

PENAS ALTERNATIVAS DE CUMPLIMIENTO PENITENCIARIO

Tratar el tema de la delincuencia es una materia compleja que no se limita solo a la comisión de un delito, su castigo y el cumplimiento de la condena impuesta, sus causas y consecuencias asociadas son múltiples y de diverso orden. A su vez, las personas que delinquen es un grupo heterogéneo y cada delito se encuentra revestido de características muy diversas, que si bien a modo doctrinario se pueden clasificar en grupos atendiendo básicamente a la naturaleza del bien jurídico protegido, la individualidad de cada uno de ellos presenta diferencias sustanciales que deben ser consideradas a la hora de su sanción y también en el cumplimiento de esta.

Así se ha señalado que diversificar las posibilidades de las sanciones a imponer permite en casos elegir aquella alternativa que sea más adecuada para satisfacer los objetivos que se persiguen con la pena: disuadir actos futuros ya sea a nivel individual o social, castigar proporcionalmente al daño causado y rehabilitar al infractor.

De manera que de acuerdo a lo expresado también cobra relevancia para nuestro estudio analizar el sistema de penas sustitutivas a las de cumplimiento efectivo que se pueden aplicar a las personas que cometen algún delito castigado con penas privativas de libertad.

Las penas y sus objetivos.

Necesario resulta para la adecuada comprensión de nuestro estudio hacer un acotado análisis de la pena y de los objetivos perseguidos con ella, ya un análisis profundo, además de ser vasto, resulta innecesario para los fines perseguidos.

Para comenzar, en relación a la teoría de la pena debemos dejar claro tres circunstancias:

a) que existe una variedad importante de teorías que tratan el tema, algunas contrapuestas, otras conciliadoras y complementarias entre ellas,

b) que, además las diversas disciplinas se avocan a materias específicas pero que se superponen entre ellas, y

c) que, del estudio global de las diversas teorías se desprende que no existe un solo objetivo, sino que son múltiples de acuerdo a los diversos fundamentos que las sustentan.

En el ámbito del derecho penal, la finalidad de la pena ocupa un lugar preponderante en su estudio, desarrollándose a través de los años diversas teorías. Así las teorías absolutas hacen inca pía en la retribución y castigo por el delito cometido. Las teorías relativas, tienen un carácter eminentemente preventivo sosteniendo que la finalidad de los sistemas penales es evitar la comisión de nuevos delitos, distinguiéndose aquí la teoría de la prevención especial cuyo objeto es rehabilitar al delincuente para que no vuelva a delinquir, y la teoría de la prevención general, que sustenta que lo más importante de la pena es su efecto disuasivo como amenaza sobre la población en su conjunto para evitar en general la comisión de nuevos delitos. Además, nos encontramos con las teorías mixtas o unitarias que sustentan que la pena tiene múltiples objetivos, conciliando de diversa manera e intensidad las teorías absolutas con las relativas. Así por ejemplo, en nuestro sistema penal chileno, el profesor Enrique Cury señala que la función principal de la pena es la disuasión (prevención general), pero al incluir consideraciones de tipo retributivo, se tiene el mérito de limitar la intensidad de la pena y que gracias a la prevención especial se evita la desocialización del delincuente mientras cumple su pena.

El análisis económico del crimen supone la maximización de las utilidades percibiendo los costos y beneficios asociados a las diversas penas y su aplicación. Desde este punto de vista, el objetivo principal de las penas es la disuasión, la que en este análisis no está solo supeditada a su intensidad, sino por la probabilidad que ella efectivamente sea impuesta, así una pena que no se aplica no tiene ningún efecto disuasorio, mientras que si la pena es ineludible siempre tendrá un valor esperado cual es la sanción misma.

Por su parte, la sociología sostiene que la finalidad más esperada de la pena es controlar la delincuencia, pero su ámbito de injerencia va más allá de la criminalidad, interesándose por entender la interrelación del sistema penal con las demás instituciones sociales, su aporte al control social, al poder, a la educación, etc.

En cuanto al objetivo de las penas aquí nos referimos a los distintos fines, propósitos o consecuencias de estas, así partiendo de la base de las diferentes teorías esbozadas con anterioridad, tendremos los siguientes efectos de las penas:

Efecto punitivo retributivo: Aquí el efecto de la pena es castigar al sujeto por la comisión de un delito, lo que se cumple con la imposición de una pena que importa un mal o sufrimiento para el delincuente.

Este efecto punitivo es propio de todo tipo de pena, ya que en mayor o menor grado privan o restringen el libre ejercicio de derechos del condenado, habiendo en consecuencia penas más graves que otras, siendo esencial que la pena, indistintamente de la que sea significa un castigo para el infractor en relación a la infracción cometida.

En este tema de la pena entendida como castigo sería relacionar la carga punitiva con las preferencias y características de quien la recibe, por ejemplo privar a un aficionado deportivo de asistir al estadio cuando se desarrolle el juego que le apasiona. Esta situación particular puede ser aprovechada al momento de determinar la sanción más eficaz, obviamente analizada en el caso particular y atendiendo a la gravedad de la infracción cometida.

Efecto disuasivo: Sin dejar de lado el efecto punitivo de la pena, se asocia a ella un efecto disuasivo, ya que a pesar de ser un castigo para quien comete un ilícito, su amenaza a la vez lo disuade tanto a él como al resto de la comunidad de hacerse merecedores de igual pena, aquí uno de los objetivos de la pena es desalentar al potencial delincuente de cometer nuevos delitos.

En este ámbito para que se logre efectivamente este efecto disuasivo, se debe dar una señal clara y creíble de las efectivas consecuencias que se derivan de la comisión de una infracción,

requiriéndose para ello dos elementos: el conocimiento de las diversas penas por toda la comunidad y que la probabilidad de su aplicación sea lo suficientemente alta como para constituir una real amenaza como efecto del delito.

En el primer orden, existe en nuestro país un amplio conocimiento de los infractores de las penas a las que se arriesgan por la comisión de un delito, sanciones que sin lugar a dudas en un amplio espectro de la población desalientan su comisión. En cuanto a la credibilidad del sistema sancionatorio, esto se logra teniendo unas altas tasas tanto de persecución penal como de procesamiento y condena, tarea encomendada a las policías y tribunales de justicia. Sin embargo, se debe reconocer la existencia de algunos delitos que por su forma y lugar de comisión se hacen difíciles de perseguir, lo que hace que un gran número de ellos no sea sancionado, lo que a su vez conlleva que se convierta en ilusorio el efecto disuasivo esperado de la pena.

Efecto resocializador, en este caso se señala que quien comete un delito posee un déficit de socialización que lo ha llevado a romper las normas comunes que rigen a toda la comunidad. Así, se postula que la imposición de una pena brinda la oportunidad de prestar la asistencia que el individuo requiere para seguir y adecuarse a las normas legales comunes. En estos casos se habla que la pena cumple una función resocializadora o de reinserción social, pretendiéndose, ya sea a través de la pena o de un trabajo complementario, lograr un cambio en el sujeto, alterando los factores que lo han conducido al camino delictivo.

En el caso de este efecto resocializador, se sostiene que el no puede ser buscado en todos los casos puesto que no todos los sujetos sufren un déficit trascendente de socialización, y así obligarlos a recibir un tratamiento innecesario sería inútil y derrochador, además que dependiendo del grado de injerencia podría representar hasta un abuso de poder.

Por otra parte, se puede sostener que existen penas en que el efecto resocializador es parte integrante de ellas como en el caso de

penas que imponen trabajos en beneficio de la comunidad, así se puede observar que la capacidad de la pena para cumplir un objetivo de reinserción social depende más de la naturaleza de la pena que de la duración de la misma.

En el mismo sentido, es necesario señalar que algunas penas más que la resocialización, pretenden evitar la desocialización que produciría en cierto tipo de sujetos el tener que cumplir penas de carácter privativas de libertad, en este ámbito cobran importancia las denominadas penas alternativas a la reclusión.

Efecto inhabilitador. Sin lugar a dudas que la privación de libertad de los delincuentes en recintos especialmente destinados para ello tiene la capacidad de inhabilitarlos en su nivel máximo para la comisión de delitos durante el periodo de reclusión. Las penas de privación de libertad parciales logran dicho efecto inhibitorio durante el periodo de tiempo u horarios que el sujeto este privado de libertad. Por el contrario, la aplicación de penas pecuniarias no tiene la capacidad de evitar la comisión de nuevos delitos.

La teoría de prevención especial destaca este efecto inhibitorio de la pena como un efecto subsidiario, ya que cuando la pena no tiene la posibilidad de resocializar al delincuente, se le debe neutralizar a fin de proteger a la sociedad.

El principio que determinará este rol inhibitorio estará dado por la posibilidad de reincidencia del sujeto en ausencia de ese control como de la gravedad de los delitos que se trate, pero teniendo presente que la inhibición sólo se dará mientras este privado de libertad. Hoy día con el avance de la tecnología, hay que valerse de ella para limitar el traslado espacial de los condenados restringiendo sus desplazamientos a espacios limitados, solución que resulta menos onerosa que su privación de libertad en recintos especiales.

Las penas en el sistema Penal Chileno

Como en la mayoría de los sistemas penales del mundo, las penas privativas de libertad constituyen la regla general a la hora de hablar de reacción penal.

Se consideran penas privativas de libertad aquellas que afectan la libertad ambulatoria, principalmente de quien debe permanecer encerrado en un recinto carcelario. Como ya se ha señalado con anterioridad nuestro ordenamiento jurídico distingue tres tipos de penas privativas de libertad: reclusión, presidio y prisión.

La mayoría de las penas privativas de libertad aplicadas en Chile están asociadas a delitos de mayor gravedad, en que todos tienen asignada por el legislador la pena de presidio variando en su duración.

Dentro del universo de los condenados a prisión, presidio o reclusión, solo un porcentaje de ellos cumple efectivamente su pena privado de libertad, por cuanto existen normas legales que permiten que sean cumplidas de formas alternativas.

Así en nuestro ordenamiento jurídico está presente la Ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad las siguientes:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

El análisis pormenorizado de estas penas se hará más adelante.

Desde el año 1983, fecha de introducción de las penas alternativas, gradualmente fueron aumentando su aplicación en el universo de condenados, rondando en la actualidad en cerca del 55% de los condenados quienes ahora cumplen sus condenas en el denominado medio libre en virtud de algunas de las penas alternativas establecidas.

En cuanto a la distribución entre la aplicación efectiva de penas privativas de libertad y las alternativas, varía según el delito del cual se trate. El año 2001, Fundación Paz Ciudadana efectuó un estudio sobre el tema, así las sentencias condenatorias de primera instancia dictadas por delitos de gran connotación, se desprende que los delitos de mayor gravedad son condenados con penas efectiva y los de menor relevancia le son aplicables la medidas alternativas.

En cuanto al cumplimiento de los objetivos que se persiguen con la aplicación de las penas, ya sea disuadir, castigar, rehabilitar, evitar la desocialización o inhibir nuevos delitos, es necesario señalar que a pesar de las buenas intenciones, en la práctica solo es posible dirigir los esfuerzos hacia el cumplimiento de algunos objetivos. El hacinamiento y las condiciones de vida que presentan la mayoría de las cárceles públicas en nuestro país representan un castigo más extenso que la privación de libertad prevista en el ordenamiento jurídico. Las precarias condiciones de los establecimiento carcelarios, alguno en infraestructura otros en medios técnicos o en personal, ayudan a que las condiciones de lo internos sean insuficientes, que aquellos de bajo compromiso delictual se vean desprotegidos e incluso incentivados a desarrollar nuevas prácticas delictivas, ya que es sabido que en más de algunas cárceles se han creado submundos delictuales a través de los cuales se dirigen operaciones ilegales o se practican estafas telefónicas.

En relación a las penas alternativas, éstas igual se encuentran disminuidas en los logros que con ellas se pretenden obtener, una vez más la escasez de personal e infraestructura hacen que los procedimientos no sean tan exitosos como la teoría propugna.

Estas incapacidades si bien en términos generales permiten castigar por el delito cometido y la inhibición y disuasión de nuevos crímenes, están lejos de lograr la resocialización y desocialización del delincuente. Además, en delitos determinados, como los hurtos, la baja probabilidad de su castigo hace que la disuasión no sea efectiva.

La pregunta que surge como consecuencia de este análisis previo es como potenciar el sistema penal chileno. Al respecto se han formulado las siguientes propuestas.

-Uso racional de la pena privativa de libertad

Es sabido que en Chile existe un déficit de capacidad del sistema carcelario y que esta está sobrepoblado, de ahí que es necesario promover la racionalización en el uso de la cárcel, ya sea respecto de condenados como imputados privados de libertad. Respecto de los primeros la prisión debe reservarse para los delitos más graves y para aquellos casos en que la función inhabilitadora sea estrictamente necesaria, en los demás casos se debe aplicar las penas alternativas. En el caso de los imputados igualmente privilegiar el uso de medidas cautelares ajenas a la prisión preventiva, dejando esta última para aquellos casos en que sea necesaria absolutamente para la seguridad pública o del ofendido.

-Uso intensivo de las penas sustitutivas de las privativas o restrictivas de libertad.

La ley 20.603 del año 2012 modifico la Ley 18.216, e introdujo nuevas penas sustitutivas de las privativas o restrictivas de libertad, ampliando el margen otorgado al Juez para la imposición de estas penas alternativas.

El uso intensivo de estas penas alternativas permite en primer lugar racionalizar el uso de la cárcel para los delitos de mayor gravedad satisfaciendo de paso el principio de proporcionalidad entre delito y sanción; en segundo lugar permite, dependiendo de la pena alternativa aplicada, influir en forma cierta y efectiva en la resocialización del delincuente y que no se produzca a su vez la desocialización por estar recluso; en tercer lugar, en especial con la la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se da lugar a la restauración del daño social producido, compensado este daño por el trabajo servido, lo que además, puede lograr en el sujeto una racionalización más profunda de los efectos del delito.

-Actualizar la institucionalidad a cargo de la ejecución de las penas.

Gendarmería de Chile es la encargada en la actualidad de atender, vigilar y asistir a la población penal, ya se trate de aquellos que están reclusos o cumple su condena en el medio libre. El trabajo principal y al que dedica su mayores recursos Gendarmería es la vigilancia de la población reclusa, en desmedro de la atención de los condenados en el medio libre y menos aún en programas extensivos de rehabilitación o reinserción social.

Así con el objeto de modificar sustancialmente esta situación, es necesario implementar un diseño organizacional dedicado a la ejecución de sanciones, que sea funcional al cumplimiento de los diversos objetivos y a la atención de las distintas poblaciones penales. "Una propuesta concreta en este sentido es crear un servicio público de mayor jerarquía que Gendarmería, dependiente del Ministerio de Justicia, a cargo de la administración de sanciones. De éste podrían depender tres órganos, cada uno responsable de un tipo de pena: reclusión, medidas alternativas y beneficios intrapenitenciarios. En el esquema propuesto, Gendarmería sólo estaría a cargo de la población reclusa, y se crearían dos servicios nuevos para atender a los otros dos grupos de población penal. La dependencia de los tres órganos de un mismo servicio favorecería la coordinación y el intercambio de información, lo que es de gran importancia si se considera que muchas personas transitan de un sistema a otro frecuentemente. Pero al ser tres servicios distintos -cada uno con su presupuesto, misión y plan de trabajo-, se evitaría que se supediten los intereses de unos a los de otros." (Paula Hurtado E. "Diversificando la respuesta frente al delito.")

