

Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: origen, fertilización y resistencias*

Supervision in Alternative Punishment: Origin, Fertilization and Resistances

CONSUELO MURILLO**

Universidad Andrés Bello (Chile)

Resumen: En la actualidad podemos encontrar en los sistemas jurídicos del *common law* y del derecho civil castigos penales que se cumplen en libertad e implican una intervención en la vida del penado que adopta la forma de supervisión. Este trabajo sostiene que estos elementos de intervención estaban presentes en las penas alternativas desde su inicio dentro del sistema del *common law*, el cual posteriormente fertilizó a las jurisdicciones del derecho civil, que contaban con penas alternativas sin supervisión. Para hacerlo, se estudia el origen y la evolución de las penas alternativas en ambos grupos de jurisdicciones. También se tiene en cuenta la introducción de la supervisión en el sistema del derecho civil en la década de 1960 y un segundo momento de fertilización o transferencia en la década de 1990, recurriendo a los procesos jurídicos y culturales más amplios para explicar estas evoluciones y las principales resistencias ante estos cambios. Finalmente, se hace especial referencia al rol de las instituciones europeas en la homogeneización de los sistemas penales europeos.

Palabras clave: Penas alternativas, penas comunitarias, libertad vigilada, rehabilitación, resocialización

Abstract: Nowadays we can find in common law and civil law legal systems noncustodial criminal sanctions with an intervention in the life of the offender that takes the form of supervision. In this paper, it is argued that these elements of intervention were present into alternative penalties from its inception in the common law system, which later fertilized civil law jurisdictions, that had alternative penalties without supervision. To do so, the origin and evolution of alternative penalties in both groups of jurisdictions are studied. The introduction of supervision in the civil law system in the 1960s and a second moment of fertilization or transfer in the 1990s are also taken into account, considering the broader legal and cultural processes to explain these developments and the main resistance to these changes.

* Este artículo, siendo una obra nueva, se nutre parcialmente de mi tesis doctoral *Ejecución e incumplimiento de las penas comunitarias*, dirigida por Elena Larrauri Pijoan. Agradezco los valiosos comentarios del Tribunal que evaluó dicha tesis, compuesto por José Cid Moliné, Manuel Cachón Cadenas y David Felipe Saborit.

** Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Chile). Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Chile. Abogada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile y licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Magíster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Girona (España). Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Código ORCID: 0000-0002-8797-569X. Correo electrónico: consuelodaniela@gmail.com

Finally, a special reference is made to the role of European institutions in the homogenization of European penal systems.

Key words: Alternative measures, community sanctions, probation, rehabilitation, mandatory treatment

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ORIGEN DE LAS PENAS ALTERNATIVAS.- III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN EL *COMMON LAW*.- IV. LA INCORPORACIÓN DE LA SUPERVISIÓN EN LAS PENAS ALTERNATIVAS EN LOS SISTEMAS DEL DERECHO CIVIL: FERTILIZACIÓN Y RESISTENCIAS.- V. EXCURSO: INTRODUCCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN ESPAÑA.- VI. LA ARMONIZACIÓN DE SUSPENSIÓN Y *PROBATION* EN EUROPA DESDE LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Toda pena involucra una restricción de carácter personal, la cual consiste en la privación evidente de la libertad, mientras que las que se cumplen en libertad conllevan distintas formas de restricción en la vida del penado, dependiendo de la forma concreta que adopte cada una de las penas. Estas pueden tomar muchas formas, abarcando desde una restricción a la libertad ambulatoria temporal, acaso mediante la obligación de asistencia a un centro de manera periódica para firmar; hasta una más intrusiva, como la obligación de participar en un programa de deshabitación de drogas.

Una de las formas más intensas de restricción en las penas alternativas es la de supervisión, que se encuentra presente en las penas de *probation* (libertad vigilada)¹ y las de trabajos en beneficio de la comunidad. La supervisión en algunas penas no privativas de libertad es de larga data y tiene su origen en la aparición de la *probation* en las jurisdicciones

1 Se ha optado por no traducir *probation* debido a que se trata de un anglicismo conocido y recogido por penólogos iberoamericanos, pero también porque el uso de la expresión en español «libertad vigilada» puede prestarse a confusiones en España, donde ese término consiste en una medida postpenitenciaria. En la versión en lengua española de las *European rules on community sanctions and measures* se tradujo *probation* como «libertad vigilada», y en Latinoamérica aquella es una figura análoga a la *probation*. Sin embargo, en la normativa española el concepto de libertad vigilada se presta para equívocos. De hecho, la libertad vigilada efectivamente es el equivalente funcional de la *probation* en la legislación penal de menores (LO 5/2000, art. 7.1 h). El problema surge porque se utilizó el mismo concepto de libertad vigilada en la Ley N° 5/2010, de 22 de junio de 2010, para denominar a una nueva medida de seguridad postpenitenciaria, haciendo referencia —evidentemente— a una realidad completamente ajena a la *probation*. En esa línea, se pueden revisar críticas a la opción conceptual legislativa en Ortiz de Urbina (2010, p. 2).

En cambio, Martínez (2012) sostiene una definición amplia de libertad vigilada que comprende tanto a la medida de seguridad, alternativa al fallo, pena, medida cautelar y alternativa a la prisión como a la forma de cumplimiento de la pena de prisión. Huyo también de la posibilidad de utilizar «probación», ya que su uso —promovido por algunos traductores— no ha sido generalmente aceptado por los autores dedicados al tema. Cid (2009, p. 25), por ejemplo, que opta por no traducir el término al español, sugiere que quienes deseen hacerlo utilicen «sometimiento a prueba». La misma decisión de dejar el término *probation* sin traducir la adopta el Ministerio del Interior Español al trasladar las Reglas Europeas de la *Probation* al castellano para España.

37

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIASSUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

del *common law* en la segunda mitad del siglo XIX. Su incorporación en las jurisdicciones del derecho civil sucedió de manera tímida a partir de la década de 1960, produciéndose una verdadera fertilización desde el sistema del *common law*, aunque resistida y limitada por la cultura penal imperante en los sistemas del derecho civil. En la década de los años noventa, las obligaciones para el penado en la ejecución de las penas alternativas, así como la supervisión por parte de la Administración, gozaron de una nueva popularidad compartida, produciéndose una segunda etapa de fertilización que coincide con la aparición del concepto de «pena comunitaria» para referir a «Aquella pena que impone una restricción de carácter *personal* al penado, que consiste en el cumplimiento de *obligaciones* en libertad y que se ejecuta bajo la *supervisión* de un agente penal, con el que se mantiene un contacto activo»² (Murillo, 2017, p. 127).

Siguiendo a Bottoms *et al.* (2001, p. 1), las penas comunitarias son castigos estructuralmente ubicados entre la prisión, por una parte, y las penas patrimoniales y nominales³, por la otra. Lo que distingue a las penas comunitarias, de acuerdo con estos autores, es que son «personalmente restrictivas», involucrando algún contacto activo con un agente penal; pero, al contrario que la prisión, este contacto tiene lugar en libertad.

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

La forma que adopta esta restricción personal es variada, pero siempre conlleva la carga de un contacto activo con el agente penal. Es este el titular primario de la supervisión, que dota de carácter comunitario a la pena. El concepto de pena comunitaria no se usa simplemente para describir formas de castigo impuestas en la comunidad o fuera de la prisión, ya que, en ese caso, comprendería también el de multa⁴ —que es la pena no privativa de libertad más impuesta—; por el contrario, se requiere un elemento de supervisión (Raynor, 2012, p. 928). De hecho, «lo que las sanciones y medidas comunitarias tienen en común es alguna

2 Énfasis añadidos por la autora.

3 Como la remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena sin obligaciones adicionales.

4 La pena de multa, por su parte, conlleva formas de ejecución propias que en ocasiones pueden implicar una restricción más intensa para el penado, como cuando se dispone el pago en cuotas por un periodo extenso; pero, en la medida de que se cumpla en su manera natural y no se dé lugar a una ejecución diversa por incumplimiento, no implican una restricción de carácter personal ni tampoco supervisión en el sentido que se desarrolla en este trabajo.

forma de vigilancia o supervisión de las actividades de los individuos mientras se les mantiene en la comunidad» (Robinson *et al.*, 2014, p. 152). En definitiva, la pena es la supervisión, que entendemos como una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma (Murillo, 2017, p. 126; Marti, 2019, p. 7)⁵.

