penas comunitarias, para la categorización de Trotter se trata siempre de clientes involuntarios, aun cuando parte de la relación sea voluntaria y efectivamente se persiga la voluntariedad por parte del servicio.

En tercer lugar, el requisito legal de consentimiento para la imposición de la pena, para algunos, implica quitarle a las penas comunitarias el apelativo de «pena». Si una medida es voluntaria, ¿entonces pierde un elemento esencial de la pena? A mi parecer no, porque la ausencia de consentimiento no da lugar a la impunidad; la ausencia de consentimiento no deviene en ausencia de pena. Para Blay

---

<sup>27</sup> El autor acepta una gradación de la «voluntariedad» en la asistencia de un cliente a un servicio, yendo de voluntario a involuntario en un continuo. Es evidentemente «involuntario» quien es vinculado a un servicio por orden judicial (o bajo amenaza de una orden), y lo es parcialmente quien acepta por presiones o motivaciones que no sean un deseo propio de enfrentar sus problemas (Trotter. 2015, p. 3).

(2007a), un argumento relevante para decir que la exigencia de consentimiento no desnaturaliza a los trabajos en beneficio de la comunidad de su carácter de pena es que no se trata de un consentimiento verdaderamente libre (como se discutíó anteriormente). En cuanto al fundamento de este requisito, se ha afirmado que el valor del consentimiento deriva del principio de autonomía, y los derechos a la libertad y la dignidad (Canton. 2014).

A partir de los años 90 se ha cuestionado la esencialidad del consentimiento para la aplicación de las penas comunitarias en general y de los servicios en beneficio de la comunidad en particular y la posibilidad de eliminarlo como requisito de imposición de la pena. Si este es el caso, entonces la falta de consentimiento respecto de una pena comunitaria transforma un problema de imposición de la pena (decidir sobre la clase de pena, descartando aquella respecto de la que no hay consentimiento) a una cuestión de incumplimiento de la pena, aunque es posible pensar en la posibilidad de que quien no consiente en la imposición de una pena bajo amenaza de la imposición de otra, igualmente la cumpla una vez impuesta bajo la amenaza de las consecuencias del incumplimiento. Así, por ejemplo, en el Reino Unido se eliminó la exigencia del consentimiento para su imposición en los años noventa<sup>28</sup>.

En España hay quien aboga por la eliminación de la exigencia de consentimiento para la aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Mapelli (1996, p. 155-156) da dos argumentos a este respecto: en primer lugar, el autor no encuentra razones suficientes para que se exija el consentimiento en esta pena cuando no se exige para la imposición de penas más lesivas para los derechos fundamentales. En segundo lugar, considera que el consentimiento podía tener alguna relevancia cuando los trabajos consistían en actividades terribles, pero no ahora, cuando no se supeditan a intereses lucrativos, son en beneficio de la comunidad y su realización en ONGs puede tener efectos resocializadores nada desdeñables (con o sin su consentimiento)<sup>29</sup>. Para González Tascón (2013, p. 362), la posibilidad de imponer trabajos en beneficio de la comunidad no solo no está reñido con el respeto a los derechos humanos, sino que evitaría situacio-

<sup>28</sup> Sobre la abolición del consentimiento en el Reino Unido, sus razones, implicancias y crítica, ver a Raynor (2014).

<sup>29</sup> Esto porque considera que el fundamento del consentimiento en para la imposición del TBC se encontraría en la proscripción de los trabajos forzados en la Constitución española.



nes en que quienes tienen más recursos no den su consentimiento a los trabajos en beneficio de la comunidad para ser penados con multa<sup>30</sup>.

## 2.4 Intervención penal en la vida

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

Estas críticas forman parte de la batería de ataques que en los años 70 lograron el decaimiento del ideal rehabilitador. Paradigmáticamente, Foucault (2009 [1976]) explica el cambio del locus del castigo penal estatal del cuerpo al alma, que se disciplina mediante minuciosas técnicas. Allen (2009 [1989]) sistematiza las críticas al ideal en tres grupos, el primero de los cuales está conformado por aquellas que se basan en la proposición de que «el ideal rehabilitador constituye una amenaza a los valores políticos de las sociedades libres»<sup>31</sup>.