Al respecto, la iniciativa internacional nos da ejemplos: en algunos países existen organismos independientes para las medidas de reclusión y aquellas que se cumplen en el medio libre, en otros se cuenta con un solo órgano a cargo de toda la población penal. En Inglaterra, por ejemplo, existe un servicio único a cargo de la

ejecución de sanciones, dependiendo de él dos unidades a cargo de las prisiones y las sentencias comunitarias.

- Favorecer la rehabilitación y reinserción de la población penal.

Se sostiene que uno de las funciones del sistema penitenciario es promover la rehabilitación y reinserción de los condenados, existiendo al interior de algunas cárceles talleres en los cuales los internos pueden desarrollar alguna actividad, una acción más avanzada los constituyen los Centros de Estudio y Trabajo, los que existen al interior de escasos recintos penitenciarios y más escasos aún en medios semi abiertos, los que resultan insuficientes para atender a toda la población penal y de algún modo se encuentran orientados hacia aquellos reclusos que presentan mayor compromiso de resocialización.

Respecto de aquellos condenados que cumplen su pena en el medio libre, la función rehabilitadora es escasa, quizás más efectiva tratándose de la pena alternativa de libertad vigilada intensiva en que existe un cercano seguimiento a la conducta del condenado. Aquí también es importante mencionar las salidas alternativas del procedimiento introducida por la reforma procesal penal, ya que acorta los procesos, limita la imposición de la prisión preventiva y establece salidas alternativas al procedimiento, destacándose la suspensión condicional del procedimiento que permite al juez someter al imputado a un conjunto de condiciones de vigilancia y rehabilitación que si se cumplen, implican el sobreseimiento definitivo de la causa.

- Fortalecer el rol disuasivo del sistema penal.

Es frecuente en Chile que, frente a incidentes de alta connotación pública, surjan propuestas de elevar las penas o crear nuevos tipos penales, aduciendo la importancia de disuadir por esta vía la ocurrencia de hechos similares en el futuro. El problema es que, si bien es cierto que a nivel teórico castigos más severos implican menos delitos, la magnitud de esa respuesta se ve directamente afectada por la probabilidad de que la sanción sea efectivamente

impuesta, la que es bastante baja según los datos presentados en la sección anterior. Por eso, el aspecto crítico para fortalecer el papel disuasivo de las penas en Chile no es incrementar la magnitud de ellas, sino aumentar la probabilidad de que quien comete el delito reciba la sanción.

De este modo, efectuado un rápido bosquejo de la situación de nuestro país en materia de penas y de penas alternativas y con el objeto de continuar con el estudio de las diversas materias necesarias para la adecuada comprensión del trabajo encomendado, el presente informe se avoca a analizar el tratamiento que algunos países europeos dan a las penas alternativas de cumplimiento penitenciario, análisis que constituye una primera parte en esta materia. En una segunda parte, que será materia de un futuro informe, será la ocasión de analizar la situación de dichas medidas alternativas en países de nuestro continente, terminando con la situación existente en nuestro país, en especial las penas alternativas contempladas en la Ley 18.216.

Se ha decantado por iniciar el estudio analizando lo que sucede en los países europeos por constituir el viejo continente la cuna del derecho penitenciario además de estar más desarrollados en la materia, amén de ser considerados países más civilizados en materia de ejecución penitenciaria y a los que siempre primero miramos cuando tratamos de emular experiencias positivas.

ANALISIS COMPARADO Y CRITICO DE LAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.- La Experiencia Española, Inglesa y Alemana.-

Este trabajo se avoca al estudio comparado de las sanciones alternativas a la prisión en España, Inglaterra y Alemania y para ello se efectúa una exposición acerca de su evolución histórica abordando los principales hitos políticos-criminales y legales que inspiraron las modificaciones hasta llegar a su regulación actual. Asimismo analiza instituciones tales como la suspensión de la sentencia o de la ejecución de la pena, los sustitutivos penales y las llamadas sentencias en la comunidad, señalando en cada legislación los instrumentos legales elegidos para la incorporación de las alternativas, compartiendo las principales estadísticas acerca de su funcionamiento en relación al tipo de alternativas utilizadas, como asimismo sus efectos en las tasas de encarcelamiento y de reincidencia. Se incluye además un capítulo de discusión, que busca reflexionar sobre las virtudes y problemáticas de las alternativas en las legislaciones analizadas, argumentando que el uso de las sanciones alternativas como verdaderas alternativas al encarcelamiento no solo dependen de una regulación normativa adecuada que abarque las justificaciones que las inspiran, como confluyen las distintas alternativas y el lugar que ocupan en el marco sancionatorio; sino que estas también dependen de la cultura jurídica en la cual se asientan como también que sean percibidas por los sentenciadores y la comunidad general como sanciones "creíbles", dotadas de un contenido punitivo adecuado, que les permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en el marco de las consecuencias jurídicas.-

Materias a Tratar:

- Alternativas a la Prisión,
- Penas no Privativas de la Libertad,
- Sentencias Comunitarias, y

- Análisis Comparado.-

La mayoría de las legislaciones europeas continentales consideran en sus legislaciones la regulación de penas alternativas que cuentan con diferentes raíces históricas.

Así el término "penas alternativas" puede ser usado para concebir cualquier sanción que no implique la privación de la libertad. Al utilizar el término genérico de alternativas a la prisión, nos encontramos con que este es bastante amplio ya que no solo cubre el aspecto sancionatorio, sino también otras alternativas a la cárcel que se pueden aplicar durante el proceso penal, como lo es la prisión preventiva o algunos otros mecanismos diversos.

Hay autores que prefieren el término "penas no privativas de libertad", concepto que supera la crítica formulada precedentemente, no obstante que sufre el mismo problema que el concepto de "penas alternativas" a la cárcel, en razón que ambas acepciones asumen que estas sanciones subrogan u operan como sustitutos de castigos reales, por lo que son concebidos como dependientes de otra sanción, como lo es una pena de cárcel.

Teniendo en consideración lo anterior, otros autores se inclinan por otros términos como "sanciones comunitarias", no obstante que muchas sanciones, basadas en la comunidad, tienden a ocultar que estas limitan coercitivamente importantes aspectos de la autonomía imponiendo restricciones considerables a la libertad de movimiento del infractor, acercándose al cumplimiento de una pena de cárcel.-

Dado lo anterior, este trabajo utiliza los términos "penas o sanciones alternativas" o "penas o sanciones no privativas de libertad", dado que constituye el término más recurrente en la literatura hispano parlante cuando se refiere a aquellas sanciones distintas al encarcelamiento.

Ahora bien, si nos vamos a los orígenes de las penas alternativas es posible encontrar en la literatura criminológica la influencia del programa de Marburgo de 1882 de Von Liszt quien abogo por la eliminación de las penas privativas de corta duración y por la necesidad de potencializar las alternativas, por su parte

Beccaria se inclinó en favor de la idea que la pena que se imponga sea lo menos gravosa, en orden a respetar los derechos del interno, promover su reinserción social y evitar su reincidencia futura, en razón de que si las penas no son eficaces y útiles, pierden su sentido. Todo ello agregado a que también la literatura atribuye una importancia fundamental al nacimiento de la práctica de la probation, la que surgió en Boston, Estados Unidos, a partir del trabajo de supervisión desarrollado por Augustus y que tuvo su primera regulación en el estado de Massachusetts en el año 1878.

Agregado a lo anterior, se encuentran prácticas que datan del derecho romano e incluso antes, en la Ley del Talió, las cuales permitían arreglos entre ofensor y ofendido, el cual implicaba un pago o indemnización con el objeto de oponerse a una solución de carácter violento, lo que significaba la no aplicación de esta ley.

Hoy en día su actual concepción responde claramente a la influencia del positivismo criminológico, el cual plantea una alternativa al derecho penal, centrada en los sustitutivos penales, destinados a la prevención social de la criminalidad con el objeto de crear los presupuestos sociales para evitar el delito, los cuales serían sustitutorios del propio derecho punitivo dado sus efectos benefactores.-

Las Sanciones Alternativas en España.-
Evolución Histórica.

La ley de Condena Condicional de 1908

La primera regulación en esta materia se encuentra en la incorporación, a partir de 1908 de la suspensión de la ejecución de la pena en España, la cual recogió la filosofía de Marburgo, la cual se denominó como "ley de condena condicional", esta denominación se usó por primera vez en Francia y posteriormente en Alemania, Italia y España.

La suspensión históricamente concebida, supone la imposición al infractor de una pena de prisión por el delito cometido, pena que no es ejecutada, bajo la condición que la persona no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión.

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

De lo anterior se podría deducir que esta institución respondía a dos objetivos, por una parte, el tribunal reconocía el delito y condenaba por él y, por otra parte, cuando advertía que era más beneficioso para el infractor y para la sociedad que la sentencia fuese dejada sin cumplimiento, así lo disponía, y el imputado recobraba la libertad.

La exposición de motivos de esta ley se expresaba de la siguiente forma: "la remisión condicional, introducida en calidad de ensayo en la legislación española, representa la manifestación de un perdón que obra en tanto en cuanto la condición suspensiva subsista, es ofrecida al que cayo ocasionalmente y al que cedió a movimientos pasionales, y produce beneficiosos efectos por que el delincuente, a quien se abre un plazo de prueba, no cometerá nuevo delito al estar sometido al temor de la pena aplazada".

Los requisitos para conceder la condena condicional eran que el infractor no hubiere sido condenado anteriormente; que no hubiere sido condenado en rebeldía y como último requisito se prescribía un límite temporal de un año a la pena impuesta, la cual debía ser principal correspondiente a la condena de un delito o falta, o como subsidiaria en caso de multa. Además se preveía un plazo superior de dos años cuando así lo declaraba el tribunal por resolución motivada, si en el hecho concurría una atenuante muy calificada, apreciada como tal en la respectiva sentencia. Todos estos requisitos debían

concurrir copulativamente, de manera que la falta de uno decantaba en la no concesión de esta condena.

El Código Penal de 1928.-

Este código se promulgó bajo la dictadura de Primo de Rivera. Esta normativa, no obstante su corta duración era más autoritaria e incorporaba instituciones penales modernas como las medidas de seguridad. Los tribunales por decisión motivada, podían, por sí o por el solo ministerio de la ley, otorgar el beneficio de la condena condicional. El plazo de suspensión era de tres a seis años el cual dependía de las condiciones del infractor, las circunstancias del hecho y la extensión de la pena que se le impusiera. Los requisitos para su procedencia eran casi los mismos que la ley que gestó esta institución, vale decir, que el sujeto haya delinquido por primera vez y que no haya sido declarado en rebeldía.- La diferencia se planteaba en relación al tercer requisito, dado que exigía que la condena a prisión o reclusión no debía ser superior a dos años, junto con regular la facultad del juez de condicionar la concesión de la suspensión en atención a las circunstancias personales del hechor o a las consideraciones objetivas del delito. Así, el tribunal podía o no aplicar la condena condicional atendiendo a circunstancias tales como la edad y antecedentes penales del infractor, como también atendiendo a la naturaleza jurídica del hecho.-

Una novedad de este cuerpo punitivo en lo que se refiere a la concesión de la condena condicional es el hecho que el tribunal podía proceder por el solo ministerio de la ley cuando además de reunirse los requisitos ya señalados, concurrían las siguientes circunstancias: a) que el infractor no fuera mayor de 18 años, y/o b) que en la sentencia apareciera el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad con arreglo a la ley. En todo caso, para la aplicación del beneficio de la condena condicional en el caso de los que hubieren cometido delitos que no pudieran perseguirse previa instancia de particulares, necesariamente, antes de su otorgamiento,

debían ser oídos él o los ofendidos por el delito, debiendo el juez decretar la condena condicional cuando aquellos lo solicitaban expresamente o se manifestaban a favor de la concesión del beneficio. En otras palabras esta facultad recordaba de alguna forma lo que se denominó "edad dorada de las víctimas" en alusión a las prerrogativas que se les reconocía a las víctimas en esos tiempos, antes que se les despojara del conflicto penal.

Otro aspecto importante de la condena condicional era que esta no se hacía extensiva a derechos del condenado, tales como derecho de sufragio, cargo de jurado u otros de carácter público, impuestos como consecuencia de la pena, como tampoco alcanzaba a las responsabilidades civiles tanto directas como subsidiarias, en otras palabras solo se suspendía la pena de prisión y nada más.

El Código Penal de 1932.-

Este código en su filosofía abarcaba los siguientes aspectos: a) cumplir con las condiciones impuestas en la nueva constitución española; b) humanizar el derecho penal; y c) supresión de la pena de muerte y de los castigos perpetuos.

Dentro de la humanización contemplaba la suspensión de la pena, y desde este momento está pasa a denominarse formalmente "remisión condicional de la pena". Así esta nueva institucionalidad permitía al juez por sí o por el sólo ministerio de la ley aplicar la condena condicional, la cual dejaba en suspenso la ejecución de la pena, plazo que es reducido entre 2 y 5 años teniendo en consideración para ello las circunstancias del hecho y la aplicación de la pena impuesta. En lo que se refiere a los requisitos estos son los mismos que los establecidos en la Constitución anterior, vale decir, que se tratara del primer delito y que no hubiere sido declarado rebelde. Así el juez podía supeditar la remisión condicional a circunstancias personales del hechor o a consideraciones objetivas del delito. Así también, procedía la remisión condicional, por el solo ministerio de la ley, en dos situaciones: a) cuando en la sentencia se

apreciaba el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad, y b) cuando se trataba de delitos que se perseguían previa instancia de particulares, y el ofendido así lo solicitaba expresamente al tribunal. De este modo se le reconocía esta prerrogativa a la víctima, por lo que su deseo era vinculante para el juez al momento de resolver acerca de la remisión condicional. En esta constitución tampoco la remisión condicional era extensiva a la suspensión del derecho a sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, si estas figuraban como accesorias, como tampoco alcanzaban a las responsabilidades civiles.

El Código Penal de 1944, refundido en 1973.-

Sustituida la República por el régimen de Franco, como resultado de la guerra civil, se dio paso a una nueva legislación penal especial, autoritaria y en concordancia con el nuevo régimen imperante, y como resultado de ello se restableció la pena de muerte, se establecieron penas más severas, se dotó de mayor protección al estado, a la familia y a los intereses sociales. De acuerdo a lo anterior, el Código Penal de 1944, se refundió en 1973, recogiendo la remisión condicional de la pena, reconociendo por primera vez la redención de las penas de reclusión, presidio y prisión por el trabajo del condenado.