En este concepto se integran tres finalidades para la actividad de la Administración. Bajo esa lógica, no basta un mero control sobre la vida del penado, a menos que vaya acompañado de acciones dirigidas a su reforma⁶. Asimismo, por ejemplo, la obligación de mera comparecencia ante el juez, o de firma en el contexto de una pena o privativa de libertad, no constituirá pena comunitaria en la medida en que esta regla supone únicamente un elemento de control, pero no de ayuda o intervención, y tampoco se vincula al penado a un servicio de la Administración encargado de la supervisión. Cabe destacar que, en el caso de una libertad vigilada simple, estos tres elementos pueden verificarse en una sola obligación de entrevista periódica con el agente de *probation*.

El contenido específico de la supervisión a la que se somete el penado puede variar, así como los fines que se persiguen con su ejercicio en distintas épocas y jurisdicciones. Así, «lo que la supervisión implica, sus fines o propósitos a los que está orientado y quien o quienes asumen la responsabilidad por ella, son todos aspectos que varían tanto internacional como históricamente» (Robinson *et al.*, 2014, p. 152). Esta afirmación se hará evidente a lo largo de este texto en tanto todo cambio penológico responderá, entre otras cosas, a la finalidad que se le atribuye a la pena en cada contexto estudiado.

Para enfrentar la cuestión de los fines de la pena en materia de penas comunitarias es necesario tener en cuenta dos cuestiones fundamentales: que estas permiten el castigo en libertad y requieren de cierta supervisión. De acuerdo con nuestra definición, la pena comunitaria se caracteriza porque la restricción personal consiste en estar sujeto a la supervisión de un agente del Estado y esta supervisión está orientada a la reforma del penado. Desde esta perspectiva, de entre todos los fines de la pena, las penas comunitarias se avienen de mejor manera con la prevención especial positiva. Esta prevención ha tenido diversas orientaciones: desde unas encaminadas a entregar herramientas de tipo laboral o asistencia de tipo social hasta otras de una marcada intervención psicoterapéutica. Para Cid (2009), cuando

5 Definición elaborada en colaboración con Marta Martí Barrachina en seminarios del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la Universidad Pompeu Fabra durante 2015.

6 Referido únicamente al ámbito de la violencia intrafamiliar, se requiere el desarrollo de una actividad que suponga «no sólo el control y la vigilancia del maltratador sino también una acción dirigida a su reforma» (Dobash & Dobash, 2005, p. 149).

la finalidad de la pena es la rehabilitación, se requiere de flexibilidad para que se puedan imponer penas retributivas y sin intervención en aquellos casos en los que esta no es necesaria, y penas con intervención en aquellos otros casos en los que se precise por «déficits en el orden psicológico, familiar, o social que deben ser afrontados» (p. 37).

Por su parte, cuando entendemos la finalidad de la pena como una de carácter principalmente retributivo, se presentan dos obstáculos para las penas comunitarias: en primer lugar, la preeminencia de la prisión en el modelo penológico retributivo; y, en segundo lugar, la desconfianza en la intervención penal (tratamiento) en las personas, que ha llevado a que en sus modelos incluyan con mayor énfasis alternativas sin intervención como la multa. En principio, parece que la pena de prisión encaja muy bien aquí, porque permite una medición casi aritmética del sufrimiento infligido, lo que resulta muy conveniente en aras del principio de proporcionalidad, que juega un rol central en estas teorías (Cid, 2007, p. 153). Pese a que las penas comunitarias presentan una mayor dificultad a la hora de valorar su severidad (tanto absoluta como comparativa), estas penas son susceptibles de encajar en un modelo proporcional. Ya de forma intuitiva, se puede decir que las penas permiten un abanico más amplio de penas, el cual puede ayudar a garantizar de mejor forma que la respuesta al injusto del delito sea proporcional. Y, más específicamente, las penas comunitarias requieren de una restricción personal, que es un elemento punitivo necesario para las teorías del merecimiento.

En efecto, en 1989, Von Hirsch *et al.* confeccionaron el modelo Hirsch-Wasik-Greene para los castigos en la comunidad, en el que proponen un acercamiento a cómo estas penas pueden ser vistas desde el enfoque del merecimiento. Lo que los autores proponen es un sistema de penas calibrado ordinalmente de acuerdo con su severidad y que, además, contemple la posibilidad de sustituciones entre penas. Consideran la posibilidad de que si las penas A y B son sanciones de distinto tipo, pero que ostentan aproximadamente la misma severidad, entonces B pueda ser sustituida por A sin infringir los límites que impone el merecimiento. Consecuentemente, para los autores, uno entonces podría incluso elegir entre las dos sanciones de severidad equivalente, A y B, por motivos de prevención ya que hacerlo no alteraría la onerosidad del castigo. En cuanto a la extensión que la sustituibilidad debe tener en el modelo, se inclinan por un modelo de sustituibilidad parcial o limitada frente a uno sin sustitución o de sustitución completa (pp. 600-606).

En la actualidad, los modelos penológicos, tanto teóricos como reales, presentan una convivencia de principios que permite una determinación de la pena proporcionada al delito cometido y su ejecución orientada a la rehabilitación del penado (como la tan popular teoría dialéctica de la unión de Roxin). Por supuesto, perviven aún las discusiones en

torno tanto a la posible afectación de los derechos fundamentales de los penados como al desarrollo libre de la personalidad, el respeto de la identidad y la dignidad en aquellas intervenciones de tratamiento, y no se limitan a una asistencia de tipo social (Murillo, 2017, pp. 141-143). En este sentido, puede destacarse el modelo integrado de Cid (2009, pp. 43-46), en el que si bien se sostiene como finalidad de la pena la rehabilitación del penado y la reparación de la víctima, esta es limitada por principios de carácter retributivo, como la proporcionalidad que opera como límite superior en la determinación de la pena; y por principios provenientes de la dignidad de la persona humana, como la voluntariedad del penado ante la intervención.

La discusión sobre los fines de la pena está lejos de ser zanjada y no debiera culminar jamás. No puede desatenderse que la rehabilitación (o prevención especial positiva) forma parte de las sanciones penales en general y que ocupa un lugar primordial en las penas comunitarias en particular. En 1981, Allen (2009) desarrolló asunciones sobre las que se construyó el ideal rehabilitador⁷. Tributando a ese esfuerzo realizado por Allen, me permito afirmar que si sabemos que existen factores de riesgo asociados al comportamiento delictivo; si sabemos que tienen un carácter dinámico y, por tanto, pueden variar; si las ciencias del comportamiento aportan evidencia acerca de los programas e intervenciones que pueden aportar a la disminución de los factores de riesgo de un penado en el contexto de la ejecución de la pena; si no solo es posible, sino adecuado que estas intervenciones se realicen evitando la privación de libertad; entonces debemos procurar llevarlas a cabo, siempre y cuando seamos capaces de realizar estas actividades con respeto a los derechos fundamentales de las personas penadas, comenzando por respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad, así como la exigencia de la voluntad del penado.

La supervisión constituye una herramienta para la reinserción y para el control del penado. Ha sido definida por nosotros como una actividad ejercida por parte de un agente de la Administración que consiste en el seguimiento de la ejecución de una pena, caracterizado por integrar en el mismo elementos de control, de asistencia y de reforma (Murillo, 2017, p. 126; Marti, 2019, p. 7). El análisis de la supervisión de las penas que se cumplen en libertad ha sido objeto de estudio reciente por la criminología y la penología (McNeill & Beyens, 2013; Phelps,

7 Para Allen (2009 [1981], pp. 11-14), el ideal rehabilitador descansa sobre las siguientes asunciones: si sabemos que el comportamiento humano tiene causas antecedentes, dichas causas son identificables y los científicos tienen obligación de descubrirlas y describirlas rigurosamente, y el conocimiento de las causas del comportamiento hace posible una aproximación científica al control de la conducta humana. Luego, en el ámbito de la criminalidad, las posteriores asunciones son que las medidas empleadas para el tratamiento del penado deberían obedecer a una función terapéutica, y que tales medidas deberían ser diseñadas para efectuar cambios en el comportamiento del penado en su propio interés y el de la sociedad.

2013; Boone & Maguire, 2017; Robinson & McNeill, 2016; Blay, 2019; Marti, 2019), indagando en la forma que adopta, los fines que persigue, las diferencias percibidas según los perfiles de agentes responsables de ejercerla y su eficacia, entre otros elementos.

La denominación de «pena comunitaria» se difunde en un intento de definir y conceptualizar este grupo de sanciones de forma autónoma y exenta de referencias a la prisión (Worrall & Hoy, 2005, pp. 3-6). A diferencia de las denominaciones utilizadas con anterioridad para referirse a iguales o similares realidades (penas no privativas de libertad, penas alternativas, medidas penales alternativas), ya no se definen estas instituciones respecto de su relación con la pena de prisión y se realiza su cumplimiento en la comunidad, el elemento de supervisión que contienen, la satisfacción o reparación que permiten y su valor punitivo autónomo (Murillo, 2017, pp. 124-129).