Una de las más grandes reticencias a la incorporación de las penas comunitarias en España ha sido la discusión en torno a la legitimidad del Estado para incidir en los valores y actitudes de los penados, estimándose que mediante las penas comunitarias se estarían afectando derechos fundamentales como el desarrollo libre de la personalidad, el respeto de la identidad y la dignidad. Esto sería evidente en las que contienen obligaciones de tratamiento y, aunque de forma menos aparente, también en las penas de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>32</sup>.

Puesto que la intervención mediante la pena es relativamente reciente, las críticas que se hacen al tratamiento del delincuente se hicieron primero en el contexto de la ley general penitenciaria de 1979, que recepcionó en España el ideal

<sup>30</sup> Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, la ausencia de consentimiento puede incidir en la imposición de una pena de prisión.

<sup>31</sup> Los otros dos grupos de críticos contienen: la vulnerabilidad del ideal para ser degradado e instrumentalizado para la consecución de otros fines; y la carencia de una técnica rehabilitadora, de manera que no sabemos cómo prevenir la reincidencia cambiando el carácter y el comportamiento del penado (esta última es la crítica que, a mi parecer, ha sido más atendida por la criminología).

<sup>32</sup> Sobre el contenido rehabilitador de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, ver Blay (2007b).

rehabilitador y que estableció que «las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad»,<sup>33</sup> en concordancia con el artículo 25 de la Constitución española, que dispone que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Las críticas a la resocialización pueden leerse con claridad cuando la LGP era solo un proyecto en el trabajo de Muñoz Conde (1979)<sup>34</sup>, quien explicó las críticas<sup>35</sup> siguiendo la literatura internacional<sup>36</sup>. En primer lugar, se afirma que si es la propia sociedad la que produce la delincuencia, no tiene sentido resocializar al delincuente si no se resocializa antes la propia sociedad. En esta línea, «resocializar al delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito». En segundo lugar, la resocialización implicará un sometimiento del sujeto y un dominio por parte del Estado, respecto del cual se niega toda legitimación para imponer creencias y convicciones. Por último, si lo que se persigue es únicamente una resocialización para la aceptación de la legalidad, sin incidir en el fuero interno del sujeto, también se puede objetar que dicha legalidad está conformada por los valores de la clase dominante, de manera que se generan tensiones que también son posibles de rechazar por su falta de respeto a la autonomía y la autodeterminación.

Ante todas estas críticas, en el ámbito penitenciario<sup>37</sup> al menos, se ha interpretado que el fin de resocialización no debe entenderse en relación a la personalidad del individuo, sino al marco penitenciario (Mapelli, 1983). De esta manera, la reinserción social se conseguiría principalmente mediante la humanización del

---

<sup>33</sup> Hay que tener en cuenta que la propia exposición de motivos de la LO General Penitenciaria hace referencia al anteproyecto de CE en este aspecto.

<sup>34</sup> Recogen esta doctrina en Chile Carnevali y Maldonado (2013).

<sup>35</sup> Otras críticas que dicen relación más directa con la resocialización específicamente en la prisión se pueden ver en Muñoz Conde (1985, cap. iv).

<sup>36</sup> De las mismas, extraeré aquellas que están vinculadas al tema que se desarrolla en este lugar.

<sup>37</sup> Que es en el que más se han desarrollado estas ideas, probablemente en parte por su mayor longevidad, pero también porque el elemento coercitivo del Estado es más evidente.

castigo y la asistencia social más que a través de terapias psicológicas o similares, tendentes a modificar la personalidad del condenado (Juanatey, 2013, p. 64-65).