En lo que se refiere a la remisión, se le reconoció a los tribunales la facultad de suspender, por sí o por el sólo ministerio de la ley, la ejecución de la pena. Se incluyó también lo que prescribía el Código de 1932 en el sentido a establecer que el plazo de suspensión era desde los 2 a los 5 años, en consideración a las circunstancias del hecho y a la duración de la pena impuesta. Se mantuvo el criterio de los requisitos que debían concurrir copulativamente para la suspensión de la ejecución de la pena, esto es tratarse del primer delito y no haber sido declarado rebelde y que se tratara de una pena no superior a un año de privación de libertad, impuesta como pena principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso

de multa. Cumplidos estos requisitos los tribunales podían aplicar o no la condena condicional, según lo estimasen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del infractor, la naturaleza jurídica del hecho punible y las circunstancias de todas clases que ocurrieren en su ejecución. Además el tribunal sentenciador podía ampliar el beneficio de la condena condicional a los condenados a penas de hasta dos años de duración cuando así lo estimasen procedente, siempre que en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia. De igual forma, la remisión condicional era obligatoria y operaba por el solo ministerio de la ley cuando en la sentencia se apreciaba la concurrencia de requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad, salvo en aquellos casos de delitos que se perseguían a instancia del agraviado, en los cuales, para su aplicación se requería de una solicitud expresa de la parte ofendida. Tampoco la remisión condicional era extensiva a la suspensión al derecho a sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, estas si figuraban como accesorias, como tampoco alcanzaban a las responsabilidades civiles. Para terminar, la multa a partir del Código Penal de 1944, pasa a ser una consecuencia penal utilizada con mayor frecuencia, pero no como sustitutivo de la prisión, sino para matizar la gravedad de determinadas penas privativas de libertad. Previo a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se modificó la suspensión por ley orgánica por reforma urgente y parcial del Código Penal, con el objeto de ampliar el campo de acción de la remisión. Siendo su mayor importancia en que equiparó al rehabilitado como delincuente primario y terminó con el requisito que excluía de este instituto a los declarados rebeldes.

El Código Penal de 1995.-

Este nuevo cuerpo legal, conocido como el Código Penal de la democracia, reformó totalmente el sistema de penas, de tal modo que permitió alcanzar los objetivos de resocialización que la Constitución

Española le asigna a las mismas. En el hecho, esta nueva institucionalidad amplió la gama de alternativas a las penas privativas de libertad, así se incorporaron tres reformas: a) se amplió el plazo de las penas susceptibles de suspenderse, de uno a dos años; b) se admitió la sustitución de una pena de hasta dos años por multa o trabajos en beneficio de la comunidad; y c) fueron abolidas las penas de prisión inferiores a seis meses, siendo obligatoria su sustitución por arresto de fin de semana. También con la entrada en vigencia de este código se introdujo la suspensión por enfermedad, lo cual hasta ese momento no se había contemplado en ningún texto legal. En lo referido a la suspensión, se reguló la facultad de los tribunales de dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, teniendo en consideración para ello la peligrosidad criminal del sujeto. Para esto el juez debía basarse en aspectos penales y criminológicos como la tipología y gravedad delictiva, la disposición del sujeto, incluso la relevancia social de los hechos, debiendo considerar la peligrosidad como pronóstico de evento futuro y nunca del pasado (hechos anteriores y antecedentes eliminados). El plazo de suspensión era de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, plazo que era fijado por los jueces, previa audiencia de las partes, teniendo en consideración las circunstancias personales del sujeto, las características del hecho y la duración de la pena. Se consideraba también como una especie de renuncia por razones humanitarias a la pena, la posibilidad de los sentenciadores de otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado estuviese aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Para que el tribunal pudiese suspender la pena se debían cumplir con los siguientes requisitos : 1º el condenado debía haber delinquido por primera vez, para este efecto no se tenían en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que

hubieren sido cancelados o que debían serlo; 2º la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia (en caso de concurso, por ejemplo), no debía ser superior a los dos años de privación de libertad, con una excepción, y esta era la posibilidad para el juez de acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de aquellos penados que habían cometido el delito a causa de su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; 3º Además se exigía que se debían haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el juez declarare la imposibilidad total o parcial de que el condenado estuviere en condiciones de poder cumplirlas.

Lo más novedoso de este sistema de suspensión es que el juez podía, además de suspender la ejecución de la pena, condicionar esta al cumplimiento de ciertas obligaciones o reglas de conducta, como: 1º prohibición de acudir a determinados lugares; 2º prohibición de ausentarse sin autorización del juez del lugar de su residencia; 3º comparecer personalmente ante el tribunal o servicio de administración que este señale, con el objeto de informar acerca de sus actividades y justificarlas; 4º participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares; 5º cumplir los demás deberes que el juez estimase convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que ellos no atentaren contra su dignidad como persona. Ahora bien, si el sujeto infringía durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el juez de manera facultativa, podía, según los casos: a) sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta; b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso este excediere de cinco años; c) revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuere reiterado. Revocada la suspensión, se ordenaba la ejecución de la pena. Transcurrido el plazo de suspensión fijado, sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su

caso, las reglas de conducta fijadas por el juez, este debía acordar la remisión de la pena.

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

También el Código de 1995 contempló esta nueva institucionalidad de la sustitución de las penas privativas de libertad, estableciéndose como substitutivos penales: el arresto de fin de semana, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad y la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España. Así en los arts. 88 y 89 se regularon la procedencia de estas consecuencias jurídicas, con una clara identificación preventiva especial y más concreta aún de reinserción social. De acuerdo a lo anterior, el tribunal podía, en la misma sentencia, sustituir, o antes de dar inicio a la ejecución, las penas de prisión que no excedieren de un año por: arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no previese estas penas para el delito en cuestión, siempre y cuando las circunstancias personales del infractor, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejaren y desde luego que no se tratase de infractores habituales. Excepcionalmente, los tribunales podían sustituir las penas de prisión que no excedían de dos años a los infractores no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infería que el cumplimiento de aquellas frustraría los fines de prevención y reinserción social. Además, previo consentimiento del sujeto sustituir las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Sin lugar a dudas, la gran novedad de las penas substitutivas es la del trabajo en beneficio de la comunidad. Esta pena no podía imponerse sin el consentimiento del penado y lo obligaba a prestar su cooperación no pagada en determinadas

actividades de utilidad pública, no pudiendo exceder su duración las ocho horas diarias. Lo anterior bajo las siguientes condiciones: 1º Su ejecución se debía desarrollar bajo el control del juez; 2º No se debía atentar a la dignidad del penado; 3º. El trabajo en beneficio de la comunidad debía ser facilitado por la Administración; 4º El penado debía gozar de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social; y 5º No se debía supeditar al logro de intereses económicos. En lo relativo a la expulsión de extranjeros del territorio nacional, se podían sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España. De la misma forma, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podían acordar la expulsión del territorio español del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que hubiere cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos debía oírse previamente al penado. Además el extranjero no podía regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta, si regresaba antes de dicho término, debía cumplir las penas que se le habían sustituido. Por último, importante es destacar que en el Código de 1995, se le dio gran preeminencia a la pena de multa y ello se hizo con el objetivo de intentar tener una alternativa a las penas privativas de libertad que pudiera aplicarse a los delitos pocos graves, por lo que esta pena es considerada como el gran sustitutivo de la privación de libertad.

Reforma del año 2003.-

En este año la suspensión de la ejecución de la pena es modificada en cuanto al límite de su aplicación, en el sentido de que ya no se incluía el periodo de responsabilidad personal subsidiaria por el no pago de una multa en el cómputo del límite de los dos años, y se introdujo además como nuevo criterio para decidir sobre su concesión la existencia o no de otros procedimientos penales contra el

condenado. En el caso de drogodependientes, la suspensión de la ejecución de la pena sufrió modificaciones, elevándose el límite máximo para su aplicación, pasando de los tres a los cinco años y se eliminó la exclusión de los infractores habituales, ampliándose de esta forma su marco de aplicación. En lo referente a penas alternativas, la reforma no contribuyó en avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión, no obstante que en su declaración de motivos se podía apreciar dicho propósito. Esto porque con esta reforma, no se solucionaron los inconvenientes detectados, que derivan principalmente de la aplicación de la pena de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad, en particular respecto de la falta de dotación de medios humanos y materiales para hacer realidad la posibilidad de imposición de los citados trabajos.-

Reforma del año 2010.

Con anterioridad a la reforma de este año, algunos autores ya hacían notar el hecho que la suspensión de la pena era observada como una sanción excesivamente blanda, dado lo anterior, la reforma del Código Penal Español, se hizo eco de ese rigor punitivo y si bien la suspensión de la pena no sufrió variaciones, se terminó con el arresto de fin de semana como sustitutivo penal. Igualmente esta nueva regulación permitió la sustitución de las penas de prisión que no excedieran de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedieran de seis meses, se permitió la sustitución por la pena de localización permanente. Esto fue posible, aun cuando la ley no previera estas penas para el delito de que se trataba, cuando las circunstancias personales del infractor, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo en reparar el daño causado así lo aconsejaren y siempre que no se tratara de infractores habituales. En estos casos el juez o tribunal estaba facultado para imponer al penado la sujeción de una o varias obligaciones o deberes previstos por el legislador, por un tiempo que no podía exceder de la duración de la pena sustituida. En

el caso de que se tratase de casos en que el sujeto hubiere sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión solo podía ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en un lugar distinto y separado de la víctima. En estos casos, el juez podía imponer, adicionalmente, junto con la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en la ley. Otro sustitutivo penal que también fue modificado por esta reforma se refiere a la expulsión de extranjeros sin residencia legal en el sentido de que las penas privativas de libertad inferiores a seis años debían ser sustituidas en la sentencia por la expulsión del territorio español, salvo que el juez, previa audiencia del penado, del ministerio fiscal, de forma motivada, tuviera en consideración razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario dentro del país. También se podía llevar a cabo la expulsión, por sentencia posterior, previa audiencia del penado, y de los participantes anteriores. Esta regulación modificó también el plazo de prohibición de retorno, de forma tal que el extranjero expulsado no podía ingresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, considerando la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Si este regresaba antes del período establecido, debía cumplir la o las penas que le fueron sustituidas. Ahora bien, si era sorprendido en la frontera, debía ser expulsado directamente por la autoridad gubernativa, comenzando a computarse nuevamente el plazo de prohibición de ingreso en su totalidad.

El Código Penal vigente hoy día, a partir de la Reforma del año 2015.

Con la Reforma del año 2015, se modificó nuevamente el Código Penal de 1995 en lo que a sustitución y suspensión se refiere, y en este sentido esta reforma endureció las penas del sistema penal en general y por lo tanto también abarco todo lo referente a la

suspensión y sustitución de penas privativas de libertad. Así tenemos que, de la regulación diferenciada de dos modelos de suspensión y otro de sustitución de la pena, se pasa a la regulación única de la suspensión y se suprime la figura de la sustitución de la pena, quedando esta solo vigente para la expulsión de los extranjeros. Con lo anterior se pone fin a la situación de la existencia de una triple regulación de la suspensión, a saber: a) la suspensión ordinaria, b) la suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes, y c) sustitución de la pena. Lo anterior daba lugar, en muchas ocasiones, a tres resoluciones sucesivas las cuales eran objeto de reiterados recursos. Así esta nueva institucionalidad jurídica mantuvo los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero solo como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De esta forma se asegura que tanto jueces como tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, redundando así en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas. Ahora bien, en lo que se refiere a la suspensión el plazo continuo siendo de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años; de tres meses a un año para las penas leves; y de tres a cinco años en el caso de suspensión para drogodependientes. En cuanto a los requisitos estos siguen siendo los mismos, vale decir, que el sujeto no haya sido condenado anteriormente y que la extensión de la pena no sea superior a dos años. Otra modificación importante, es que se aumenta el número de variables que debe tener en cuenta el juez para determinar si suspende o no la pena.

Vale decir, además de la valorización de la peligrosidad criminal del sujeto y de la existencia de otros procesos penales en su contra, que se tenían como únicos requisitos para acceder a la suspensión de la condena, se agrega la exigencia que el juez valore o pondere si considera que la imposición de la pena -pese a la suspensión- será suficientemente disuasoria para la comisión de nuevos delitos. De esta forma se le encomienda al juez una tarea reflexiva sobre el comportamiento futuro del sujeto y para ello se

establecen los criterios que este deberá examinar para determinar si el sujeto necesita o no cumplir la pena, a fin de que esta cumpla su finalidad de prevención especial. Estos criterios que el juez deberá tener en cuenta son: las circunstancias del delito, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho (en especial su esfuerzo por reparar el daño), sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que cabe esperar de la suspensión y del cumplimiento de las medidas que le fueran impuestas, criterios que fueron establecidos por el legislador. Junto al requisito de la exigencia de pago de la responsabilidad civil, se agrega el que se haya hecho efectivo el comiso. Con respecto a este se establece la obligación que el sujeto debe facilitar ese comiso bajo riesgo de que no le sea concedida la suspensión. En lo que se refiere a los penados drogodependientes, la suspensión de las penas privativas de libertad, esta se mantiene en un marco amplio para su aplicación ya que aunque no cumpla con los requisitos de haber cometido un primer delito y la pena, o la suma de ellas, supere los dos años de prisión, el juez podrá suspender la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años en los penados que hubieren cometido el delito en un estado drogodependiente, siempre que se certifique, por un centro o servicio público o privado, debidamente acreditado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin al momento de resolver sobre la suspensión, condicionándose la suspensión de la pena a que no puede abandonar el tratamiento.

En lo referente a la prisión, y siempre que no se trate de infractores habituales, el juez puede suspender la ejecución de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del sujeto, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo en reparar el mal causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión estará siempre condicionada a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo pactado entre las partes en la mediación penal. Además, se impondrá siempre alguna de las medidas

siguientes: a) el pago de una multa, cuyo monto determinará el juez según las circunstancias del caso, y b) la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, sobre todo cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica según las circunstancias del hecho y del autor.

También, por primera vez, se contempla la suspensión de las penas en caso de enfermos terminales, cualquiera sea esta, sin sujeción a requisito alguno, salvo que en el momento de la comisión del delito, tuviera ya otra pena suspendida y por el mismo motivo. Así también, se sigue manteniendo la necesidad de escuchar a la víctima para otorgar la suspensión, a diferencia de que ahora esto no es vinculante para el tribunal. Solo en los delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los tribunales están obligados a oír a este, o a quien en su caso lo represente, previo a conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

También en la actual legislación y siguiendo lo contemplado en el Código Penal de 1995 el juez puede condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, siempre que estos no resulten excesivos y desproporcionados. A modo de ejemplo estos pueden ser: 1° Prohibición de acercarse a la víctima, a otras personas, a domicilios determinados, lugares de trabajo u otros que determine el juez; 2° Prohibición de contacto personal con personas determinadas; 3° Fijar lugar de residencia y avisar sobre cualquier cambio de él; 4° Prohibición de residir o acudir a un lugar determinado; 5° Comparecencia ante cualquier autoridad judicial, policial y/o administrativa para informar y acreditar actividades; 6° Participación en programas formativos de diversa especie y de deshabitamiento de drogas y/o alcohol; 7° Prohibición de conducción de vehículos motorizados sin ciertas características de encendido o funcionamiento, como cualquier otra medida tendiente a evitar la comisión de nuevos delitos; y 8° Otros deberes que imponga el juez.