No obstante, pese a las bondades descriptivas y políticas del concepto, no ha logrado consolidarse fuera de los países del *common law*, lo cual es una manifestación inicial de las resistencias de los sistemas del derecho civil (y de sus académicos), que continúan refiriéndose a este grupo de penas como penas alternativas, nombrando a la *probation* y a los trabajos en beneficio de la comunidad por su nombre, sin que la característica compartida de supervisión en la comunidad motive a agruparlos en una categoría propia, separada de las penas alternativas sin intervención.

II. EL ORIGEN DE LAS PENAS ALTERNATIVAS

Para estudiar el origen de la incorporación de las obligaciones y la supervisión en las penas alternativas es necesario separar dos grandes grupos de jurisdicciones: las anglosajonas o del *common law*, y las pertenecientes a Europa continental o del derecho civil. Mientras en el primer grupo se puede hacer un estudio de las penas comunitarias siguiendo su origen en la *probation*; en Europa continental, en cambio, se hace necesario realizar un estudio de la incorporación de ideas de supervisión en la historia de las alternativas sin supervisión que le preceden (principalmente, la suspensión de la pena), puesto que el surgimiento de las penas comunitarias es bastante posterior. Además, en ambos casos será necesario hacer referencia al origen, evolución y crisis de la pena de prisión en torno a la cual las penas alternativas surgen.

La consolidación del sistema penal moderno, con la pena de prisión como piedra angular del mismo, se ha considerado como el paso más relevante en el proceso de humanización de las penas. Este proceso implicó un gran avance para el siglo XIX, abandonando los castigos corporales por el encierro, que pasó a ocupar todo el espacio penológico entre la pena de

41

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

muerte y las penas leves⁸. Previamente, no se conocía el encierro como castigo en sí mismo, sino como la forma para que los acusados esperaran el juicio o la ejecución de una pena como el destierro o los trabajos forzados (Foucault, 2009 [1975], p. 133)⁹. Esta transición se consideró, en primer lugar, como un logro de la ilustración, específicamente del ideario liberal. Desde esta perspectiva, «la fuerza motriz que ocasionó los cambios se sitúa en el terreno de las ideas: ideales, visiones, teorías, intenciones, adelantos científicos» (Cohen, 1988, p. 39), de manera que cualquier fallo en el sistema se interpreta como un problema de implementación que puede solucionarse aplicando el mismo sistema.

Sin embargo, este ideario liberal fue prontamente cuestionado. Se hacía imperioso reconocer que había problemas en el sistema de encarcelamiento puesto que no lograba reformar al penado, ya no por problemas de implementación, sino por la ausencia de una intervención individual para lograrlo o por un defecto de carácter estructural de la institución que debía conseguirlo. En consecuencia, se crearon programas de tratamiento individualizado, de trabajo y de supervisión para la resocialización (Rothman, 2002 [1980], pp. 43-81; Cohen, 1988, pp. 42-43).

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

De acuerdo con lo descrito, el surgimiento de la prisión tendría varias explicaciones (una oficial y varias revisionistas), que se pueden denominar

⁸ Véase la historia de la prisión en Morris y Rothman (1998), y la historia de las prisiones en España en Roldán (1988).

⁹ Por su parte, en el derecho privado era de general aplicación no como castigo, sino como una garantía en la que la prenda es la persona y su cuerpo (Foucault, 2009 [1975], p. 138).

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

Mientras que en el Reino Unido y los Estados Unidos surge la *probation*, en la Europa continental nace el modelo de *sursis* o suspensión de la pena. En cuanto al origen, en los sistemas de *common law* se data al inicio de las prácticas en diferentes jurisdicciones; mientras que los sistemas continentales registran su inicio con las primeras leyes que acogieron las alternativas. Esto parece coherente con las diferencias entre los sistemas del *common law*, donde hay mayor espacio para la creación jurisprudencial; y del derecho civil, más legalistas. El primer antecedente de la *probation* anglosajona suele datarse en 1841, mientras que en la Europa continental se registran en los años 1888 (Bélgica) y 1891 (Francia). Para España, se fecha el 17 de marzo de 1908, cuando la Ley de Condena Condicional introdujo por primera vez en la jurisdicción española la suspensión de la ejecución de la pena en su modalidad de *sursis*. Con ella, se suspendía la ejecución de la pena una vez impuesta, manteniéndose el cumplimiento de las accesorias (Maqueda, 1985, p. 25).

Cid y Larrauri (2005, pp. 21-27) han organizado las explicaciones sobre el surgimiento y la evolución histórica de las penas alternativas a la prisión, llegando a la conclusión de que en ambos contextos responde, principalmente, a los diferentes ideales que llevaron a su nacimiento. En un caso, se trata un ideal rehabilitador que ve en la pena alternativa un mayor potencial para la rehabilitación; y, en otro, se pretende evitar la desocialización del delincuente ocasional en prisión. Esto da sentido a la ausencia de elementos de supervisión y tratamiento en las instituciones alternativas de los sistemas del derecho civil.

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

43

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN EL COMMON LAW

Las dos instituciones que protagonizan los discursos y la práctica de las penas comunitarias son la *probation* y los trabajos en beneficio de la comunidad (Raynor, 2012, pp. 929-930), pero la primera pena que se cumple en libertad bajo supervisión es la *probation* (Nellis, 2001, pp. 19-20), por lo que la historia sobre el surgimiento de las penas comunitarias coincide con la historia de esta última. Los elementos contextuales que explican mejor el surgimiento exitoso de la *probation* (y el ideal rehabilitador que la sustenta) son la conjunción histórica de una sociedad victoriana en el caso inglés (Rowbotham, 2009, pp. 109 y 116-117; Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 6), el progresismo americano en el caso estadounidense (Rothman, 2002 [1980], pp. 5-6 y 46), la flexibilidad creativa del *common law* y el soporte teórico de las escuelas criminológicas sociológicas. Garland (2005 [2001], pp. 71-106) denominó bienestarismo penal a la idea de trasfondo del sistema punitivo que surgía o, más bien, a su reforma: usar la pena no para excluir, sino para incluir a la clase trabajadora, proveyéndola de la disciplina necesaria para integrarse en las estructuras sociales dominantes (Bottoms *et al.*, 2004, pp. 2-3). Se considera que la persona que comete un delito puede rehabilitarse mediante cierta supervisión y ayuda por parte de un agente (Rothman, 2002, pp. 82-116), el mismo que tiene un rol crucial en el proceso rehabilitador que originalmente consistió en «aconsejar, asistir y ser amigo» (*advise, assist and befriend*) (Durnescu, 2014, p. 410). En el origen de la *probation*, este agente era un ciudadano voluntario, pero posteriormente pasó a ser un funcionario estatal (miembro de la Administración o funcionario del Poder Judicial, según el caso).

En los Estados Unidos, se considera como padre de la *probation* a John Augustus, un zapatero de Boston que en 1841 persuadió a un juez de liberar a un delincuente alcohólico bajo fianza y con su supervisión personal en vez de imponerle una pena de prisión, cuestión que repitió con mil ochocientos imputados más desde ese momento (Petersilia, 1997, p. 155; 1998, p. 32; Rungay, 2009, § 1). Esta práctica sirvió de modelo y progresivamente fue adoptada por diversas jurisdicciones; por ejemplo, se instauró para adultos en 1901 en Nueva York. Pero Rothman (2002 [1980], pp. 82-116) señala que, aunque su surgimiento es en dicha fecha, en realidad su auge se inició entre 1900 y 1920, cuando para «la América progresista» el delincuente era una persona necesitada de tratamiento individualizado y acorde con sus necesidades específicas. Sería esta la ideología que dio lugar a una serie de alternativas que incluyeron *probation*, libertad condicional, penas indeterminadas, tribunales juveniles, rediseño de prisiones para facilitar la individualización del tratamiento, etc. El soporte criminológico de esta institución vendría dado por las ideas criminológicas imperantes en

la época, de acuerdo con las cuales ciertas personas o grupos sociales no habían participado plenamente de los bienes sociales y, por tanto, dicha condición debía atenderse mediante la sanción.

En Inglaterra, el modelo de la *probation* nace en paralelo¹⁰. Sus primeras raíces también son rastreadas por algunos autores hasta 1841, a la práctica de un juez de Birmingham que ponía a delincuentes juveniles bajo la supervisión de padres, tutores u otros voluntarios. Luego, se institucionalizó con éxito en 1907 (Probation of Offenders Act) gracias, en parte, al contexto proporcionado por una sociedad civil victoriana caracterizada por un fuerte moralismo que, acompañado del rol preponderante de la caridad, dio lugar a diversas instituciones que perseguían la salvación de los delincuentes (Rowbotham, 2009, pp. 116-119). La ley de 1907 creó tanto la *probation order* como los agentes de *probation* para la supervisión de imputados.