Pese a las prevenciones realizadas para adecuar este principio a las exigencias de un Estado liberal, en la realidad hay que reconocer que el cumplimiento de la pena comunitaria tiene elementos de intervención y no únicamente de asistencia<sup>38</sup>. Y, además, su cumplimiento será cuando menos «coercitivo», es decir, se cumplirá voluntariamente, pero bajo amenaza de un mal que se pretende evitar. En este sentido, «aun cuando puede sostenerse que todo tipo de castigo es siempre coercitivo, esto parece ser particularmente problemático para la rehabilitación correccional, puesto que su objetivo es cambiar al sujeto en vez de limitarse a restringirle o privarle de su libertad, o bien castigarle de alguna otra manera. Esto implica una forma bastante particular de inmiscuirse en el mundo interior de una persona, incluso en la misma identidad del sujeto, por lo que, bajo este respecto, la coerción genera una serie de problemas ético/morales propios de la rehabilitación» (McNeill, 2015).

Esta misma característica llevó a algunos académicos al extremo contrario, llegando a afirmar, respecto de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no constituía verdaderamente una pena: puesto que los fines perseguidos por esta pena no podían considerarse un «mal», entonces no se podía hablar de pena<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cuestión que se criticó cuando en 1995 se incorporaron las primeras penas comunitarias en el CP español (Larrauri 1996), puesto que la intervención que se deseaba por la doctrina penal era una de carácter asistencial. La autora consideró las nuevas reglas de conducta como excesivamente gravosas, puesto que se enfatizaban las medidas de control que afectan la libertad individual, se otorgaba amplia discrecionalidad para añadir cuantas medidas dispusiera el juez y, por último, por la rigidez y severidad de las consecuencias del incumplimiento de las mismas.

<sup>39</sup> Un segundo motivo, revisado anteriormente, era la necesidad del consentimiento del penado para su ejecución.

## CONCLUSIÓN

La multiplicidad de conceptos que se refieren a las medidas penales alternativas se han utilizado con gran flexibilidad, de manera que han permitido la convergencia en su defensa por grupos e ideologías diversas. Los conceptos revisados fueron elaborados en momentos y contextos diversos, y ponen énfasis en aspectos distintos de las sanciones a las que hacen referencia.

Respecto de la definición de las penas comunitarias, cabe destacar que, pese a que el origen de estas instituciones se remonta a fines del siglo XIX, es en la década de los noventa cuando se consolida el concepto de «penas comunitarias» en un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión. A diferencia de las denominaciones utilizadas con anterioridad para referirse a iguales o similares realidades (penas no privativas de libertad, penas alternativas, medidas penales alternativas), ya no se definen estas instituciones respecto de su relación con la pena de prisión, y se realza su cumplimiento en la comunidad, el elemento de supervisión que contienen, la satisfacción o reparación que permiten y su valor punitivo autónomo. Debido a la novedad que entraña la «supervisión» (en cuanto concepto, no tanto en cuanto a su desarrollo práctico), es necesario recordar que la supervisión es una actividad ejercida por parte de un agente de la administración, que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma.

Aunando estos elementos, se ha definido pena comunitaria como aquella pena que impone una restricción de carácter personal al penado, que consiste en el cumplimiento de obligaciones en libertad y que se ejecuta bajo la supervisión de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo. Son estas características las que llevan a ubicar a las penas comunitarias estructuralmente entre la prisión, por una parte, y las penas patrimoniales y «nominales» por la otra.

Las características especiales que requiere la implementación de estas penas, tanto por la cooperación del penado como por el rol más activo que ha de tener la administración en la supervisión de la ejecución de las penas, generan una serie de tensiones que se discutieron en la segunda parte de este artículo. Las preocupaciones por la administrativización del sistema penal, el uso de un mayor margen de discrecionalidad judicial, la necesidad de contar con el consentimiento del pe-

nado y la inquietud que despierta la intromisión estatal en la vida de los penados inciden en el valor que detentan las penas comunitarias dentro del sistema de penas, en su credibilidad y en su legitimidad como respuesta penal a la comisión de un delito, de manera que exigen ser consideradas en toda discusión en torno a las penas comunitarias, evitando soluciones simplificadas y superficiales.