Otra facultad que incorpora esta actual legislación, es que el juez discrecionalmente puede condicionar la suspensión de la

ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas prestaciones o medidas, como especialmente: a) el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación penal; b) el pago de una multa, cuya extensión determinará el juez en atención a las circunstancias del caso; y c) la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

Ahora bien, también se puede revisar la imposición de una prohibición, deber, prestación o medida que condiciona la suspensión con el objeto de modificarla o alzarla por parte del tribunal durante el plazo de suspensión. Así también, el juez o tribunal estarán obligados a revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad en caso de quebrantamiento, incumplimiento grave y reiterado de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas, y en caso de información inexacta de bienes para el decomiso o la satisfacción de la responsabilidad civil, o tratándose de estas últimas, no cumpliera con el pago acordado. Por otra parte, transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, este debe decretar la remisión de la pena.

Por otra parte y tal como se expresó anteriormente, la reforma del 2015, puso fin a los sustitutivos penales, con excepción de lo que dice relación con la expulsión de extranjeros la cual está regulada en el art. 89 de esta, disposición que ordena que las penas de prisión superiores a un año impuestas a un extranjero deben ser sustituidas por la expulsión del territorio español, pero si se aprecia que resulta necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso,

se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. Como se puede apreciar ahora no se establece un plazo máximo, sino mínimo, y que por otro lado no se requiere que el extranjero tenga una situación de irregularidad administrativa en el país, sino solamente ser extranjero. Cuando hubiere sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran ese tiempo, el juez o tribunal acordara la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En esta eventualidad, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiere determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. De esta forma claramente se vislumbra una finalidad preventivo general positiva de la pena. Asimismo, no procede la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, sobre todo su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procede cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Como consecuencia de esto, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. La expulsión significará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviere por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Ahora bien, si el extranjero expulsado regresa a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, este debe cumplir las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer

la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si el extranjero fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Por último, tal como se establece en la Reforma del 2010, se determinan causales por las cuales un extranjero puede ser expulsado y estas son que hubiere sido condenado por la comisión de delitos de trata de personas, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de emigración fraudulenta y tráfico ilegal de mano de inmigrantes.

Resumiendo, el actual Código Penal Español de 1995 modificó la pretérita condena condicional en los siguientes aspectos: 1º Modificó la antigua nomenclatura por la de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; 2º Terminó con la automaticidad que tenía este instituto en algunos casos, estableciéndola siempre discrecional como una facultad exclusiva del juez o del tribunal; 3º Amplio la posibilidad de su concesión y doto al órgano jurisdiccional de la posibilidad de imponer deberes o exigencias al penado; 4º También terminó con la restricción del acceso a la anotación del registro de condenados suspendidos mientras dure el período de prueba y su completa cancelación posterior si se cumplían las condiciones impuestas para la suspensión.

Naturaleza Jurídica y Fundamento de las Alternativas a la Prisión.-

Por mandato inserto en la Constitución Española, art.25.2, la pena privativa de libertad, debe estar orientada a la reeducación y reinserción social del penado. No obstante ello, la realidad carcelaria muestra que los efectos de la prisión están muy lejos de alcanzar esta loable declaración de principios. Dado lo dicho, y observando los principios clásicos formadores del derecho penal, parece lógico la inclusión de un sistema de penas alternativas a la prisión para delitos que son menos graves o también cuando se trate de delitos de corto

plazo. Teniendo en consideración lo anterior, se establece, tanto la suspensión de la pena, como los sustitutivos penales, como únicos instrumentos que forman parte de las alternativas a la prisión, sin perjuicio de las tradicionales alternativas a las penas privativas de libertad, como lo son la multa y las penas privativas de derechos.

En los párrafos siguientes se analizan tanto, la suspensión de la pena como los sustitutivos penales con el objeto de exponer las distintas posiciones doctrinarias que desentrañan la naturaleza jurídica de estos, como su legitimidad o fundamento, adelantando que la propia doctrina española los divide en su tratamiento ya que los considera instituciones distintas.

Dado lo anterior es que el tribunal constitucional español ha expresado sobre esta institución y su naturaleza jurídica lo siguiente: "se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales, mencionadas en el art. 25 pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del estado que ostentan la titularidad del ius puniendi renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas".

Así algunos autores reconociendo una orientación a la reeducación y reinserción social del condenado, han señalado que se trataría de una renuncia a la imposición de la pena o a la ejecución de la misma. Por otra parte, hay que señalar que un gran número de autores españoles atribuyen a la suspensión de la pena una naturaleza de querer favorecer al penado.

Dado lo anterior, en un comienzo se estimó como una medida de benevolencia con características similares al indulto. Aún más, siguiendo a una parte de la doctrina italiana, se estimó que era una causa de extinción de delito, condicionada al comportamiento positivo del penado. No tan radical como las anteriores posturas, también se le ha calificado como un privilegio en que supuestos de resocialización

priman sobre finalidades de prevención general y especial. Hay también otros que la consideran como un beneficio en virtud del cual se concede al penado la posibilidad de no ingresar a prisión, determinándose a cambio un periodo de prueba sometido a una o varias condiciones, de forma tal que si la prueba se cumple satisfactoriamente, la pena se entiende definitivamente cumplida, en caso contrario, se procede al cumplimiento de ella conforme al régimen general. En esta misma postura de interpretar la suspensión como un beneficio, están quienes aducen que se trata de un penitenciario, agregado a que no tendría un rol sustitutivo, sino más bien una función suspensiva. Por último están quienes estiman que la remisión de la pena se equipara a una manifestación del derecho de gracia, la que no obstante ser una potestad del rey, ahora radicaría en los órganos jurisdiccionales.

Importante es tener presente que con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se suprime la suspensión de la pena que operaba por el sólo ministerio de la ley o en forma automática. Hoy en día se trata de una institución de naturaleza discrecional, por lo que aunque concurren todos los requisitos legales (subjetivos y objetivos) el penado no tiene un derecho subjetivo a la concesión del beneficio, sino que será el juez o tribunal, mediante resolución fundada, en uso de su facultad discrecional, quien resolverá acerca de su concesión conforme a los parámetros determinados por la ley.

Hay también otro grupo de autores que le atribuyen a la suspensión un carácter de castigo. Los hay también, los que sin mucho dogmatismo, refiriéndose en general a las alternativas, las califican de penas diversas a la prisión permitiendo que su cumplimiento se cumpla al interior de la comunidad, evitando con ello la desocialización y prisionización del condenado. En un aspecto parecido, hay también quienes la califican, sin más, como una sanción. Hay también un sector que asocia esta institución con su alma mater, lo cual es muy parecido al modelo anglosajón de la probation, en atención a que el juez o tribunal pueden imponer al condenado obligaciones durante el período de suspensión. Y por

último, hay algunos que aducen que se trataría de una modificación del modo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

En lo que se refiere a los fundamentos de este instituto jurídico, la mayoría de los autores se inclina en que las razones que impulsan la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se encuentran en el marco de la prevención especial. Otros en cambio, niegan una concepción rehabilitadora de esta institución, la cual la reservan a la institución penitenciaria. Hay otro grupo de autores que no solo reconoce una razón resocializadora, sino también de prevención general. Sobre este último aspecto, el propio Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado reconociendo factores preventivo generales en la suspensión de la pena, además de los preventivos especiales, expresando que: "la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad para aquellos condenados que presentan un pronóstico favorable de cometer delitos en el futuro, dado que, en tales supuestos, no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impedirá alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo". Así se estima que su fundamento radicaría en la ineficacia en sí mismo de las penas cortas de prisión, evitando que, como consecuencia de la prisionización, o contagio carcelario, se delinca en un futuro. Se busca así, evitar los efectos perniciosos del ingreso en prisión para condenados primerizos y con ello se soluciona el fracaso absoluto del sistema penitenciario. Otros entienden que esta institucionalidad solo busca impedir que delincuentes no necesitados de rehabilitación ingresen en prisión.

Ahora bien, en lo que se refiere a la sustitución de la pena, dada las modificaciones llevadas a cabo, esta solo existe en relación a la expulsión de extranjeros, por lo que se estima que son alternativas a las penas cortas de prisión mediante el reemplazo de la pena inicialmente prevista para el delito cometido, por otra distinta, no prevista específicamente en el tipo correspondiente.-

También otros opinan, que se trataría del cumplimiento de la condena mediante la aplicación de una pena menos gravosa que la prisión, y otros autores agregan que no solo se trataría de penas menos gravosas que las sustituidas, sino también de distinta naturaleza.

En resumen podemos decir, que se trataría de alternativas que ofrece el legislador español a las penas cortas de prisión y al régimen de suspensión, con la finalidad esencial que se trate de un reemplazo o relevo de las funciones de la pena privativa de libertad.

Todo lo expresado precedentemente está dicho en relación a la suspensión, ahora, en lo que se refiere a la sustitución son fundamentalmente razones de prevención especial las que favorecen la conveniencia de que no se ejecute la pena privativa de libertad originalmente impuesta. No obstante que también se ha esgrimido, por otro lado, la necesidad de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general que señalan la necesidad de que se ejecute o no la pena privativa. En forma parecida algunos autores indican que estos sustitutos es la mejor forma de cumplir las finalidades de la pena, para beneficio tanto del infractor, como de la propia sociedad. Como también ocurría con la suspensión de la pena, la legitimación de los sustitutivos penales descansaría no solo en las propias virtudes de esta institución, sino también en la problemática asociada a las penas privativas de libertad. Con todo, no obstante ampararse en los mismos fundamentos que la suspensión o remisión, su naturaleza jurídica no es concebida como la de un favorecimiento al condenado en sentido amplio (beneficio, privilegio, favor, etc.) sino que más bien se trataría de una sanción o pena de distinta naturaleza, la cual vendría a reemplazar a las penas privativas de libertad.

Penas Privativas de Libertad en el sistema penal español

Con el objeto de contextualizar la materia en estudio, esto es, las penas alternativas de las penas privativas o restrictivas de libertad aplicables en España, se hace necesario interiorizarnos básicamente en las penas privativas de libertad que se utilizan en dicho país.

Para el ordenamiento jurídico español podemos definir una pena privativa de libertad como la sanción penal que se impone al sujeto que ha cometido un acto delictivo, declarado así por un tribunal a través de un proceso público celebrado con todas las garantías, y que consiste en la privación del Derecho a la libertad en un lugar determinado durante el tiempo que se establezca en la sentencia condenatoria, sometido a un específico régimen de vida.

El art.25.2 Constitución Española señala:

1º 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.

2º El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

3º En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Históricamente, las penas impuestas por la comisión de un delito tenían un carácter corporal o una naturaleza infamante, sin perjuicio de la aplicación de la pena de muerte (aún vigente en determinados países). Las penas privativas de libertad como tal, aparecen en el siglo XVI, como resultado del propio desarrollo del sistema penal, consolidándose en los siglos posteriores. Sin embargo, no se puede desconocer, que estamos asistiendo a una verdadera crisis de esta pena como consecuencia jurídica básica de los ordenamientos criminales. Se suele señalar que esta es inhumana (aislamiento, condiciones materiales de la prisión, prolongada

duración), injusta (huye de los factores que provocan la delincuencia y descarga sobre el sujeto autor del delito la injusticia social), e ineficaz (viene a constituir un mero apartamiento temporal del sujeto), no beneficia ni al estado (elevado coste económico), ni al delincuente (no resocializa), ni a la víctima (no suele indemnizarse el daño sufrido por la víctima). Ahora bien, si desde una perspectiva radical algunos defienden la desaparición de los penales, la mayoría opta por una posición reformista inclinándose por el mantenimiento de la prisión para los delincuentes más peligrosos, mientras que los otros defienden la sustitución por otras penas. Así el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1976 exhorto a los estados para que eliminen obstáculos legales para la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión, las cuales pueden ser de naturaleza penal, tales como trabajos al servicio de la comunidad, indemnización a las víctimas, privación de derechos, etc.; así también de carácter procesal, como pueden ser las soluciones basadas en el principio de oportunidad, tales como la suspensión de la formulación de la acusación por el ministerio fiscal, la suspensión del pronunciamiento de la condena o la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo en cuenta que alguna de estas instituciones lleva consigo la imposición al imputado de condiciones o reglas de conducta. De acuerdo a lo anterior, las penas privativas de libertad sólo se pueden cumplir en un centro penitenciario, con la salvedad de la localización permanente. Así el art. 32 del Código Penal determina la clasificación de las penas y fija en primer lugar las de privación de libertad, disponiendo 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". Por su parte, el art. 35 establece que "las penas privativas de libertad son la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.", y estas son las únicas que el código contempla. Por lo tanto, y de acuerdo a lo anterior, no se entiende como pena privativa de libertad la detención, la prisión provisional o cualquier otra medida cautelar de carácter

penal y que sea restrictiva del derecho a la libertad, como por ejemplo la medida de acercamiento o alejamiento a la víctima en los que se restringe la libertad ambulatoria del presunto delincuente. En estos casos, y aunque se prive del derecho a la libertad, no puede entenderse que es una pena porque falta un requisito principal, que es: la sentencia condenatoria, expuesta de manera intencionada en su definición. Solo hay pena cuando hay sentencia y esta es condenatoria, nunca puede haber pena cuando no hay sentencia o esta es absolutoria. El fin que se persigue en la prisión provisional o en la detención no es el mismo que el de la pena (cuyo fin es la prevención general o especial en sus distintas manifestaciones) sino que lo que se pretende es asegurar la presencia del sujeto en el proceso o garantizar la práctica de determinadas diligencias judiciales (acordar la detención por incomparecencia del imputado ante una citación judicial para ser oído). estas medidas se acuerdan en la fase de instrucción judicial o, incluso en el juicio oral, pero nunca cuando hay sentencia firme). Una vez dictada sentencia, siendo esta firme, el condenado que está en prisión provisional ya no tiene la calidad de preso preventivo sino de penado. Lógicamente, que el tiempo que ha estado en esa situación cautelar se le computara para rebajarla del tiempo de la condena.

Clases de Penas Privativas de Libertad. Condenas Penales Privativas de Libertad y de Derechos.

1º *Prisión Permanente Revisable.*

La definición de esta nueva pena no está en el articulado del Código Penal Español y solo la incluye en su art. 35, entre las penas privativas de libertad. De ella se manifiesta que es una pena de prisión de duración indeterminada que se aplica después del cumplimiento íntegro de una parte importante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, y una vez acreditada la reinserción del penado, se aplicará el sistema de revisión que dará acceso a la libertad siempre que se

cumplan los requisitos establecidos en este código. Es una pena compuesta de una fase de privación de libertad indeterminada no inferior a 25 años, cuya ejecución se suspende en el último estadio, con un régimen similar al general.-

2º Prisión.