De este estudio histórico se puede colegir que el modelo nació casi simultáneamente en los Estados Unidos e Inglaterra¹¹, inicialmente como una forma de evitar la imposición formal del castigo por completo reemplazándolo con alguna forma de supervisión en la comunidad. No se trataría de una pena alternativa, sino que podría verse como una alternativa al castigo. Así, se paralizaba la decisión sobre la culpabilidad y el hipotético y consecuente castigo, liberando al sujeto bajo la condición de que volviera para ser evaluado en una fecha futura, en la que su comportamiento sería revisado¹². En este periodo, la persona debía mantener contacto con un agente de *probation*, mantener un buen comportamiento y llevar una vida provechosa. Si completaba el periodo de supervisión exitosamente, no se tomarían más medidas respecto del delito original.

Hay que remarcar el «inicialmente», puesto que luego la *probation* dejó de ser una forma de suspender la condena para ser una consecuencia de esta. Ya no se impone «*probation* suspensiva» de la condena, sino que «se condena a» *probation*. Incluso en la actualidad, la naturaleza de la *probation* es en muchas ocasiones la de un castigo de prisión suspendido, como ocurre por ejemplo en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos (Petersilia, 1997, p. 163). En el Reino Unido, la *probation order* se transformó

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

10 Si bien el nacimiento es simultáneo, su desarrollo es muy influenciado por la evolución estadounidense de la figura (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 6).

11 Se destaca el efecto expansivo a las colonias propio del contacto con las mismas (Durnescu, 2014, pp. 409-410).

12 Esta figura de intervención sin declaración de culpabilidad puede parecer extraña, injustificada y atentatoria contra principios básicos como el de culpabilidad para el lector de jurisdicciones del derecho civil, y así lo era. Pensemos que estos principios del derecho penal moderno estaban naciendo en esa época y, por tanto, la supervisión de la vida de una persona que no llevaba una buena existencia —de acuerdo con los parámetros de entonces— a cambio de no desarrollar el juicio parecía una salida favorable. Por otra parte, la figura es análoga a la actual suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del juicio, institución presente en diversos países pertenecientes a la tradición continental.

en 1991 en condena (*sentence*) y, al día de hoy, la pena de *probation* ni siquiera existe por sí misma, sino como un elemento presente en el contexto de una *community order* (Criminal Justice Act, 1991; Crime and Courts Act, 2013). Lo relevante es que pese a los cambios formales que ha sufrido la institución (y que tienen cierta incidencia en las consecuencias del incumplimiento y en lo referente a los antecedentes penales, por ejemplo), mantiene sus elementos originales como parte de su contenido, por lo que incluso los cambios de nomenclatura se han resuelto siendo ignorados tanto por los agentes del sistema como por el mundo académico, ámbitos donde se sigue hablando de *probation*.

La evolución de las penas comunitarias en el mundo anglosajón está marcada por tres periodos principales, que se encuentran explicados de forma muy clara en el relevante capítulo «¿Cómo llegamos aquí?» (Bottoms *et al.*, 2004, pp. 1-27), el cual procedo a resumir. El primero, ya explicado con anterioridad, es el de su nacimiento a principios del siglo XX y el auge del ideal rehabilitador, que pretendía la rehabilitación del penado mediante la supervisión de un agente. Esta supervisión evolucionó, pasando del acompañamiento por parte de un voluntario de una iglesia a los más sofisticados e individualizados tratamientos psiquiátricos; sin embargo, el ideal se mantuvo constante. Este periodo acaba con el decaimiento del ideal rehabilitador, caracterizado principalmente por una crisis de efectividad y el pesimismo producto de los modestos resultados en reincidencia que parecía obtener (*nothing works*)¹³; pero también por una crisis de recursos debido al aumento de la población penitenciaria y por una crisis ideológica¹⁴ causada por los abusos y arbitrariedad a los que dio lugar, en ocasiones, la discrecionalidad otorgada en nombre del «tratamiento».

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

El tercer y actual periodo, iniciado en la década de los años noventa, se denomina del «castigo en la comunidad» y conlleva un resurgimiento de las penas comunitarias. Este se caracteriza por pretender ofrecer penas creíbles para los jueces mediante el uso de penas comunitarias en un

¹³ Véase la repetida cita a Martinson (1974, p. 49).

¹⁴ Para Allen (2009 [1981]), la crítica a la que se sometió el ideal rehabilitador se basaba en tres proposiciones: constituye una amenaza a los valores políticos de las sociedades libres, es vulnerable a ser degradado para la persecución de otros fines sociales y falta una técnica rehabilitadora en el sentido de que «no sabemos cómo prevenir la reincidencia cambiando el carácter y el comportamiento de los penados» (pp. 11-14).

modelo de merecimiento (*just deserts*), manteniendo las herramientas de supervisión e intervención para la adecuación de la pena. Es en este último periodo en donde podemos apreciar un nuevo impulso de transferencia del sistema del *common law* sobre el sistema del derecho civil y en el que, además, las instituciones europeas han jugado un rol de acelerante para esta nueva convergencia.

IV. LA INCORPORACIÓN DE LA SUPERVISIÓN EN LAS PENAS ALTERNATIVAS EN LOS SISTEMAS DEL DERECHO CIVIL: FERTILIZACIÓN Y RESISTENCIAS

Las penas comunitarias en Europa continental son de más reciente incorporación, de manera que el estudio del origen de estas exige hacer un análisis de las penas alternativas que les preceden, pese a que carezcan de los elementos propios de una pena comunitaria (la supervisión y la restricción personal). Solo en los años sesenta se produjo una tímida incorporación del elemento de supervisión en las alternativas en algunos países europeos, lo que las transformó en penas comunitarias. Incluso en la actualidad, las penas comunitarias parecen ocupar un lugar residual dentro del sistema penológico de Europa continental (aunque en incremento paulatino) y, normalmente, parecieran ser defendidas por su capacidad de reducir las tasas de encarcelamiento y no a partir de la evidencia sobre su capacidad para incidir en la rehabilitación de los penados, como sucede en los países anglosajones (McNeill & Robinson, 2016, p. 234)¹⁵.

Las penas alternativas en Europa continental se caracterizan por tener una naturaleza no interventora y por existir principalmente en una fase posterior a la condena. En la época del surgimiento de las alternativas (finales del siglo XIX y principios del XX), en Europa continental primaba un modelo de derecho penal clásico proporcionalista que se asocia con la legalidad idealista del código francés de la Revolución de 1791, que gradualmente contagió la Europa occidental (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 5; Durnescu, 2014, p. 410). Este modelo clásico se nutrió de la idea fundamental de que el delito era resultado de la elección libre del penado. Esta idea habría sido desafiada por la escuela criminológica positivista, que desarrolló una tipología criminal en la que se diferenciaba al delincuente habitual del ocasional, cuyos delitos eran el resultado de las circunstancias y no de un defecto en su persona. Es este prototipo de delincuente ocasional el que justifica la necesidad de alternativas en

¹⁵ En el texto citado, los autores dan cuenta de un estudio comparado de once países europeos, destacando la dificultad que representa realizar un análisis a partir de elementos de interpretación anglosajones. En este sentido, reiteran que la relevancia de la rehabilitación como elemento legitimizador de las penas comunitarias es propia de los países del *common law*, mientras que la rehabilitación es normalmente promovida como un derecho del penado en los países de Europa continental.

un modelo que las admitiría entonces como una cuestión excepcional y no dirigida a la transformación del delincuente.

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

La Unión Internacional de Derecho Penal afirmaba en sus estatutos nueve tesis de una marcada tendencia político-criminal e ideológica¹⁶ la misma que muestra de forma prístina las ideas que explican el surgimiento de alternativas no interventoras. Entre estas tesis se sostenía, por ejemplo, la necesidad de distinguir entre delincuentes habituales y ocasionales como base para la legislación penal (tesis 4); que la pena de prisión ocupa justamente el primer lugar en el sistema penal (tesis 6); y que, pese a lo anterior, respecto de las penas privativas de libertad cortas, se considera que «es posible y deseable la sustitución de la prisión por medidas de una eficacia equivalente» (Unión Internacional de Derecho Penal, 1889, tesis 7).