Resulta necesario valorar el aporte de las penas comunitarias en el sistema penal chileno mediante la incorporación de la libertad vigilada, la libertad vigilada asistida y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, puesto que se trata de penas que permiten la rehabilitación del penado en casos de mediana peligrosidad y que, por su carga punitiva, permiten abandonar el recurso a la prisión en casos de mediana gravedad. No obstante lo anterior, los temas discutidos en este artículo exigen la existencia de un control estricto en la aplicación y ejecución de estas penas para que las exigencias de las penas comunitarias no afecten las garantías de quienes están sujetos a ellas<sup>40</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aebi, M., Delgrande, N. & Marguet, Y. (2015). Have community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems? *Punishment & Society*, vol. 17, no. 5, pp. 575-597.
- Allen, F.A. (2009). The Decline of the Rehabilitative Ideal. En: A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Hart, pp. 11-15.
- Ashworth, A. (2010). *Sentencing and Criminal Justice*. 5ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beyens, K., Snacken, S. & Van Zyl Smit, D. (2013). Truth in (the Implementation of) Sentencing: Belgium and Elsewhere. En: T. Daems, D. Van Zyl Smit & Sna (eds.), *European Penology?* Oxford: Hart.
- Blay, E. (2007a). Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos. *InDret*, no. 4/2007.

---

<sup>40</sup> Cuestión que obliga a reiterar la necesidad de tribunales de ejecución penal en Chile que no solo controlen la ejecución de las penas privativas de libertad, sino también de las penas sustitutivas.

- Blay, E. (2007b). *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*. Barcelona: Atelier.
- Blay, E. (2010). «It Could Be Us»: Recent Transformations in the Use of Community Service as a Punishment in Spain. *European Journal of Probation*, vol. 2, no. 1, pp. 62-81.
- Blay, E. (2015). *Changing cultures? Comparing sentencing trends in Spanish courts (1998, 2012)*. Presentación en EUROCRIM. Porto.
- Blay, E. & Larrauri, E. (2016). Community punishments in Spain. A tale of two administrations. En: G. Robinson & F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives*. Oxon - New York: Routledge.
- Bordalí, A. (2011). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista chilena de derecho*, vol. 38, no. 2, pp. 311-337.
- Bottoms, A., Gelsthorpe, L. & Rex, S. (2001). Introduction: the contemporary scene for community penalties. En: A. Bottoms, L. Gelsthorpe & S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges*. Willan publishing, pp. 1-15.
- Bottoms, A., Rex, S. & Robinson, G. (2004). How did we get here? En: A. Bottoms, S. Rex & G. Robinson (eds.), *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*. Willan publishing.
- Canton, R. (2014). Yes, no, possibly, maybe: Community sanctions, consent and cooperation. *European Journal of Probation*, vol. 6, no. 3, pp. 209-224.
- Carnevali, R. & Maldonado F, F. (2013). El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad. *Ius et Praxis*, vol. 19, no. 2, pp. 384-418.
- Cid, J. (2009). *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Barcelona: Bosch.
- Cid, J. & Larrauri, E. (eds.) (1997). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- Cid, J. & Larrauri, E. (2002). *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clear, T.R. & Braga, A.A. (1995). Community corrections. En: J.Q. Wilson & J. Petersilia (eds.), *Crime*. ICS Press.
- Cohen, S. (1988). *Visiones de control social*. Barcelona: PPU. Trad.: Larrauri Pijoan, E.
- De Sola, A., García, M. & Homazábal, H. (1986). *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Barcelona: PPU.
- Dobash, R. & Dobash, R. (2005). Efectividad de los programas de tratamiento de maltratadores. En: J. CID & E. LARRAURI (eds.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?.* Tirant lo Blanch, pp. 147-190.

- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 2ed. México: siglo XXI.
- González Tascón, M. (2013). *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*: Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica.
- González Zorrilla, C. (1997). Suspensión de la pena y «probation». En: J. Cid & E. Larrauri (eds.), *Penas alternativas a la prisión*: J. M. Bosch Editor, pp. 59-89.
- Grupo de Estudios de Política Criminal (2012). *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*. Tirant lo Blanch.
- Jiménez, M.A. & Santos, T. (2010). ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión? *Nova Criminis*, no. 1, pp. 157-240.
- Juanatey, C. (2013). *Manual de Derecho Penitenciario*. 2. Madrid: Iustel.
- Klingeale, C. (2013). Rethinking the Use of Community Supervision. *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 103, no. 4, pp. 1015-1069.
- Klingeale, C. (2016). The Promises and Perils of Evidence-Based Corrections. *Notre Dame Law Review*, vol. 91, no. 2.
- Larrauri, E. (1991). Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 44, pp. 45-64.
- Larrauri, E. (1996). Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*, no. 19, pp. 203-218.
- Larrauri, E. (2012). ¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena? *Jueces para la democracia*, no. 73, pp. 105-109.
- Larrauri, E. y Zorrilla, N. (2014). Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional. *InDret*, vol. 3, pp. 1-29.
- Liddle, M. (2001). Community penalties in the context of contemporary social change. En: A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges*. Routledge, pp. 41-66.
- Mapelli, B. (1996). Los substitutivos penales en el proyecto de Código Penal de 1994. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 1, no. 18, pp. 137-160.
- Mapelli, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5. Navarra: Aranzadi.
- Mapelli, B. (1983). *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch.
- Maqueda, M.L. (1985). *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985.
- Mcneill, F. (2015). Cuando el Castigo es Rehabilitación. *InDret*, vol. 3.
- Morales Peillard, A.M. (2012). La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política criminal*, vol. 7, no. 13, pp. 94-146.
- Morgenstern, C. & Robinson, G. (2014). Consent and cooperation of the unfree:

- Introduction to the special issue. *European journal of probation*, vol. 6, no. 3, pp. 203-208.
- Morris, N. Y Tonry, M. (1991). *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*. New York-Oxford: Oxford University Press.
- Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, no. 31, pp. 73-84.
- Muñoz Conde, F. (1985). *La prisión como problema: resocialización versus desocialización*. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación universitaria de Jerez.
- Nellis, M. (2001). Community penalties in historical perspective. En: A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges*. Willan publishing, pp. 16-40.
- Phelps, M.S. (2013). The Paradox of Probation: Community Supervision in the Age of Mass Incarceration. *Law & policy*, vol. 35, no. 1-2, pp. 51-80.
- Raynor, P. (2001). Community penalties and social integration: «community» as solution and as problem. En: A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges*. Routledge.
- Raynor, P. (2012). Community penalties, probation and offender management. En: M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*. 5ed. Oxford University Press.
- Raynor, P. (2014). Consent to probation in England and Wales: How it was abolished, and why it matters. Introduction: The end of consent. *European Journal of Probation*, vol. 6, no. 3, pp. 296-307.
- Robinson, G., Mcneill, F. & Maruna, S. (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones comunitarias. *Política Criminal*, vol. 9, no. 17, pp. 147-181. Trad. Javier Velasquez.
- Roig, M. (2014). La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor. *Revista Penal*, no. 33, pp. 170-207.
- Rueda, M.Á. (2007). *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J.M. (1998). ¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no. 4, pp. 247-257.
- Silva Sánchez, J.M. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3ed. Montevideo - Buenos Aires: BdeF.
- Snacken, S., Van Zyl Smit, D. & Beyens, K. (2014). European sentencing practices. *The Routledge handbook of European criminology*.



- Subijana, I. (2005). El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, no. 11, pp. 1-20.
- Tamarit, J. (2007). Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, pp. 1-40.
- Torres Rosell, N. (2006). *La Pena de trabajos en beneficio de la comunidad reformas legales y problemas de aplicación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trotter, C. (2015). *Working With Involuntary Clients*. 3ed. Routledge.
- Vanstone, M. (2013). Compulsory Persuasion in Probation History. En: P. Ugwu-dike & P. Raynor (eds.), *What Works in Offender Compliance: International Perspectives and Evidence-Based Practice*. Hampshire-New York: Palgrave Macmillan.
- Vass, A.A. (1990). *Alternatives to prison. Punishment, custody and the community*. London: Sage.
- Worrall, A. & Hoy, C. (2005). *Punishment in the community: managing offenders, making choices*. 2nd. Cullompton, Devon: Willan Publishing.