La pena de prisión, como privación de uno de los bienes más preciados por el ser humano, como es la libertad, sólo se puede acordar en los casos expresamente previstos en la ley. Dado lo anterior, el art.17 de la Constitución Española dispone que "todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad pública. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstas en la ley". Una vez que han sido suprimidas las penas corporales y abolidas o muy restringidas, en casi todos los países, la pena de muerte, el ámbito del derecho penal, en lo que se refiere a las penas, se circunscribe básicamente a la prisión. Así, esta pasa a ser, quizás la pena más significativa y de mayor importancia que hay, no sólo por el contenido de la misma sino por el fin que debe cumplir y las derivaciones que de ellas se desprenden. En el Código Penal anterior se distinguía entre penas de reclusión, de prisión y de arresto, en cambio en la actualidad se ha suprimido esta diferenciación y se habla solo de forma genérica de prisión, siendo de mayor o menor gravedad dependiendo de su duración: penas menos graves (de tres meses a cinco años), leves (arresto sustitutorio ante el impago de la multa dependiendo de la gravedad de esta) y graves (superior a cinco años.

a) duración: el art. 36.2 del Código Penal establece un límite máximo y mínimo en la pena de prisión, la mínima de tres meses y la máxima de veinte años, salvo lógicamente las que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este código;

b) lugar de cumplimiento: en cuanto al lugar donde deben cumplirse las penas de prisión, no hay duda que deben hacerse en los establecimientos penitenciarios, lo que da nombre al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad.

Sistema penitenciario: existen tres clases diferentes de estos:

1º El celular: este sistema tiene como característica propia el aislamiento de los presos, y ello se hace por dos motivos: el primero, para evitar el contagio de los presos, es decir, que no se trasladen entre ellos sus experiencias, impregnándose de los delitos de los demás. Y, el segundo, es que mediante el aislamiento se consigue que el preso tenga tiempo de pensar sobre el mal que ha ocasionado y ello le lleve al arrepentimiento.

2º El sistema de Auburn: recibe este nombre porque se usó por primera vez en la prisión de Nueva York, de nombre Auburn. Este sistema trata de combinar el sistema celular de aislamiento con el trabajo y vida en común. El aislamiento se produce por la noche y la vida en común es por el día, bajo un régimen de estricto silencio, conseguido a través de castigos corporales.

3º Sistema progresivo: este sistema, aunque fue estudiado en Irlanda, tiene su antecedente en España y consiste en establecer grados que vayan disminuyendo la intensidad de la privación de libertad. Para ello, comienza con un sistema celular de aislamiento y se va subiendo de grado hasta llegar a la libertad condicional. Se desea que la cárcel no sea un fin en si mismo sino que sirva como un medio de preparación para la vida en sociedad del delincuente, evitando que reincida en el delito y se adapte a la vida en sociedad. Es en la cárcel donde a través de equipos de psicólogos se les intenta anular, reducir o modificar los factores negativos de su conducta o personalidad, fomentando o potenciando aquellos rasgos de su personalidad que sean positivos. Este sistema es el que se sigue en España mediante la ley orgánica general penitenciaria regulando todo el sistema penitenciario, y en el que se incluye el tratamiento relativo al sistema de cumplimiento de la pena de prisión por grados; el régimen penitenciario comprendido por la organización del establecimiento penitenciario (horario, higiene y alimentación, participación de los internos en la actividad del establecimiento penitenciario, ingresos y alojamiento); el trabajo penitenciario y la asistencia penitenciaria.

c) Cumplimiento de la pena: en el cumplimiento de la pena intervienen, por un lado el tribunal sentenciador, por otro la administración penitenciaria y en el último lugar el juez de vigilancia penitenciaria. Hay que distinguir entonces, entre el momento de la pena impuesta en la sentencia que es competencia exclusiva del tribunal sentenciador, del de la ejecución de la misma que es competencia de la administración penitenciaria. Ahora bien, el Juez de Vigilancia funciona como supervisor de esa actuación y garante del cumplimiento de los deberes legales que tiene la administración penitenciaria y de los derechos de los internos. Todo lo que se refiere a la duración de la pena, suspensión o sustitución de la pena de prisión o, incluso, a la revisión de la sentencia por modificaciones legislativas que puedan afectar al penado, le corresponden al tribunal sentenciador. El tratamiento penitenciario: clasificación por grados del interno, régimen de trabajo, horario, higiene, comida y sobre todo el régimen disciplinario entre otros, es competencia de la administración penitenciaria, ya sea porque resuelva directamente toda cuestión relativa a ese tratamiento, ya porque se formulen propuestas al Juez de Vigilancia. Este tiene competencia para resolver los recursos que interpongan los internos contra las decisiones de la administración penitenciaria y aprobar las propuestas que formule la administración, como por ejemplo las sanciones de aislamiento en celda superior a 14 días, entre otras muchas competencias.-

3º Localización permanente.

Es una pena que priva al sujeto de su libertad, obligándole a permanecer durante cierto tiempo en un lugar determinado. Esta pena viene a sustituir en parte la pena de arresto de fin de semana. La reforma del Código Penal del 2003 suprimió esta pena, probablemente por su inoperatividad práctica, siendo sustituida por las penas de prisión de corta duración. La localización permanente tiene su antecedente en el antiguo arresto domiciliario regulado en el Código Penal de 1973. El Código Penal en su redacción actual solo contempla como penas privativas de libertad la prisión, la localización

permanente y la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa.

4º Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Se trata de una pena sustitutiva de la pena de multa regulada en el art.53 del Código Penal. La multa es una de las penas básicas de su ordenamiento jurídico punitivo, existen numerosos tipos penales que contemplan esta sanción para determinados comportamientos delictivos, generalmente los menos graves. Con ello, se trata de evitar que ante un delito menor el condenado deba ingresar a prisión. En principio, la privación de un bien, como el dinero, es de menor entidad que la privación de libertad. Si el condenado no paga la pena de multa impuesta en sentencia como pena, que no se debe confundir con la indemnización al perjudicado, que también tiene un contenido económico, aquella debe ser sustituida por la privación de libertad mediante un sistema de arresto sustitutorio (responsabilidad penal subsidiaria). Se dice que es personal porque afecta a la libertad del sujeto, y subsidiaria porque se aplica en defecto de la pena de multa. Si se paga esta no existiría responsabilidad subsidiaria. Para que se pueda imponer esta responsabilidad personal subsidiaria es necesario que se den los siguientes requisitos:

- a) que el penado tenga conocimiento de la sentencia. Es necesario que se le haya notificado dicha resolución judicial para que tenga derecho a recurrir;
- b) que la sentencia sea firme, es decir, que no quepa recurso alguno o que no esté pendiente de resolverse el mismo.
- c) que haya existido un requerimiento previo de pago una vez hecha la correspondiente liquidación en ejecución de sentencia.
- d) por último, que se haya hecho excusión de sus bienes. Es necesario que, previamente a la sustitución de la pena, se intente el pago de esa multa a través del embargo de bienes del penado. El juzgado sentenciador, antes de exigir el cumplimiento de esta medida subsidiaria, debe recabar toda la información patrimonial del condenado para, en el caso de encontrar bienes suficientes, hacer pago de la multa con la venta de los mismos y si es dinero lo que se

embargo deberá hacerse por la cantidad objeto de la condena. Dándose todos estos requisitos, el tribunal dicta la correspondiente resolución ordenando la sustitución de la pena de multa por la de responsabilidad personal subsidiaria.

Reconocimiento mutuo de sentencias que impongan penas privativas de libertad en la Unión Europea.

A partir del 11 de diciembre del 2014, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea, sentencias dictadas en España que impongan penas privativas de libertad pueden ser ejecutadas en otro estado miembro de la Unión Europea y a la inversa, sentencias dictadas en un país de la Unión Europea pueden ser ejecutadas en España. Para ello se distinguen dos supuestos:

1º Sentencias dictadas en algún estado miembro de la Unión Europea pendientes total o parcialmente de ser ejecutadas: a partir del 11 de diciembre de 2014, se puede transmitir por la autoridades judiciales españolas a otros estados miembros de la Unión Europea, las sentencias que impongan penas o medidas privativas de libertad para ser ejecutadas en otro estado miembro. La transmisión se hará en las condiciones, con los requisitos y siguiendo el procedimiento regulado en el capítulo II del título III de la ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Deberán cumplimentarse los siguientes certificados: certificado para la ejecución de resoluciones por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad en otro estado miembro de la Unión Europea; y, certificado de notificación al condenado de la transmisión a otro estado miembro de la Unión Europea de la resolución por la que se le imponen penas u otras medidas privativas de libertad. A contrario sensu, las autoridades judiciales españolas podrán reconocer y ejecutar las sentencias que impongan penas o medidas privativas de libertad dictadas por otros estados miembros de la Unión Europea.

Esto se hará en las condiciones, con los requisitos y siguiendo el procedimiento regulado en el capítulo II del título III de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

2º Sentencias dictadas en algún estado miembro de la Unión Europea totalmente cumplidas: su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la ley orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

Las Sanciones Alternativas en Inglaterra.

Evolución Histórica.-

La primera alternativa a la prisión regulada en la ley inglesa fue la libertad a prueba o probación (probation) la cual se contempló en "la ley de prueba al infractor" la cual se remonta al año 1907, la cual consideraba una "orden de prueba" o "probation order" a través de una fórmula de suspensión de la sentencia, declarando que la función de la institución que se encargará de supervisarla era la de "aconsejar, asistir y ser amigable" con el infractor.

También existe evidencia que, de manera paralela y aún antes de la probation, los tribunales ya contaban con la facultad de imponer multas, como alternativa al encarcelamiento, lo que hace pensar que más bien la multa es la alternativa a la cárcel más antigua disponible en la legislación penal, y aunque no hay certeza sobre su primera regulación, se le atribuye parte importante de la reducción de la cantidad de personas encarceladas a comienzos del siglo pasado, mediante la ley de administración del sistema de justicia, de 1914, la cual contemplaba plazos para evitar la imposición de la cárcel como consecuencia del no pago de la multa.-

Ley de Justicia Penal de 1972.

La probation tuvo bastante apoyo por parte de la judicatura, pero a comienzos de la década de los 50 influyentes magistrados iniciaron una campaña para la regulación de una fórmula de suspensión de la sentencia de prisión, argumentando que la orden de probation no estaba teniendo efectos disuasivos, tratando de endurecer sus facultades en lo referente a sentencias penales; dado que el sistema inglés ya contaba con la probation, el gobierno dejó en claro durante la discusión del proyecto que la suspensión estaba pensada para ser utilizada solo en lugar de la cárcel y no como alternativa a medidas como la probation.

Con la dictación de la Ley de Justicia Penal de 1972 se regularon las llamadas "ordenes de suspensión de las sentencias", las que permitieron que cualquier sentencia a una pena de cárcel de hasta dos años, se mantuviera en suspenso por un "período operacional" no menor de un año y no superior a tres con la condición que el infractor no cometiera nuevos delitos durante ese período de tiempo, en caso de reincidir en dicho espacio de tiempo al infractor se le enjuiciaría por el nuevo delito debiendo cumplir también la sentencia suspendida. Con todo, el funcionamiento durante los primeros años de vigencia da cuenta que fue muy poco utilizada. Algunos autores llegaron a considerarla un "fracaso penológico" argumentando que su introducción poco o nada contribuyó a reducir la cantidad de personas encarceladas, ya que en los pocos casos en que se aplicó, esta fue impuesta en lugar de multas y no en vez de la cárcel como se había concebido originalmente (escalamiento penal) decretando períodos de control superiores a los considerados por otras sentencias (inflación penal) resultado de lo cual terminaron enviando más gente a la cárcel como producto de su quebrantamiento. Como resultado de lo anterior, más infractores, por delitos de menor gravedad se encontraron cumpliendo penas más largas que las que hubieren cumplido, de no haberse regulado la suspensión. fue también en esta legislación de 1972 donde se regularon por primera vez los servicios en la

comunidad o trabajo no remunerado los que primero se aplicaron en solo en algunas áreas, para luego en 1975 hacerse extensiva a todo el país. La regulación de los servicios a la comunidad, se empieza a aplicar en Inglaterra como resultado del "reporte sobre penas no privativas y semiprivativas de la libertad", y lo importante de este informe, es que propuso la generación de nuevas alternativas a la pena de cárcel, insistiendo en la necesidad de que los jueces contaran con una gama amplia y diferenciada de medidas puestas a su disposición en razón que estas son necesarias para los reincidentes. Al mismo tiempo el consejo propuso en materia de justificaciones de las alternativas, además de la ya señaladas, la reparación representada principalmente por el servicio en beneficio de la comunidad, los que fueron presentados como una alternativa en razón de que contenía elementos reparatorios y disuasorios, así como también de rehabilitación. Desde ese momento los jueces contaron con la facultad de sentenciar a un infractor a la obligación de ejecutar trabajos supervisados por el servicio de probation y en beneficio de la comunidad, por un número de horas no inferior a 40 ni superior a 240. Si el infractor no cumplía era devuelto al tribunal el que podía imponerle una multa, mantenerlo cumpliendo los servicios, o sentenciarlo a la pena original.

La ley de Justicia Penal de 1972, introdujo la posibilidad de ordenar el cumplimiento de requerimientos especiales en la ejecución de la probation de asistencia a centros de entrenamiento diario, esto con el objeto de permitir el entrenamiento social de infractores reincidentes por delitos menores que se encontraren desempleados. Sin perjuicio de estos centros, los servicios de probation, comenzaron en forma paralela a crear centros diurnos, con el fin de poder intervenir a los infractores como también entregarles apoyo y cuidado, especialmente a aquellos que estuvieran más desventajados. Como consecuencia de esto, los tribunales comenzaron a derivar a los infractores a estos centros, hasta que en 1982 la Cámara de los Loes los declaró ilegales.

Ley de Justicia Penal de 1982.-

Una de las innovaciones que introdujo esta ley, fue la de facultar a los tribunales a imponer una compensación de forma autónoma. Dado lo anterior, esta nueva legislación reguló la facultad de imponer la compensación directamente como sanción principal de una sentencia, y aún más, determinó que en caso que resultaren apropiadas tanto una compensación como una multa y el infractor no tuviese medios debía preferirse la primera. Estas facultades fueron profundizadas más tarde en la Ley de Justicia Penal de 1988, en el sentido de que estos debían entregar fundamentos para no otorgar compensación en los casos de pérdida o daño material o de lesiones, con el objeto de que se consideraran los intereses de las víctimas en las respectivas sentencias, pero los tribunales se mostraron reticentes a este deseo del gobierno, lo que produjo un uso decreciente tanto de las multas como de la compensación. De todo lo anterior se puede apreciar, que la historia legislativa de Inglaterra hasta los años ochenta, la legislación penal se centraba en cuatro alternativas: la probation, la multa, los servicios a la comunidad y la compensación.

Más allá de estas consideraciones, a finales de los 80 en Inglaterra se apreciaba la creciente preocupación por el gran aumento de la población carcelaria y la presión que esto significaba en las arcas fiscales, todo lo cual llevó a perder la fe en la rehabilitación y la búsqueda de nuevas justificaciones para la imposición del castigo. Dado lo anterior, las políticas públicas penales de muchos países, giraron hacia el denominado del "justo merecimiento", muy popular en la década de los 80, lo cual entregó un nuevo aire a las concepciones basadas en la retribución, como fundamento de los castigos. Junto a esto comenzaron a surgir con fuerza los llamados a la "ley de orden", caracterizados más bien por una retórica de mano dura, que se apropió de los discursos políticos de la época.