Así, los institutos que se promovieron como alternativas a la pena privativa de libertad en los países europeos del derecho civil carecen inicialmente de un perfil rehabilitador. Serán meramente punitivo/retributivos como la multa o disuasivos como la suspensión condicional pura de la pena de prisión, y existen solo para supuestos de delitos leves. En dos relevantes trabajos, Muñoz Conde (1979, 1985) reflexiona acerca de la rehabilitación de los penados como fin de la pena, su influencia en los sistemas penales europeos y su tardía recepción en España mediante la Ley General Penitenciaria de 1979, en un momento en que este ideal rehabilitador estaba siendo objeto de duras críticas a nivel comparado. De las afirmaciones de Muñoz Conde, interesa resaltar aquellas que nos permiten apreciar por qué las alternativas no tuvieron un carácter rehabilitador. El autor afirma que mientras la ejecución de la pena privativa de libertad debe tener como meta la resocialización del delincuente, en los demás casos tendrá como fin su intimidación o aseguramiento. Luego, continúa y sostiene que, aunque una persona haya cometido un delito, esta continúa vinculada a la sociedad y respetando sus leyes penales. Ejemplifica esta idea haciendo referencia los delincuentes ocasionales, los que cometen delitos de poca importancia o de tránsito automovilístico, quienes no necesitan de una intervención resocializadora (1979, pp. 74 y 79). De acuerdo con

¹⁶ Que habría sido la causa de su decadencia, posteriormente resuelta con una reforma de los estatutos por unos menos controvertidos en 1895-1896 (Berdugo, 1982, pp. 15-18).

49

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIASSUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

esta lectura, es la cárcel la que está diseñada para la rehabilitación y, por lo tanto, debe evitarse cuando el penado no necesita rehabilitarse. Es decir, se cree que la prisión es innecesaria en algunos casos y que, cuando se administra por periodos muy cortos, puede generar efectos criminógenos debido al «contagio criminal», ya que no se cuenta con el tiempo suficiente como para realizar una intervención rehabilitadora (Cid & Larrauri, 2005, p. 23)¹⁷.

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

El modelo adoptado (*sursis*) implicaba una decisión en dos etapas: primero, el pronunciamiento de una pena de prisión; y, luego, la decisión de suspender la ejecución de la pena mientras el penado no cometiera nuevos delitos durante el periodo de prueba. De esa manera, la suspensión se revocaba si otro delito era cometido, dando lugar a la ejecución de la pena privativa de libertad (Maqueda, 1985, pp. 25-48; Durnescu, 2014, p. 410)¹⁸. En 1888 y 1891, en Bélgica y Francia, respectivamente, se dictaron leyes que permitían la suspensión de penas cortas de prisión bajo la condición de no delinquir durante el periodo de suspensión. En los territorios que posteriormente serían Alemania se promulgó una legislación similar en 1895, que perdonaba a penados bajo la condición de que evitaran reincidir. Por su parte, la Ley de Condena Condicional Española vio la luz en 1908. Estos institutos europeo-continentales, aparte de que difieren inicialmente del modelo anglosajón, tienen en

17 Muñoz Conde (1979, pp. 75-84) destaca de entre las críticas que sufrió el ideal rehabilitador a las dudas sobre su realización práctica, su necesidad, la dificultad de controlar la actividad del Estado y las voces que, desde la criminología crítica, denuncian con escepticismo toda herramienta de control social estatal. Además, explica los problemas que implica la resocialización en términos morales, ya que implica la imposición de una moralidad y unas creencias, violando la autonomía y la libertad de los individuos.

18 Mientras Maqueda, como muchos otros, distingue y confronta *sursis* y *probation*; Durnescu (2014) —a mi modo de ver, de forma equivocada o, cuando menos, confusa— parece considerar la *sursis* como una especie de *probation*, afirmando que para los países continentales la *probation* no era supervisión, sino suspensión de la ejecución de la pena (p. 410).

común el hecho de que aplican la alternativa para quien ya ha sido declarado culpable y condenado a prisión, y que no imponen reglas de conducta adicionales a no delinquir.

En gran parte de los países de la Europa continental, la introducción de la supervisión como elemento de las penas se produce reformando el modelo de suspensión. Es la propia suspensión de la ejecución de la pena de prisión la que admitirá añadir, como condición de la misma, requisitos adicionales diferentes a la no comisión de delitos durante el periodo de prueba, entre los que se encuentra la sujeción a la supervisión por parte de un agente. Este cambio se produce en la década de los años sesenta en países como Bélgica, que en 1964 introduce la *probation* como medida en el contexto de una suspensión de la condena o la pena. Beyens (2016, p. 14) afirma que esta introducción tuvo escasa aplicación práctica durante los primeros treinta años de su existencia. Austria hace lo propio en 1966; mientras que Francia promulga la suspensión de la pena con *probation*¹⁹ y en 1958, de manera paralela, crea los servicios de *probation*. Herzog Evans (2016, p. 54) destaca una particularidad de esta incorporación y es la evidente fertilización de su sistema penal por parte del Estado inglés mediante un explícito ejercicio de transferencia. Entre 1951 y 1953 Alemania funda su servicio de *probation* (*Bewährungshilfe*) y modifica su código penal introduciendo la *probation* en el contexto de una pena de prisión suspendida. Este caso también se reconoce como un ejercicio bastante notable de transferencia por parte de Inglaterra (Morgenstern, 2016, p. 78; Durnescu, 2014, p. 411). Suecia y los países escandinavos, por su parte, destacan por haber incorporado la *probation* teniendo expresamente en cuenta la experiencia de Estados Unidos, que fertilizó ampliamente el sistema de justicia penal (Svensson, 2016, pp. 212-214). Asimismo, otros países que han recurrido a Inglaterra (en específico, a su Servicio Nacional de Probation) para el desarrollo de sus propios sistemas de *probation* han sido Turquía, Bulgaria, República Checa, Rumanía, Croacia, Estonia, Bosnia, Ucrania y Azerbaiyán (Canton, 2009, p. 67).

Finalmente, cabe señalar que Canton (2009) encuentra la razón de este liderazgo anglosajón en la fertilización de las penas comunitarias en el predominio de la investigación norteamericana en las prácticas efectivas (*what works*).

V. EXCURSO: INTRODUCCIÓN DE LAS PENAS COMUNITARIAS EN ESPAÑA

Las penas con un elemento de intervención y supervisión aparecieron en España tardíamente. Con anterioridad, la vigencia del ideal

¹⁹ SME: *sursis avec mise à l'épreuve*.

rehabilitador y sus mecanismos paradigmáticos de tratamiento individualizado ya se habían incorporado, aunque tarde, en el sistema penitenciario, asumiendo los principios de tratamiento y de reinserción social del delincuente (Muñoz Conde, 1979, pp. 74-75; 1985, pp. 85-86). Como este mismo autor explica, la entrada de la rehabilitación (en sus denominaciones de resocialización y reeducación) en España con la promulgación de la Ley General Penitenciaria de 1979 y su cristalización en la Constitución Española de 1978 coinciden con el momento en que estas ideas estaban siendo objeto de duras críticas por diversos frentes. Muñoz Conde afirma que es saludable y digna

la decisión adoptada por el legislador en esta materia de recoger, aunque sea con retraso, las aspiraciones de tantos penalistas que desde hace más de un siglo vienen solicitando una configuración más humana y resocializadora del sistema de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad (1979, p. 75).

Sin embargo, agrega que esta decisión llega «en un momento en el que empiezan a oírse por todas partes quejas y aun a expresarse serias dudas sobre las posibilidades de la realización práctica y aun sobre la necesidad de la resocialización del delincuente» (Muñoz Conde, 1979, p. 75).

Así, antes de 1995, la intervención penal en libertad existía en España solo en el sistema juvenil, y en el de adultos únicamente en la fase de libertad condicional y en tercer grado. Cabe entonces preguntarse: ¿por qué la *probation* llega tan tardíamente a España? Para responder esta cuestión debemos, inicialmente, hacer referencia a las razones esgrimidas con anterioridad para el resto de Europa, retomando el hecho de que el desarrollo de un modelo de suspensión de la pena para delincuentes ocasionales que no necesitan de intervención excluye la necesidad de supervisión. Pese a ello, otros países del sistema de derecho civil incorporaron la supervisión en sus modelos de *sursis* en la década de los años sesenta. España no lo hizo, posiblemente a causa de dos cuestiones adicionales: la adopción de un sistema sancionador binario o dualista y la dictadura franquista.

Habrà un sistema dualista si los fines de represión, prevención y lucha contra la delincuencia se persiguen por medio de la pena y con ella coexisten medidas de seguridad o de corrección (Muñoz Conde, 1985, p. 39)²⁰. El legislador español optó por el sistema binario, que era el imperante en el siglo XIX, de acuerdo con el cual la intervención está reservada para las medidas de seguridad. La pena, en cambio, no debería integrar elemento alguno más allá del componente punitivo proporcional (Silva Sánchez, 1995, pp. 79-80). Cualquier cuestión diferente a esta idea para la pena pareciera ser mirada con desconfianza

20 En un sistema monista, todos estos fines se persiguen por medio del mismo instrumento: la pena.

51

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

por los principios del derecho penal liberal²¹. Cabe señalar, eso sí, que el modelo no es puro y admitió una evolución que contempla excepciones en la etapa ejecutiva de la pena y para la justicia de menores, por ejemplo (Silva Sánchez, 1995, pp. 80-83); pero sirve para explicar, en parte, las dificultades de la incorporación de las penas comunitarias en España.

Por otra parte, las ideas que provocaron un resurgimiento del ideal rehabilitador en los años sesenta no pudieron impactar en una España inmersa en la dictadura franquista. Cuando la dictadura acabó, no solo había otras prioridades a la hora de implementar el Estado de derecho, sino que el ideal rehabilitador ya estaba en su momento de descrédito e imperaba el pesimismo (Cid & Larrauri, 2005, p. 26; Muñoz Conde, 1979, p. 75).

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

VI. LA ARMONIZACIÓN DE SUSPENSIÓN Y *PROBATION* EN EUROPA DESDE LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA

Ambas instituciones (*probation* y suspensión de la pena) no evolucionaron aisladas. Así, por ejemplo, la Unión Internacional de Derecho Penal a la que hice referencia con anterioridad era frecuentada no solo por

21 Se pueden ver las críticas al sistema de medidas de seguridad en Muñoz Conde (1985, pp. 47-52).

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

53

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIASSUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

penalistas de la Europa continental, sino que también contaba con miembros de los Estados Unidos y del Reino Unido. Cuando la Unión postulaba en su constitución que debía contemplarse la sustitución de periodos cortos de prisión por otros castigos (Berdugo, 1982, p. 16), los anglosajones lo interpretaban para sus jurisdicciones como algo referido al sistema ya existente de *probation* (Van Zyl Smit *et al.*, 2015, p. 7).

En la evolución histórica hay varios eventos más que no solo aproximan ambas jurisdicciones en términos académicos y profesionales, sino que inician un camino de acercamiento y armonización normativa. La más destacable comienza en la década de los años noventa, en la etapa en que las penas comunitarias gozaron de una renovada popularidad. Recientemente, Robinson *et al.* (2014) ofrecieron cuatro narrativas que ayudan a explicar el vigor de las sanciones comunitarias en el contexto actual, pese a que tanto el ideal rehabilitador como el bienestarismo penal han decaído. De acuerdo con estos autores, las penas comunitarias se han adaptado a los cambios del contexto para permanecer como una respuesta coherente y creíble aun en la modernidad tardía. Estas adaptaciones implican no solo un cambio en el discurso, sino también en el contenido; así como en la justificación e, incluso, la creación de nuevas penas comunitarias. De esa forma, a) las penas comunitarias y las instituciones que participan en su ejecución se han adaptado a un modelo «gerencial», organizándose para la gestión y administración de penas, penados y sus riesgos; b) las sanciones se han adaptado, integrando y reconociendo su aspecto punitivo; c) se ha promovido la rehabilitación en un nuevo contexto, no por su humanidad y los beneficios para la vida del penado, sino enfatizando su valor instrumental para la protección del público; y d) se ha adaptado el discurso²³ y contenido²⁴ de las penas comunitarias, incorporado un elemento reparador para dotarlas de nueva legitimidad. La narrativa descrita en el punto b) permite su coherencia no solo con tendencias de carácter punitivo, sino también con aquellas retributivas, en el sentido de que las penas comunitarias ofrecen un marco penológico más amplio para operar con los principios de proporcionalidad, considerando sus restricciones de carácter personal. Como se señaló previamente, desde la escuela del merecimiento, Von Hirsch *et al.* (1989, pp. 599-600) confeccionaron el modelo Hirsch-Wasik-Greene para los «castigos en la comunidad», en el que proponen una idea de cómo aplicar estas penas en un modelo retributivo. Por su parte, la narrativa del punto c) genera ciertas aprensiones, pues considera problemática la centralidad que la seguridad pública ha ocupado en el debate —ya que no todo riesgo es previsible ni todo daño resulta prevenible (McNeill & Weaver, 2010, pp. 13-14)—, de manera que creo que hay que ser

23 De acuerdo con esta línea discursiva, la mejor forma de retribuir a la sociedad el daño realizado es enderezando su vida.

24 Con la incorporación de los servicios comunitarios y la mediación.

cuidadoso a la hora de justificar las penas comunitarias simplemente por su eficacia en la evitación de la reincidencia. Las penas comunitarias deben defenderse, más bien, porque evitan el recurso a la privación de la libertad y permiten una intervención resocializadora.

Estas cuatro características y evoluciones de las penas comunitarias nutren los argumentos que las dotan de legitimidad y las hacen creíbles, aun en lo que se ha denominado como el «giro punitivo de Europa», permitiendo su incremento constante desde la década de los años noventa (Aebi *et al.*, 2015, pp. 581-597). Para Yang (2019, p. 6), en este periodo, los dos aspectos que han facilitado el cambio en la percepción social de la impunidad respecto de las penas comunitarias son la ampliación del alcance de los penados «elegibles» para su imposición y el creciente énfasis en la seguridad ciudadana. Todo ello, a su vez, se refleja en las variadas e intensas condiciones vinculadas a las penas comunitarias y al incremento de la vigilancia sobre las mismas mediante el control electrónico.

Lo anterior se traduce en una cierta convergencia internacional, que se ha manifestado en regulación variada (ONU y Consejo de Europa) desde la década de los años noventa. De esta regulación, se puede destacar que se ha utilizado no solo para promover el uso de las penas comunitarias para reducir las tasas de prisión, sino también para desarrollar unos estándares mínimos que debían asumirse para asegurar el respeto de los derechos humanos de los penados (Morgenstern & Larrauri, 2013 pp. 126-130). Así, al revisar estos instrumentos, se pueden encontrar constantes referencias a la necesaria promoción de las penas comunitarias y el desarrollo más o menos pormenorizado de estándares mínimos para su implementación, reconociendo de esta manera la naturaleza punitiva de las penas comunitarias. Este último punto es de vital importancia, ya que constituye el valor fundamental de las recomendaciones e instrumentos internacionales, entregando un estándar de derechos humanos con el objeto de ensanchar o concretizar los instrumentos de derechos humanos en una materia particular.

Estos instrumentos internacionales persiguen una armonización de regulaciones y prácticas, entre otras cosas, de manera que muchos de los países miembros percibirán que sus prácticas son coherentes con las normas europeas cuando se dictan, mientras que otros usarán las reglas europeas para tomar decisiones acerca de cuáles debieran ser las prácticas y la estructura de sus servicios en materia de penas comunitarias (Canton, 2010, p. 65). Morgenstern y Larrauri (2013, p. 151), a su vez, observan con cierto escepticismo la posición de algunos Estados que sostienen cumplir con los estándares de las Recomendaciones europeas (y, por tanto, tendrían un valor o interés reducido en sus jurisdicciones).

55

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIASSUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

Una cuestión que surge con la transferencia de políticas que implican estas normativas internacionales (así como cualquier otra) es que mientras la transferencia debe tener en cuenta y respetar las formas locales de hacer las cosas, los Estados muchas veces buscan la inspiración y guía de otros países (Canton, 2010, p. 65). De esa manera, la existencia de estas normas internacionales puede incrementar la influencia de los países anglosajones en el desarrollo o cambio de las políticas penológicas en jurisdicciones del derecho civil. Toda esta influencia, sin embargo, puede verse bastante limitada por el reciente proceso del Brexit.

Respecto del impacto de las normas europeas en materia de penas comunitarias, Morgenstern (2009, pp. 135-139) ha sostenido que estas pueden tener un impacto punitivo en las legislaciones nacionales, ya que regular instituciones como las penas indeterminadas y el control electrónico²⁵ sin una evaluación previa de su efectividad y sus consecuencias puede llevar a la adopción de estas instituciones por parte de algunas jurisdicciones del derecho civil que no las contemplaban, pudiendo incluso catalizar procesos de expansión de la red penal. La académica modera su preocupación al recordarnos que las normas internacionales en esta materia han sido fruto del esfuerzo mancomunado de profesionales veteranos del sistema penal y la academia; así, la participación de técnicos y académicos en las decisiones de política criminal ha sido considerada como un factor de protección ante las tendencias punitivistas.

En el año 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (*non-custodial measures*) en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre, más conocidas como Reglas de Tokio. Esta resolución procuraba el fomento del uso de las medidas no privativas de libertad por parte de los Estados, así como el establecimiento de garantías mínimas en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los penados; y constituyen un esfuerzo por enfrentar la sobrepoblación penitenciaria y mejorar la credibilidad de las penas no privativas de libertad (Morgenstern, 2009, p. 129). En su desarrollo trabajaron cuerpos internacionales y ONG, mientras que la redacción estuvo a cargo de los expertos del Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes (Unafei), que trabajó con base en una propuesta de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria: las Reglas de Groningen de 1988 (p. 130).