En el plano particular, respecto a las alternativas a la cárcel, parte de esta visión se cristalizó en una crítica a la supuesta falta de punitividad de estas respuestas penales cuestionando su aplicación de

las alternativas para el caso de infractores de alto riesgo, ya que investigaciones hechas arrojaban una alta reincidencia de este grupo. La propuesta en ese sentido no fue la de volver a la cárcel como única solución, sino más bien generar alternativas de mediana intensidad entre la probation y la cárcel a través de las llamadas sanciones intermedias, que permitieran introducir alternativas con mayor contenido punitivo, como por ejemplo, la probation intensiva, el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, entre otras. Como era de esperar, surgieron críticas que señalaban que crear opciones adicionales de alternativas para los tribunales en Inglaterra, había sido decepcionante, puesto que no habían sido utilizadas en lugar de la cárcel, sino más bien como adicionales a las sanciones ya existentes. Esto significó que la cárcel continuó siendo usada en casi los mismos casos, y que los infractores tradicionalmente manejados a través de instancias de diversión del sistema penal, estaban siendo sancionados con alternativas, aumentando de esta forma las redes de control penal. En vista de esto, la administración conservadora de ese entonces, trató de resolver este complejo problema manifestando que si bien el castigo era adecuado y apropiado, no necesariamente debía cumplirse en la cárcel, cambiando el término de alternativas a la cárcel por el de castigo en la comunidad o sentencias comunitarias. Este cambio fue el resultado de una revisión completa del sistema de justicia penal, lo cual derivó en la elaboración de un libro verde editado en 1988 y que se llamó "castigo, custodia y comunidad", en el cual expresamente se declaró que "el encarcelamiento no es el castigo más efectivo para la mayoría de los delitos, la cárcel debe ser reservada como castigo para los delitos muy graves...".

Estas expresiones, "castigo" y "graves" resultaron ser determinantes, ya que sentaron las bases de la ley de justicia penal de 1991, donde especialmente la palabra "castigo" se convirtió en un término de común utilización en el contexto de la probation, invitando a abandonar una definición estrecha de esta vinculada a la prisión, de manera de dar cuenta que los requerimientos impuestos por la probation, la realización de trabajos comunitarios, o la asistencia

diaria a centros, también constituyen formas de castigo. Este cambio de visión, trajo como resultado que se promoviera la materialización de un modelo sancionatorio de base retributiva que establece restricciones al uso de la prisión y que se denominó del "justo merecimiento" el cual estableció que el castigo debe manifestar una censura o reproche, y que la sanción penal debe ser proporcional a dicho reproche. De esta manera, el modelo propuesto supone que un sistema sancionatorio proporcional debe por un lado exhibir paridad (que los condenados por delitos similares reciban sanciones similares), que exista una escala de orden (que las sanciones sean ordenadas en base a la seriedad del delito al cual son asignadas) y que exista espaciado (que las diferencias relativas en la gravedad del delito se reflejen en diferencias relativas en la severidad del castigo), todo esto viene a formar lo que se llama "proporcionalidad ordinal". De esta forma, las alternativas a la cárcel, bajo este modelo, pasan a ser reguladas como penas principales que pueden ser graduadas en función del reproche. En palabras de su autor, Von Hirsch, "las penas no privativas de la libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras "alternativas" a la privación de la libertad... ..estas sanciones son castigos que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva". De esta forma, se propone graduar las sanciones, comenzando con las multas y probation para delitos de menor gravedad; sanciones intermedias como la reclusión domiciliaria o asistencia a centros para delitos de mediana gravedad, dejando reservada la utilización de la cárcel solo para los delitos graves.-

Ley de Justicia Penal de 1991.-

Por último, la ley de justicia penal de 1991, entro en vigor en 1992, siendo considerada por el gobierno como uno de los cambios más fundamentales y profundos de al menos medio siglo, por la forma en que sanciona a los infractores, por ello solo los delitos más graves debían ser castigados con prisión y los delitos menos graves

debían ser abordados mediante alguna de las siguientes disposiciones: liberación sin cargo, penas financieras y sanciones comunitarias. Para la aplicación de este marco la legislación estableció una fórmula por medio de la cual se obligaba a los tribunales a concentrarse en la gravedad del delito y solo en caso que el delito mismo o uno asociado fuera de tal gravedad que solo una sentencia de prisión pudiera justificarla, solo en ese caso podían los tribunales condenar al infractor a una pena de cárcel. La misma lógica se siguió en lo que se refiere a sanciones comunitarias, esta escala contenía la posibilidad de liberar incondicionalmente o condicionalmente sin cargos a aquellos infractores respecto de los cuales, teniendo en cuenta las circunstancias, incluyendo la naturaleza del delito y el carácter del sujeto, aparecía inoportuno infligir un castigo y la probation no parecía adecuada. Para el evento de que la liberación se condicionara, la condición que se imponía consistía en no cometer nuevos delitos por un lapso de tres años, al término de los cuales quedaba liberado de los cargos y sin antecedentes penales. A continuación, en la escala de severidad venían las multas aplicable a los delitos menores y cuya principal innovación fue la introducción de los días-multa siempre que el perseguido no fuera una empresa, sanción que era proporcional a la gravedad del delito cometido. Y por último, en severidad venían las sentencias comunitarias.

Si bien institutos como la probation, los servicios comunitarios y la asistencia diurna a centro ya estaban reguladas y a disposición de los tribunales, el mayor cambio fue que estas fueron explícitamente reconocidas como sanciones, dejando de ser estimadas como alternativas a la cárcel, por lo cual se le elevó de categoría. Las sentencias comunitarias se componían por el siguiente orden: probation, servicios comunitarios, órdenes combinadas, órdenes de supervisión, y órdenes de asistencia a un centro. De todas estas, solo las dos últimas eran aplicables para el caso de jóvenes. En todo caso para su aplicación siempre se requería el consentimiento del condenado.

Como se señaló, todas las órdenes comprendidas en las sentencias comunitarias, a excepción de la reclusión ya estaban reglamentadas en las legislaciones anteriores. Con respecto a esta, se estableció por vez primera la posibilidad que el infractor fuera condenado a permanecer en su domicilio o en otro lugar determinado por un plazo no menor de dos horas ni superior a doce horas diarias, por un tiempo máximo de seis meses, supervisión que podía efectuarse a través de monitoreo electrónico, método que se estableció y aplicó definitivamente a partir de 1995. En lo referente al incumplimiento y revocación de las penas comunitarias, de nuevo se buscó limitar el uso de la prisión como respuesta a las violaciones, bastando un pequeño aumento de la severidad de la pena como respuesta. En efecto, frente a los incumplimientos de la probation, el servicio comunitario y las órdenes combinadas, la regulación estableció un procedimiento en escala, que primero comprendía las advertencias o sanciones administrativas por parte del ente encargado de supervisarlas, es decir el servicio de probation. El incumplimiento suponía que el condenado fuera devuelto al tribunal para así poder iniciar el procedimiento por incumplimiento y si así lo ameritaba se le impusiera una sanción que consistía en una multa o de hasta 60 horas de servicios comunitarios. En estos casos la orden original se mantenía en ejecución, aun cuando también se preveía la posibilidad de su revocación. La idea era de que si los procedimientos eran demasiados laxos, la confianza en las sanciones comunitarias se verían socavadas. Por otra parte, si los procedimientos son demasiados estrictos, por ejemplo, permitiendo que infracciones disciplinarias menores sean castigadas con cárcel, existe el riesgo que infractores que de otra forma no hubieren sido encarcelados, terminen cumpliendo su sanción en la cárcel.

Respecto a la posibilidad de suspender la sentencia, la Ley de Justicia Penal de 1991 considero esta herramienta legal para los casos más serios pero autorizando su uso solo "justificada en las circunstancias excepcionales del caso". Otra regulación que fue más allá de las sentencias comunitarias consistió en la obligación impuesta

a los tribunales de considerar solo el delito por el cual se estuviera juzgando y un delito asociado al mismo, bajo la regla "de los dos delitos" y la prohibición impuesta a los tribunales de agravar las penas en función de la existencia de condenas anteriores, ya sea de cárcel o de carácter comunitario. Ambas constituyeron una de las proscriciones más controvertidas de esta legislación ya que buscaban que la severidad viniera dada por el hecho cometido y no por la historia criminal del condenado, o más aún, que a través de la sumatoria de delitos menores se terminara finalmente recurriendo nuevamente a la cárcel. No obstante lo anterior, la posibilidad de considerar condenas anteriores no quedó totalmente erradicada, dado que, en la medida que en la decisión acerca de la sanción que resulta más idónea para el infractor de entre dos o más penas que ostentan igual severidad, los tribunales podían considerar la existencia de condenas anteriores. Sin embargo, estas tendencias positivas tuvieron corta vida, en razón que el encarcelamiento comenzó a aumentar de nuevo a partir de 1993 no obstante que las sanciones comunitarias se continuaban expandiendo en cuanto a su uso, ello no estaba teniendo ningún efecto aparente en la tasas de encarcelamiento. A lo anterior se sumó la percepción instalada en la magistratura relativa a la pérdida de la discreción, especialmente en lo relativo a los días-multa, ya que se formularon abundantes críticas a que mediante este sistema se imponían multas irrisorias ya que a los condenados de precaria situación económica se le imponían multas demasiado elevadas y por otro lado algunos jueces eran reacios a sancionar con multas elevadas a condenados más adinerados lo que llevó al aumento del encarcelamiento en razón que los primeros no estaban en condición de cancelarlas. Por otro lado se apreció la inviabilidad de la aplicación de la "regla de los delitos" y la restricción para considerar condenas anteriores en razón que dejaba a los tribunales sin atribuciones para en manejo adecuado de los infractores reincidentes.-

Ley de Justicia Penal de 1993.-

Dado lo anterior, estas tres últimas innovaciones fueron derogadas por esta ley. Como resultado de todo esto se dictó, en 1994, la Ley de Justicia Penal y Orden Público, que reforzó mucho más el castigo de privación de libertad, primordialmente en relación a las personas más jóvenes, y aún más, en posteriores estudios del gobierno se cuestionó el papel de la comunidad y de sanciones como la probation, en razón de que se consideraban como opciones demasiado leves. En 1997, con la llegada al poder del gobierno laborista, se efectuó de nuevo una revisión al sistema sancionatorio, pero las propuestas estuvieron lejos de desafiar la retórica punitiva que ya estaba asentada. Así se pudo apreciar un regreso a la ideología de la rehabilitación, surgido en Estados Unidos y que pregonaba el tratamiento de los infractores por medio de prácticas basadas en la evidencia. En este sentido una de las primeras medidas tendientes al endurecimiento de las sentencias comunitarias fue el de agregar otra orden al catálogo de las sentencias comunitarias existentes, consistente en el control periódico de consumo de drogas con la orden de tratamiento y testeo de estas; la eliminación del consentimiento del condenado para la imposición de las sentencias comunitarias en virtud de la ley de las sentencias penales; y la entrega a la magistratura de nuevos poderes en caso de violación de una orden mediante la ley de potestades penales de las cortes.

Además, en el año 2000 se efectuó un reordenamiento de las sentencias comunitarias existentes dejándolas en las siguientes: orden de rehabilitación comunitaria, símil de la anterior probation; orden de castigo comunitario, símil de los servicios comunitarios; orden combinada; orden de exclusión; orden de abstinencia de drogas. Junto a estas modificaciones se introdujo en la ley del delito y el desorden de 1998 el panel consultivo de las sentencias, órgano que se encargó de entregar las primeras guías o directrices del sentenciamiento, las que se introdujeron no solo con el propósito de promover mayor consistencia entre las sentencias, sino también con

el fin de reconocer que la función de entregar directrices de sentenciamiento corresponde a una función de política pública, en que si bien los jueces cuentan con una amplia experiencia, también deben ser consideradas otras experiencias como las de los encargados del sistema penitenciario, los funcionarios de probation, la policía, los fiscales y también el mundo académico, entre otros.-

Así también, en el año 2001, se llevó a cabo la mayor revisión por parte del gobierno del sistema sancionatorio, en lo que se denominó reporte Halliday, el cual sirvió de base a la legislación que se dictaría sobre la materia. Este estaba muy preocupado por las críticas efectuadas a la legislación de 1991, la que como sabemos fue considerada inadecuada para el manejo los infractores peligrosos y persistentes. Esto lo llevó a recomendar el reemplazo de las sanciones comunitarias existentes, por una sola sentencia comunitaria, cuyo contenido exacto sería decidido por los sentenciadores atendiendo a las necesidades y requerimientos de cada caso individual, proposición que fue aceptada e introducida en la legislación del año 2003.

Legislación Vigente: Ley de Justicia Penal del año 2003.-

Esta es la Ley de Justicia Penal vigente en la actualidad y como todas las anteriores se ocupó de unificar y clarificar las disposiciones existentes a la fecha y hacer más efectivo el sistema de justicia y el juzgamiento, tal es así que las reformas centrales se concentran, precisamente en esto último. Lo primero que hay que destacar de esta reforma, es el hecho que por primera vez en una legislación, se hace mención explícita a las justificaciones del castigo. Para ello se establece la obligación de los tribunales de atender a los siguientes fines: 1º El castigo (merecido); 2º La reducción del delito (incluyendo la disuasión); 3º La reforma y rehabilitación; 4º La protección del público y la reparación de la víctima.

Sin perjuicio de lo anterior, el acento está puesto en la prevención del delito como fin último, demostrando con ello la intención del gobierno de buscar formas eficaces de prevenir el delito.