En cuanto a la regulación europea en materia de penas comunitarias, ha sido desarrollada especialmente a partir de recomendaciones que, pese a no tener un carácter vinculante, tienen un valor que emana de su

25 En este último caso, hace referencia a las presiones de las compañías proveedoras.

autoridad por haber sido adoptadas unánimemente por los representantes de los Gobiernos (el Comité de Ministros) y por la participación de diversas ONG y académicos en su preparación (Morgenstern, 2009, p. 131; Morgenstern *et al.*, 2017, pp. 19-20). El instrumento de la recomendación está regulado, en general, en el artículo 15 del Estatuto del Consejo de Europa²⁶, que en su parte final establece como única suerte de mecanismo de control a la petición por parte del Comité de informes a los Estados respecto de las medidas tomadas en relación con la recomendación.

En 1992 se publicaron las Reglas Europeas sobre Penas y Medidas Comunitarias, las cuales fueron actualizadas en el año 2000 para admitir las penas indeterminadas. En su preámbulo, se estipuló que la aplicación de las penas comunitarias debía balancear la necesidad de proteger a la sociedad y las necesidades del penado, teniendo en cuenta su adaptación social.

En el año 2017 estas reglas europeas fueron reemplazadas, siguiendo la Recomendación CM/Rec(2017)3, con el objeto de actualizarlas considerando el desarrollo que han experimentado los distintos Estados miembros en materia de penas comunitarias; su potencial para combatir la delincuencia, disminuir el daño y mejorar la justicia, evitando los efectos negativos del encarcelamiento; las nuevas posibilidades de un uso más efectivo de las penas comunitarias; y los nuevos desarrollos y prácticas identificadas por los Estados miembros, entre otras razones. Los principios y principales reglas se mantuvieron en esencia, desarrollándose o actualizándose en ocasiones de acuerdo con las nuevas tendencias penológicas (así, por ejemplo, se hace referencia al desistimiento como finalidad de las penas comunitarias).

En 2008 se adoptó la Decisión Marco 2008/947/JAI para la supervisión de medidas de *probation* y penas alternativas, y en 2010 se publicaron las Reglas Europeas sobre Probation. Sobre estas últimas, Canton (2010, p. 69), uno de los dos académicos que apoyó al Consejo de Europa en la cooperación penológica para la redacción de las reglas, afirma que estas representan el compromiso de guiar el desarrollo de la *probation* dentro del espíritu y la letra de la Convención. En el mejor de los casos, estas reglas podrían convertirse en la inspiración y el origen del trabajo de libertad condicional en Europa; o, cuando menos, servir como una

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

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

restricción ética sobre los excesos potenciales del punitivismo, la justicia preventiva y la instrumentalización de la *probation*.

Este impulso académico y europeo en la década de los años noventa puede percibirse en las reformas nacionales que incorporan o refuerzan las penas comunitarias en diversos países. Así, Bélgica introduce en 1994 los servicios comunitarios y la mediación en un intento de endurecer las penas alterativas y enfrentar su problema de legitimidad, a lo que siguen diferentes cambios legislativos para introducir nuevas penas comunitarias autónomas, no sujetas a la suspensión de una pena de prisión (Beyens, 2016, p. 15). Como se desarrolló *supra*, en España se introdujeron las primeras penas comunitarias en 1995, año en que se dictó un nuevo código penal que contempló la suspensión de la pena con condiciones (*probation*) y los trabajos en beneficio de la comunidad en modalidad de pena directa o sustitutiva de una pena privativa de libertad (Blay & Larrauri, 2016, p. 193). En Francia, en los años 1983 y 1997, respectivamente, se introdujeron los servicios comunitarios (como condición en la suspensión y como pena autónoma) y el control telemático en un nuevo ejercicio de transferencia por parte del Estado inglés (Herzog-Evans, 2016, p. 54). Los Países Bajos ampliaron en 2001 el marco legal de las penas comunitarias, de manera que a las que ya se aplicaban como sustitutivas de la prisión se agregaron otras de existencia autónoma. Así nacen las *taakstraffen* (literalmente, «pena de tareas») o servicios en beneficio de la comunidad, las cuales podían ser impuestas por el juez como pena autónoma y, además, eran susceptibles de ser invocadas por el fiscal como una condición de un acuerdo extrajudicial (Boone, 2016, pp. 96-97). En la década de los años noventa, Alemania fue parte de la discusión en torno a las penas comunitarias; sin embargo, se resistió por diversas razones a modificaciones legales que ampliarían las penas alternativas existentes, salvo en algún Estado en particular (Morgenstern, 2016, pp. 82-83). A pesar de ello, el país germano realizó modificaciones en la misma línea ya iniciado el siglo XXI.

VII. CONCLUSIONES

La supervisión en las penas comunitarias nació en los sistemas del *common law* como una herramienta necesaria para la rehabilitación de los penados, lo que explica que estuviera ausente en el origen de las penas alternativas en los sistemas de derecho civil, ya que estas surgieron como respuesta para penados que se estimaba que no requerían de rehabilitación (o resocialización) alguna.

Con el tiempo, los sistemas del *common law* fertilizaron a los sistemas del derecho civil, transfiriendo este elemento de supervisión a sus penas alternativas propias (*sursis*) en dos olas. La primera ola se dio en la década de los años sesenta, durante el auge del ideal rehabilitador,

57

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

cuando los países del derecho civil incluyeron la supervisión dentro de sus sistemas penológicos. La transferencia fue resistida en dos sentidos: no se incorporó la supervisión como pena autónoma mediante la introducción de la *probation*, sino modificando el modelo existente de *sursis*; y estas nuevas figuras fueron aplicadas tímidamente por parte de los países. Cabe considerar, además, que el denominado decaimiento del ideal rehabilitador probablemente obró como concausa en este fenómeno.

En la segunda ola, la fertilización se produjo en la década de los años noventa. Dos fenómenos operaron como catalizadores en este proceso: en ese momento histórico, la supervisión como elemento de las penas no privativas de libertad había evolucionado de conformidad a los nuevos tiempos, por lo que gozaba de una nueva popularidad. Algunos de estos cambios eran sustantivos, como la incorporación del control telemático y la tendencia a incrementar las obligaciones de los penados sometidos a las penas comunitarias; pero otros cambios implicaban principalmente modificaciones en el discurso, como la defensa de esta tipología de penas por su carácter punitivo, que podía responder a las exigencias de mayor rigor en un giro punitivo europeo o por su contribución a la seguridad ciudadana mediante la rehabilitación de los penados.

El segundo catalizador consistió en la creciente normativa internacional en materia de penas comunitarias, la cual buscaba promover el uso de estas instituciones para disminuir el recurso a la prisión, estableciendo estándares mínimos de derechos humanos en su implementación. Esta tendencia nomogenética sirvió como inspiración para la profundización de la supervisión en el sistema penológico de algunas jurisdicciones del derecho civil.

Por último, es necesario reflexionar sobre los impactos de los fenómenos de transferencia de las penas comunitarias en los sistemas penales. Al tratarse de una institución estructuralmente ubicada entre la prisión, por un extremo, y las penas nominales y de multa, por otro, las penas comunitarias pueden producir un efecto de reducción del recurso a la prisión (como es promovido por las reglas internacionales) o de expansión de la red penal en el que se amplía el ámbito de control penal del Estado. Dicho control se traduce en la supervisión de sujetos que antes no entraban al sistema penal, la facilitación del castigo de nuevas conductas y una intervención más intensa en la vida de penados que, sin las penas comunitarias, podrían haber optado a una pena sin supervisión. Esto invita a un uso moderado de las penas comunitarias, delimitando *a priori* su ámbito de injerencia para absorber casos de potenciales privados de libertad. Sin embargo, no deja de ser paradójico que el fenómeno de transferencia de las penas comunitarias, que reconoce como objetivo la reducción del recurso a la prisión, ocurra desde los países anglosajones,

que tienen problemas tanto más importantes de sobrepoblación carcelaria que los países de sistemas del derecho civil.

59

REFERENCIAS

Aebi, M., Delgrande, N., & Marguet, Y. (2015). Have community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems? *Punishment & Society*, 17(5), 575-597. <https://doi.org/10.1177%2F1462474515615694>

Allen, F. A. (2009) [1981]. The Decline of the Rehabilitative Ideal. En A. Von Hirsch, A. Ashworth y J. Roberts (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (pp. 11-15). Oxford: Hart.

Berdugo, I. (1982). *Evolución del derecho penal contemporáneo y la unión internacional*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

Beyens, K. (2016). The new generation of community penalties in Belgium: More is less... En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 13-29). Nueva York: Routledge.

Blay, E., & Larrauri, E. (2016). Community punishments in Spain. A tale of two administrations. En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 191-208). Nueva York: Routledge.

Blay, E. (2019). El papel de los Delegados de Ejecución en la ejecución penal en la comunidad ¿gestores o agentes de rehabilitación? *InDret*, (4). <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/364409>

Boone, M. (2016). Community Punishment in the Netherlands: A history of crises and incidents. En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 95-113). Nueva York: Routledge.

Boone, M., & Maguire, N. (eds.). (2017). *The enforcement of offender supervision in Europe: understanding breach processes*. Nueva York: Routledge.

Bottoms, A., Gelsthorpe, L., & Rex, S. (2001). The contemporary scene for community penalties. En A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges* (pp. 1-15). Londres, Nueva York: Routledge.

Bottoms, A., Rex, S., & Robinson, G. (2004). How did we get here? En A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson (eds.), *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*. Londres, Nueva York: Routledge.

Canton, R. (2009). Taking probation abroad. *European Journal of Probation*, 1(1), 66-78. <https://doi.org/10.1177%2F206622030900100105>

Canton, R. (2010). European Probation Rules: What they are, why they matter. *EuroVista: Probation and Community Justice*, 1(2), 62-71. <http://hdl.handle.net/2086/5685>

Cid, J. (2007). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (11), 151-168.

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

Cid, J. (2009). *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Barcelona: Bosch.

Cid, J., & Larrauri, E. (2005). Penas alternativas y delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar? En J. Cid y E. Larrauri (eds.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* (pp. 13-44). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cohen, S. (1988). *Visiones de control social*. Barcelona: PPU.

Durnescu, I. (2014). Community sanctions. En *The Routledge handbook of European criminology*. Londres, Nueva York: Routledge.

Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión (2da ed.)*. México: Siglo XXI.

Garland, D. (2005 [2001]). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.

Herzog-Evans, M. (2016). Legal architecture, political posturing, «prisonbation», and adieu social work. En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 51-71). Nueva York: Routledge.

Larrauri, E. (1991). Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 44, 45-64.

Larrauri, E. (1996). Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*, 19, 203-218. <http://hdl.handle.net/10347/4130>

Maqueda, M. L. (1985). *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

Martí Barrachina, M. (2019). Prisiones abiertas: la supervisión de la pena de prisión en semilibertad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21(7). <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-07.pdf>

Martínez, J. (2012). La libertad vigilada. *Cuadernos Digitales de Formación*, (2).

Martinson, R. (1974). What Works? Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, 35, 22-54.

McNeill, F., & Robinson, G. (2016). Community punishment and the penal state. En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 228-240). Nueva York: Routledge.

McNeill, F., & Weaver, B. (2010). *Changing Lives? Desistance Research and Offender Management*. SCCJR Project Report N° 03/2010. <https://www.sccjr.ac.uk/publications/changing-lives-desistance-research-and-offender-management/>

Morgenstern, C. (2009). European Initiatives for Harmonisation and Minimum Standards in the Field of Community Sanctions and Measures. *European Journal of Probation*, 1(2), 128-141. <https://doi.org/10.1177/206622030900100205>

Morgenstern, C. (2016). 'Der resozialisierungsgrundsatz': Social reintegration as the dominant narrative for community punishment in Germany? En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 72-94). Nueva York: Routledge.

Morgenstern, C., & Larrauri, E. (2013). European Norms, Policy and Practice. En F. Mcneill y K. Beyens (eds.), *Offender Supervision in Europe* (pp. 125-154). Hampshire, Nueva York: Palgrave Macmillan.

Morris, N., & Rothman, D. J. (1998). *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in Western society*. Nueva York: Oxford University Press.

Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, 31, 73-84.

Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.

Murillo, C. (2017). Las nuevas penas comunitarias de la ley 18.216: cuatro tensiones a nivel de ejecución. *Nova Criminis*, 9(13), 109-149.

Nellis, M. (2001). Community penalties in historical perspective. En A. Bottoms, L. Gelsthorpe y S. Rex (eds.), *Community Penalties. Change and challenges* (pp. 16-40). Londres, Nueva York: Routledge.

Ortiz de Urbina, Í. (2010). La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo? Transcripción de la ponencia en las XXXII Jornadas organizadas por la Abogacía General del Estado. *El Nuevo Código Penal*. https://www.mjjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292342418143-Ponencia_de_Inigo_Ortiz_de_Urbina_Gimeno.PDF

Petersilia, J. (1997). Probation in the United States. *Crime and Justice*, 22. <https://doi.org/10.1086/449262>

Phelps, M. S. (2013). The Paradox of Probation: Community Supervision in the Age of Mass Incarceration. *Law & Policy*, 35(1-2), 51-80. <https://doi.org/10.1111/lapo.12002>

Raynor, P. (2012). Community penalties, probation and offender management. En M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology* (5ta ed.). Oxford: Oxford University Press.

Robinson, G., Mcneill, F., & Maruna, S. (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones comunitarias (Javier Velasquez, trad.). *Política Criminal*, 9(17), 147-181. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000100005>

Robinson, G., & Mcneill, F. (2016). Studying the evolution of 'community punishment' in comparative context. En G. Robinson y F. Mcneill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 1-12). Nueva York: Routledge.

Roldán, H. (1988). *Historia de la prisión en España*. Barcelona: PPU.

Rothman, D. J. (2002). *Conscience and convenience: the asylum and its alternatives in progressive America*. Nueva York: Aldine de Gruyter.

Rowbotham, J. (2009). Turning away from criminal intent: Reflecting on Victorian and Edwardian strategies for promoting desistance amongst petty offenders. *Theoretical Criminology*, 13(1), 105-128. <https://doi.org/10.1177/1362480608100175>

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

Rumgay, J. (2009). Probation. *The New Oxford Companion to Law*. Oxford: Oxford University Press.

Silva Sánchez, J. M. (1995). Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad para inimputables y semiimputables. *Derecho Penal y Criminología*, 18(79). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpenkrim18&div=11&id=&page=>

Svensson, K. (2016). Philanthropy, welfare state and managerial treatment: Three phases of community punishment in Sweden. En G. Robinson y F. McNeill (eds.), *Community Punishment: European perspectives* (pp. 209-227). Nueva York: Routledge.

Tamarit, J. (2007). Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9(6), 1-40. <http://hdl.handle.net/10459.1/347>

Van Zyl Smit, D., Snacken, S., & Hayes, D. (2015). «One cannot legislate kindness»: Ambiguities in European legal instruments on non-custodial sanctions. *Punishment & Society*, 17(1), 3-26. <https://doi.org/10.1177/1462474514560186>

Von Hirsch, A., Wasik, M., & Greene, J., (1989). Punishments in the community and the principles of desert. *Rutgers Law Journal*, 20(3), 595-618.

Worrall, A., & Hoy, C. (2005). *Punishment in the community: managing offenders, making choices* (2da ed.). Cullompton, Devon: Willan Publishing.

Yang, X. (2019). Changes in European instruments as a reflection of a shift in legal philosophies relating to community sanctions and measures. *European Journal of Criminal Policy and Research*, 25, 153-169. <https://doi.org/10.1007/s10610-018-9369-2>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Crime and Courts Act (25 de abril de 2013).

Criminal Justice Act (21 de julio de 1991).

Decisión Marco 2008/947/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (Consejo de Europa, 27 de noviembre de 2008).

Estatuto del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949).

Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (12 de enero de 2000).

Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (22 de junio de 2010).

Probation of Offenders Act (21 de agosto de 1907).

Recomendación CM/Rec(92)16 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo sobre las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (1992).

Recomendación CM/Rec(2000)22 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo en mejorar la implementación de las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (2000).

Recomendación CM/Rec(2017)3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo europeo sobre las reglas europeas sobre penas y medidas comunitarias (2017).

Recomendación CM/Rec(2010) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la probation, Reglas europeas de probation (2010).

Reglas mínimas para la implementación de medidas no privativas de libertad, Reglas de Groningen (1988).

Resolución N° 45/110 de la Asamblea General sobre Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio (14 de diciembre de 1990).

Unión Internacional de Derecho Penal, Estatutos (1889).

63

SUPERVISIÓN EN LA
EJECUCIÓN DE LAS
PENAS ALTERNATIVAS:
ORIGEN,
FERTILIZACIÓN Y
RESISTENCIAS

SUPERVISION
IN ALTERNATIVE
PUNISHMENT:
ORIGIN,
FERTILIZATION AND
RESISTANCES

Recibido: 29/04/2021

Aprobado: 22/09/2021