De esta forma se establece que los tribunales no deben sentenciar a una pena de cárcel, salvo que el delito sea tan grave que ni una multa, ni una sentencia comunitaria puedan justificarla, determinando además que las penas de prisión deben ser lo más cortas posible. En lo que se refiere a las sentencias disponibles, la legislación se mantiene entre la liberación sin cargos, las penas financieras y las sanciones comunitarias, regulando también un sistema combinado de cárcel y algunas de estas últimas. Así se puede apreciar, que los mecanismos alternativos como liberación sin cargos, penas financieras y comunitarias, no están destinados exclusivamente a los infractores primerizos, sino que estén concebidos para hacer frente a la delincuencia en aquellos casos de baja y mediana gravedad, debiendo considerar la reincidencia para agravar la pena, pudiendo solo imponer la cárcel en caso de delitos muy serios, debiendo por lo tanto, preferir siempre las penas alternativas. Para el caso de las multas, esta legislación mantuvo la regulación en base a penas fijas, las cuales pueden ser impuestas respecto a la mayoría de los delitos, sin límite en cuanto al monto, siempre que la multa refleje la gravedad del delito, teniendo en consideración las posibilidades financieras del sujeto, pudiendo ordenar a este la información necesaria para la determinación de su cuantía. En todo caso la mayor reforma se refiere a las sentencias comunitarias, en relación a su justificación penológica y su peso punitivo. En el año 2014 se introduce una modificación a la ley de rehabilitación de infractores orientada a establecer una supervisión luego de la liberación de hasta doce meses para aquellos que hubieran cumplido condenas de cárcel de corta duración, reemplazando el requerimiento de supervisión por el de rehabilitación, según esta regulación, este nuevo requerimiento, que a vez da forma a la antigua orden de probation, puede incluir: instrucciones para participar en actividades específicas, instrucciones para ir a un lugar determinado, participar en actividades que forman parte de un programa acreditado y realizar actividades con un fin reparador, como la justicia restaurativa. Con todo esto, el propósito de esta transformación desde las sentencias comunitarias a la orden

comunitaria genérica fue el de incrementar la credibilidad de las sentencias en la comunidad buscando ser más punitivas y demandantes que las que le precedieron. Así también se estableció en una norma, que en el caso de que un infractor haya sido previamente condenado tres o más veces solamente a una multa, los tribunales pueden imponer una sanción comunitaria teniendo en consideración los intereses de la justicia, no obstante que el delito no sea lo suficientemente grave para imponer dicha pena. Necesario es señalar que la misma legislación contiene limitaciones respecto del juzgamiento a una orden comunitaria en aquellos casos en que la pena está fijada por ley, como casos de tráfico de drogas y de condenados por tercera vez por robo en lugar habitado, casos en los cuales los tribunales deben imponer una sentencia de tres años. Ahora bien, con respecto a la suspensión de las sentencias esto se mantuvo estableciendo la posibilidad de decretar una "orden de sentencia suspendida" para el caso de que el infractor arriesgare penas de cárcel de entre 28 y 41 semanas, suspendiéndose por un "período operativo" de entre 14 días y 2 años. De esta forma, la orden de sentencia suspendida, opera directamente como una alternativa evitando el cumplimiento de sentencias originales de cárcel, a esta se le podían además agregar el cumplimiento de uno o más requisitos de aquellos contemplados para la orden comunitaria, estableciendo que los condenados solo podían optar a ella si el delito era tan grave que ni la multa ni la condena comunitaria podían justificarse por el delito. También en esta regulación se estableció la facultad de los tribunales de efectuar un seguimiento periódico, mediante audiencias, del cumplimiento, tanto de la orden comunitaria como de la sentencia suspendida.

Como se puede apreciar las reformas a las penas alternativas a la cárcel, han gozado de prioridad en todos los gobiernos británicos, manifestado en las diversas legislaciones sobre la materia, y desde fines de la década de los 90 los esfuerzos de los distintos gobiernos, en su afán de aliviar el sistema de prisiones, se ha caracterizado por el intento de persuadir a los condenados y al público de que las

sentencias comunitarias son lo suficientemente creíbles como para evitar el recurrir a penas privativas de libertad. Sin embargo se puede argumentar que, aunque populares en su aplicación, estas modificaciones no han operado como alternativas efectivas a la cárcel. Si bien es muy difícil evaluar con precisión el impacto de estas reformas en el uso de la cárcel por parte de los tribunales, todos los indicios apuntan que el aumento en el uso de las sentencias basadas en la comunidad tuvo un efecto marginal de desplazamiento sobre estas.

Naturaleza Jurídica y Fundamento de las Alternativas a la Prisión.-

En lo que se refiere a las justificaciones penológicas de estas alternativas, sin tomar en cuenta la multa, se puede señalar que el fin principal fue de tipo utilitarista en orden a prevenir el delito a través de la rehabilitación hasta la dictación de la legislación de 1991, mientras que justificar que ésta se inspiró en la tesis retribucionista del "justo merecimiento ". Sin embargo, la rehabilitación, más que concentrarse a justificar la regulación de las alternativas, llegó a ser el principio dominante del sistema penal en su integridad. No obstante lo anterior, algunos signos de cambio se fueron apreciando con la consideración de otros propósitos como la disuasión, que ya estaba presente en la concepción misma de la probation y particularmente la reparación, a través de la introducción de los servicios comunitarios en 1972. Actualmente y a partir de la dictación de la legislación del año 2003 se establecen una serie de justificaciones puestas a disposición de los jueces, no obstante predominan lógicas basadas en la prevención del delito a través de la disuasión, la rehabilitación y la incapacitación, ésta última plasmada en el reiterado fin de la legislación de "proteger al público". En este contexto, si se analizan herramientas como la liberación sin cargos y la suspensión de la sentencia, ambas responden a una lógica de rehabilitación, fundado en lo que se denominó "la teoría de evitar el encarcelamiento", buscando en el caso de los primeros evitar la imposición de una

sentencia y en el segundo caso suspender sus efectos. En el caso de la multa, ésta es la sanción más aplicada por los tribunales ingleses, no obstante haber abandonado el sistema de los días-multas y se continúe con un sistema fijo. También hay que señalar que con la dictación de la legislación de 1991, las multas pasaron a ser penas principales, siendo éstas las de menor severidad en la escala penal. En lo que se refiere a las sentencias comunitarias ya desde 1991, éstas se representan como respuestas punitivas y creíbles, las cuales constituyen sanciones en sí mismas, que implican privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva. Dado lo anterior, la legislación inglesa ha abandonado denominaciones como las de "alternativas a la cárcel "o" penas no privativas de la libertad ", propia de otros países, de forma que estas sanciones cuenten con su contenido punitivo propio, independiente de la cárcel. Por lo tanto, frente a la comisión de nuevos delitos durante su cumplimiento, se continúa con el procedimiento relativo al segundo delito de manera independiente, sin activarse pena alguna por el primero, y en caso de violación del requerimiento, se mantienen las consecuencias orientadas a aumentar la severidad de la pena inicialmente impuesta.

Las Sanciones Alternativas en Alemania: Evolución Histórica.

Código Penal Imperial de 1871,

Este código está estructurado bajo la teoría de la retribución y dentro de las sanciones que contempla están: la pena de muerte; penas privativas de libertad consistente en la casa de disciplina, prisión, arresto y la pena de multa. Dentro de este período la legislación alemana no conocía la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión y dentro de su lógica, entrega un total protagonismo a las penas privativas de libertad por sobre la pena de multa.

Reforma de 1953.

Esta reforma se asienta en torno a los graves efectos que la pena privativa de libertad produce en el condenado, dándole gran amplitud a la pena de multa, otorgándole facilidades de pago y disminuyendo las posibilidades de transformación a causa de insolvencia en pena privativa de libertad. El proyecto incorporaba la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, la cual se podía conceder a personas que, por sus condiciones personales o circunstancias del hecho, mereciesen una consideración especial y al mismo tiempo se justifique en la esperanza de que aún sin la ejecución de la pena se conducirá de buena manera. Lo interesante de este modelo radicaba en la adecuada satisfacción de intereses preventivo generales y especiales. Por una parte, los intereses preventivos especiales tienen cabida en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de corta y larga duración evitando los efectos desocializadores propio de las instituciones cerradas, y por otra parte, los intereses preventivos generales se satisfacen con la declaración de culpabilidad, imposición de la pena de prisión y un conjunto de medidas de control. Hay que tener presente, que el hecho de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad esté condicionada al buen comportamiento genera "un efecto motivador en el sujeto" en orden a que se comporte conforme a Derecho.

Para terminar podemos decir, que las condiciones del régimen de suspensión, vale decir, reglas de conducta y obligaciones impuestas por el tribunal, como también el apoyo del delegado pueden influir en la disminución de los factores de riesgo de manera más efectiva que la cárcel. Por otro lado, tampoco se puede negar la flexibilidad y capacidad de adaptación que se puede lograr con su imposición. Así también, no se puede desconocer que el set de obligaciones y órdenes, permite adaptar sin mayores complejidades la sanción a las circunstancias y necesidades del autor.

Teniendo en cuenta los negativos efectos que la prisión provoca en el condenado, agregado a los elevados porcentajes de

hacinamiento que presentaban los recintos penales en Alemania después de la guerra, llevó al legislador penal de 1953 a buscar alternativas en orden a sustituir la ejecución de la pena de prisión por otro tipo de mecanismos orientados hacia la ayuda social. Es en este mismo año y por el motivo ya señalado que se incorpora la suspensión a prueba de la ejecución de las penas privativas de libertad, regulando su concesión siempre que la pena de prisión no fuere superior a nueve meses y el condenado gozara de un pronóstico favorable. Si el condenado no cometía delitos y respetaba las reglas que le habían sido impuestas al momento de la concesión de la suspensión en un período de cinco años, se le remitía definitivamente la pena de prisión.-

Reforma de 1969 a 1975.-

La reforma del Derecho Penal Alemán de los adultos, recogió las reformas legales de la época, las cuales daban cuenta de las modernas tendencias que predominaban en la región y que provenían principalmente de países como Inglaterra y Gales, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, Suecia y Suiza. En lo que se refiere al sistema de sanciones penales se presentaron dos modelos totalmente diferentes entre sí.

La propuesta conservadora estaba representada por el Código Penal de 1962, el cual seguía la posición tradicional en torno a un Derecho Penal establecido en base a la pena privativa de libertad, colocando en primer lugar la función de la pena como compensación justa de la culpabilidad, dejaba muy poco espacio a las alternativas a la prisión y continuaba con la vieja distinción de la pena de prisión en los grados de presidio y prisión, manteniendo con ello el doloroso cumplimiento y consecuencias accesorias adicionales para el condenado.

Por su parte, la posición moderna reflejaba el proyecto alternativo y proponía un verdadero golpe de timón en materia de sanciones penales el cual se fundaba en dos grandes pilares: el

primero, en la certeza que la prisión genera efectos negativos en la persona y su familia que dificultan su reinserción; y segundo, que la mejor manera de lograr la prevención individual y disminuir la reincidencia es evitando la prisión a través de otro tipo de sanciones. Este proyecto mantenía como fin de la pena la prevención especial y la general, renunciando a la retribución. Planteaba una concepción de Derecho Penal como última ratio al lado de otras alternativas de control social, la limitación de la pena privativa de libertad, amplia aplicación de la multa y, además, un marcado espacio para la sustitución a prueba de la ejecución de las condenas privativas de libertad.

Por último, la comisión especial del parlamento federal logró fusionar ambos proyectos incorporando nuevas ideas, y no sería equivocado afirmar que en materia de las consecuencias jurídicas se siguió al proyecto alternativo cristalizando una de las principales novedades de la reforma de la parte general del Código Penal Alemán de 1969 a 1975.

Ahora bien, para fijar el alcance de los sucedáneos de la pena de prisión en su completa dimensión, es necesario mencionar la forma en que se estructura el sistema de penas del Derecho Penal Alemán.

La sistemática del código distingue entre sanciones: principales (multa y la pena privativa de libertad) y accesorias (prohibición de conducción); consecuencias accesorias del delito (pérdida de la capacidad para el desempeño de cargos públicos, de ser elegido, del derecho a sufragio, y la publicación de la sentencia) y medidas de corrección y seguridad.

La pena privativa de libertad es la columna vertebral del Sistema Penal Alemán, que se contempla solo para casos de mediana gravedad y multireincidencia. Su ejecución, desde agosto del año 2006 producto de la llamada reforma federal, se encuentra regulada en leyes de ejecución de carácter estatal y parcialmente por la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad y Medidas de Seguridad de 1977.

La multa por su parte, se determina en base al cálculo del monto de los días multa. Para determinar la sanción se exige considerar la culpabilidad del autor, las repercusiones sociales que acarreará para el condenado, como también sus condiciones económicas y personales. En este sistema la multa está considerada como alternativa de la prisión, principalmente en las penas inferiores a seis meses y como alternativa para el evento del no pago de ésta se contempló el trabajo en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, volviendo a la regulación de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión, el proyecto alternativo propuso la ampliación de la institución hasta las penas de prisión por dos años, exigiendo como requisito el pronóstico favorable. La suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión se estructuró en base a tres grados: a) la suspensión condicional de penas de prisión inferiores a seis meses; b) la suspensión condicional de penas de prisión entre seis meses y un año; y c) la suspensión de penas de prisión entre uno y hasta dos años. Para esto, el legislador consideró la suspensión de la ejecución de la pena de prisión partiendo de la premisa que aún sin la influencia derivada de la ejecución de la pena, se podía esperar que el condenado no volviera a cometer un delito más, lo cual era un supuesto que se alejaba de la realidad. El problema se intentó resolver en base al criterio de la probabilidad fundada de un estilo de vida sin delinquir. Sin embargo, dicho criterio fue muy impugnado en razón de que se consideró demasiado amplio ya que en conjunto con el principio in dubio pro reo, llevaría a una permanente aplicación de la suspensión condicional de la pena, en otras palabras, cualquier vacilación, duda o inseguridad en torno al pronóstico de la conducta futura llevaría a decidir al tribunal a favor del condenado y a declarar la suspensión. Una vez decretada la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, el infractor queda sujeto a un período de prueba el cual dura entre dos y cinco años y empieza a correr tan pronto la sentencia esté firme. Se permite también la revisión posterior del período, el cual se puede acortar o alargar dentro del máximo permitido, esto es cinco años.

También dentro de esta legislación se establecen reglas de conducta, las cuales, en su fijación el tribunal se encuentra limitado en el sentido de no pasar por encima en lo que se refiere a la dignidad humana, así las conductas impuestas no pueden significar un trato inhumano o degradante, como tampoco afectar derechos como la libertad de religión o de asociación. En este sentido, la regla de conducta más intensa es la de quedar sometido a la vigilancia y dirección de un delegado durante el período de prueba. Con ello la forma de vida del probando se verá fuertemente modificada al tener que rendir cuenta y explicaciones de sus decisiones cotidianas a un tercero que las evaluará. Hay que tener presente, que esta regla de conducta solo es aplicable para un determinado grupo de personas, a aquellos probando que no tienen más de 27 años, que fueron condenados a una pena de prisión superior a nueve meses y que se estima que todas las reglas de conducta que se les impongan no serán suficientes para disminuir el riesgo de reincidencia. Por su parte, en esta legislación se establece que las obligaciones impuestas al probando dan a la suspensión de la pena de prisión el carácter de sanción penal necesario para satisfacer los intereses preventivo general exigido por la comunidad, puesto que estas obligaciones impuestas al probando tendrán para él una suerte de menoscabo, agravio o detrimento exigido por el injusto realizado. Las obligaciones contempladas giran en torno a la reparación de los daños causados por el hecho, al pago de una suma de dinero en favor de una institución pública, a la prestación de servicios de utilidad pública y a pagar una suma de dinero a favor del erario público. Una parte de la doctrina estima, que en este caso, la reparación de los daños, el importe no debe sobrepasar la cuantía del derecho a la indemnización civil de las víctimas. En este caso el tribunal estima, que es correcto entender que las obligaciones significan un menoscabo o detrimento para el sujeto, pero el alcance de la obligación no puede superar la medida del injusto culpable ni gravar al probando de una forma que le sea imposible de cumplir. Las obligaciones al igual que las reglas de conducta pueden ser modificadas o revocadas, y así se estima en el

sentido de que no habría problemas en modificar la obligación, agravando o favoreciendo al probando, en caso de que aparezcan nuevos antecedentes que den luces de las auténticas posibilidades de cumplimiento del probando o de las reales magnitudes del daño ocasionado por el hecho, así también se pueden modificar en el sentido de agravarlas cuando éste no haya cumplido con las prestaciones a las que voluntariamente se obligó. Para proceder a la revocación de la suspensión a prueba de la pena de prisión tres son los hechos por los cuales se puede llevar a cabo: a) comisión de un delito; b) incumplimiento de las obligaciones; y, c) incumplimiento de los términos planteados en la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional. Para ello, en caso de comisión de un delito, la revocación se hace necesaria porque la comisión de un delito dentro del período de prueba demostró que la expectativa de que el probando podía vivir sin delinquir no se probó. En el segundo caso, es decir, incumplimiento de las obligaciones, se debe tener presente que no cualquier incumplimiento de la o las obligaciones puede gatillar la revocación de la suspensión de la condena a prisión. Es necesario que este sea grave e insistente, ya que con ello se demuestra la indiferencia del probando en torno al cumplimiento de las prestaciones impuestas. En el tercer caso, y que se refiere al incumplimiento de los términos planteados en la vigilancia y dirección del delegado del período de prueba, en este caso es necesario para que proceda la revocación que el probando evada permanentemente la vigilancia y dirección del delegado; ya que con este tipo de infracción se demuestra el fracaso de la expectativa que tenía el tribunal de que el sujeto se mantendría dentro del ámbito del Derecho. Si transcurrido el plazo de prueba el probando no incurre en las causales de revocación de la suspensión, el tribunal procederá a la remisión inmediata de la pena por medio del auto correspondiente. Si por el contrario el tribunal decreta la revocación, se procederá a la ejecución de la pena de prisión.

También la legislación alemana contempla otra alternativa a la pena privativa a la libertad consistente en la remisión o exclusión de

la pena y en virtud de esta facultad, el tribunal puede, luego de constatar la culpabilidad del sujeto, prescindir de la pena en los casos en los que el injusto o culpabilidad se encuentren reducidos; cuando el delito tiene graves consecuencias en la persona del autor; y en los casos de reparación del delito. En los casos de la remisión de la pena el Derecho Penal Alemán contempla tres posibilidades: a) la remisión en caso de injusto o culpabilidad reducida; b) la remisión de la pena producto de las graves consecuencias que el delito genera en el autor; y c) la remisión de la pena por la conciliación entre el autor y la víctima. La primera de estas posibilidades, esto es, la remisión en caso de injusto o culpabilidad reducida, se aplica generalmente en los casos de mínima importancia. En los casos de la segunda de estas posibilidades, esto es, la remisión de la pena producto de las graves consecuencias que el delito genera en el autor, se aplica en aquellos casos en que el autor del delito se lesiona gravemente a si mismo mientras ejecutaba el hecho (accidente automovilístico, por ejemplo). En estas situaciones las graves repercusiones son suficientes para compensar la responsabilidad del autor, entregándole a la pena el carácter de manifiestamente inadecuada ya que la necesidad del castigo en estos casos no tendría sentido y podría atentar contra la dignidad humana del autor. Por último, en lo que se refiere a la última posibilidad, de procedencia relativa a la remisión de la pena en conciliación entre el autor y la víctima, necesario se hace mencionar que la figura de conciliación entre ambos aparece en la reforma de 1994 que busco generar espacios de entendimiento entre la víctima y el autor, así como lograr un acuerdo reparatorio. En otras palabras, para la declaración de la remisión bastará que el autor esté dispuesto a participar en el procedimiento de conciliación o que el autor esté dispuesto a compensar materialmente a la víctima.

Naturaleza Jurídica y Fundamentos de las Alternativas.-

No existe acuerdo en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión. Desde sus

diferentes perspectivas, desde su efecto inmediato, desde la dureza de las condiciones del régimen de suspensión, y desde el control que se puede ejercer sobre el sujeto a través de las reglas de conducta, la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión puede ser considerada como un aplazamiento de la pena, una pena, una medida de seguridad o un híbrido de pena con medida de seguridad.

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

CONCLUSIONES

Como es ampliamente reconocido la pena privativa de libertad vino a reemplazar el uso de penas corporales y en especial aquellas que eran inhumanas y degradantes que se aplicaban en el medioevo. Después de más de dos siglos, el sistema de penas es cambiado posicionándose con propiedad las consecuencias jurídicas derivadas del delito distintas a la prisión, en razón de los resultados negativos de las penas privativas de libertad con el objeto de dar una respuesta penal alternativa al delito, permitiendo así la reinserción social del condenado. La fundamentación general de las penas alternativas se sostiene sobre antecedentes positivos y negativos; en lo que se refiere a los antecedentes negativos, los cuestionamientos se fundaron al comienzo sobre la base de que las penas privativas, especialmente en lo que se refiere a las de corta duración, no eran adecuadas, siendo perniciosas para la salud del condenado, y fundamentalmente dado sus consecuencias disociativas importantes en la persona del penado que influirían negativamente en la reinserción social, y como resultado, en la eventual recaída en el

delito. Estos argumentos se mantienen en la actualidad, agregándose otros que más bien han justificado la expansión de las alternativas en los distintos ordenamientos marcadamente a partir de la década del año 1970 y dicen relación con la existencia en varias jurisdicciones de elevadas tasas de encarcelamiento, malas condiciones de las prisiones y de elevados gastos en el financiamiento de estas últimas tomando en cuenta que los presupuestos son siempre escasos. Por otro lado, en la línea de las justificaciones positivas se sostiene que a través de las penas alternativas, la víctima del delito ha recuperado un espacio que antes tenía, como la compensación y la reparación, reconocidas en algunas legislaciones como sanciones principales o accesorias, las cuales buscan otorgar mayores satisfacciones a la víctima; así, si en un principio, las alternativas fueron concebidas como un sistema subrogatorio o sustitutivo de las penas privativas de corto tiempo, estas han sido reconocidas desde fines del siglo XX hasta nuestros días como un sistema de consecuencias idóneo para el abordaje de la delincuencia de baja y mediana gravedad. Así, las distintas legislaciones han explorado desde mecanismos de suspensión como mecanismos de sustitución, hasta llegar a la configuración en algunos países de un sistema de consecuencias autónomas que opera ya no mirando a las penas privativas de libertad a la cual reemplaza, sino que busca manifestarse como sanciones con un sentido punitivo propio, independiente de la cárcel. No obstante lo anterior, las alternativas a lo largo del tiempo han mostrado algunas carencias que han afectado su desarrollo, en a lo menos en tres ámbitos: a) el primero, en el sentido que existe poca claridad en torno a la naturaleza jurídica de estas consecuencias; b) también se advierte una suerte de desconfianza de la sociedad y especialmente de los sentenciadores en estas consecuencias, lo que ha afectado su necesaria legitimidad; y c) su introducción en las distintas legislaciones no siempre ha acarreado como efecto, una disminución del uso de la cárcel, sino más bien ha significado la ampliación del régimen sancionatorio a infractores y delitos tradicionalmente no captados por el sistema penal.

Respecto al primer punto, existe poca certeza y mucha discusión respecto a la naturaleza jurídica de las alternativas (con excepción de la multa) cuando estas son concebidas a través de fórmulas como la suspensión, ampliamente utilizadas en todas las legislaciones que hemos estudiado y por ello que hay dos posiciones, una que le atribuye un carácter de dispensa o de renuncia de la pena privativa de libertad que importa considerarla como un beneficio y por su parte, en un sentido opuesto se manifiestan los que le atribuyen un carácter de sanción, como pena, medida de seguridad, o de una naturaleza híbrida o especial pero con contenido aflictivo. Esto tiene inconvenientes normativos de importancia en la medida que hasta el día de hoy persisten las dudas respecto del lugar que, por ejemplo, debe ocupar la suspensión en el marco sancionatorio, concibiéndola como la respuesta más benévola luego de la multa especialmente en el caso de delitos de baja o mediana gravedad, como ocurre en el caso de España u operando más bien como el último resorte antes de la privación de la libertad como en el caso de Inglaterra. Lo mismo ocurre con la sustitución, que no obstante que ha gozado de una corta y restringida utilización en el ordenamiento jurídico español, sufre de la misma ambigüedad, no estando claras su naturaleza jurídica y sus diferencias con la suspensión, aunque ambos mecanismos son necesariamente dependientes de la existencia de penas privativas de la libertad, difieren en cuanto a sus efectos en la medida que la suspensión paraliza la pena privativa de la libertad, mientras que la sustitución la subroga, incidiendo sobre su existencia misma, aun cuando en ambos casos la posibilidad de la cárcel está latente en caso de una eventual revocación, por lo tanto, ante una eventual revocación en el caso de la suspensión se debe cumplir íntegramente la pena original suspendida, mientras que en el caso de la sustitución solo se debe cumplir el saldo de la pena. Ante esto se debe considerar entonces, que ambas son distintas en cuanto a su configuración jurídica, en razón de que la suspensión aparece más bien como una renuncia condicionada a la imposición de una sentencia, como en el caso de Inglaterra, o de la ejecución de la pena, como en el caso de

España y Alemania, fórmula conocida en doctrina como de "suspensión condicional simple", en que la condición principal consiste en no cometer nuevos delitos durante un determinado período; mientras que la sustitución constituiría un mecanismo de subrogación mediante el cual una pena privativa es reemplazada por otra de igual o menor intensidad (multa, servicios en beneficio de la comunidad, reclusión domiciliaria), siendo más nítida la naturaleza jurídica de sanción penal de la nueva pena sustitutiva. Hay que tener presente que todas las regulaciones analizadas permiten imponer en la suspensión de la sentencia o de la ejecución de la pena requerimientos consistentes en la imposición de una o más obligaciones de hacer (asistir a determinados programas, reportarse periódicamente, mantenerse recluido en su domicilio en determinados horarios, entre otros) que restringen su libertad o bien lo privan de ciertos derechos de que antes gozaba, todo ello bajo la fórmula denominada en doctrina "de la suspensión condicional con imposición de reglas de conducta". Agregando a todo ello que en ambos tipos de suspensiones (de la sentencia o de la ejecución de la pena) existe una declaración de culpabilidad para su autor, significando por lo tanto un reproche penal y su constatación en un juicio penal, aun cuando solo esta última fórmula de suspensión tendría efectos jurídicos importantes a propósito de la génesis de antecedentes delictuales y la imposibilidad futura de acceder a otros mecanismos alterativos en el caso de reincidencia delictiva. La mayoría de los problemas interpretativos que genera la suspensión y en cierta forma la sustitución, se ven solucionados a través de la regulación de las sanciones alternativas como sanciones principales como ocurre en Inglaterra. Esto significó, en la práctica abandonar denominaciones tales como "las de alternativas a la cárcel" o "penas no privativas de libertad", propias de otras legislaciones, por las de "sentencias comunitarias" que buscan dar cuenta del contenido punitivo propio, independiente de la cárcel, de estas sanciones, entendiendo que importan una censura y reproche que caracterizan la respuesta punitiva, junto con resaltar el contexto en el cual se ejecutan.

Esta falta de claridad ha originado un recelo en los encargados de aplicar el sistema de justicia, en especial de los sentenciadores, que son en definitiva los que deben adjudicar las consecuencias penales, como también la sociedad en su conjunto quien puede considerar la respuesta penal como inadecuada. En efecto, tanto el juez como el tribunal al tener incerteza sobre la naturaleza de estas instituciones pueden eventualmente percibir la respuesta penal como no proporcional a la culpa. Ahora bien, tratándose de las percepciones sociales acerca de las alternativas, aunque su conocimiento es pobre, también dan cuenta de un apoyo del público en el uso de las alternativas, siempre y cuando sancionen con estas a infractores que no hayan cometido delitos violentos.

Por último, otro de los inconvenientes que presentan las alternativas, es que su utilización y expansión no ha significado en varias legislaciones una reducción sustancial del uso de la cárcel como respuesta. Lo que si se puede apreciar de manera clara es que, al menos en España, las alternativas no han logrado detener el crecimiento de las penas carcelarias, las que, con oscilaciones, han aumentado de manera importante en los últimos años, mientras que tanto los servicios en beneficio de la comunidad como la suspensión, han disminuido drásticamente en términos de su utilización, lo que da cuenta, que las últimas reformas sufridas en materia de alternativas han obrado en el sentido de restringir su utilización. En el caso de Inglaterra, se observa una tónica similar aunque bastante más leve, toda vez que si bien tanto el uso de la prisión como de las sentencias comunitarias han disminuido de manera importante en los últimos años, su descenso se debe más bien a una mayor utilización de la herramienta de la suspensión y a un crecimiento proporcional discreto del uso de la prisión, cuestión que parece paradigmático considerando que constituye una de las legislaciones más avanzadas en materia de sanciones alternativas. Por el contrario, legislaciones como la alemana, que no han sido objeto de recientes reformas profundas en la materia y que presentan una legislación sencilla, incluso algunos la consideran atrasada, considerando la escasa incorporación del

desarrollo dogmático y comparado en la regulación de las alternativas, dan cuenta de una gran efectividad en torno al potencial controlador de dichos mecanismos del uso de la pena privativa de la libertad. Así, en la gran reforma de 1969 a 1975 se dio un golpe de timón en lo que a sanciones se refiere entregándole un gran protagonismo a la multa, de manera tal, que el 80% de las sanciones impuestas en Derecho Penal de los adultos en Alemania corresponde a este tipo de sanciones, siguiéndole en importancia la suspensión a prueba de la ejecución de la pena de prisión con un 12 % de aplicación frente a un 5% de uso de la pena privativa de la libertad. Lo anterior da cuenta, que el uso de las sanciones alternativas como verdaderas alternativas a la prisión, no solo depende de una regulación normativa adecuada, debiendo demarcar sin duda, de manera clara, las justificaciones que las inspiran, como confluyen las distintas alternativas y el lugar que ocupan en el marco sancionatorio, sino que también dependen de la cultura jurídica en la cual se asientan y el que sean percibidas por los sentenciadores y la comunidad en general como sanciones "creíbles", dotadas de un contenido punitivo adecuado, que les permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en marco de las consecuencias jurídicas.-

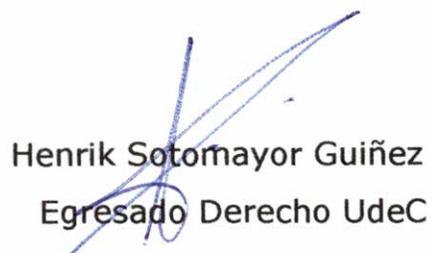
Bibliografía

- Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. (Sebastián Salinero Echeverría, Ana María Morales y Álvaro Castro Morales)
- Penas privativas de libertad. (Wolters Krüge)
- Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo. (Josep Tamarit Sumalla. Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología. España)
- La decisión de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad: nuevos contornos jurídicos. (Julián Sánchez Melgar. España. Revista de Jurisprudencia de 2016)

- Diversificando la respuesta frente al delito: Procedimientos alternativos. (Paula Hurtado E. Revista Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado.)
- La pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad: análisis crítico. (Sofía León Flaño, Natalia Roja Muñoz. Universidad Chile)
- Las penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad de adulto. (Esaú Serrano Vidal. Universidad de Chile)
- Nuevo régimen de) sustitución de penas. (Tomás Ramírez Hermosilla. Revista Jurídica del Ministerio Público. Junio 2012)



Humberto Neumann Lagos
Abogado



Henrik Sotomayor Guiñez
Egresado Derecho UdeC

Ancud, Chiloé, Chile, 28 Diciembre 2018