

La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse

(The European policy on alternatives to prison and the Spanish penal system: a gap that needs to be overcome)

José Cid

Criminologia Aplicada a la Penologia
Department of Political Science and Public Law
Universitat Autònoma de Barcelona
e-mail: Josep.Cid@uab.es

The final, definitive version of this paper has been published in *Estudios Penales y Criminológicos*, 30: 55-83, 2010, by Universidade de Santiago de Compostela.
Available at <http://hdl.handle.net/10347/4155>

(A mi padre, quien me transmitió el valor del inconformismo, felicitándole en su 92 cumpleaños.)

SUMARIO¹

La presente aportación discute si el sistema penológico español está suficientemente adaptado a las recomendaciones del Consejo de Europa relativas al sistema de sanciones alternativas a la prisión. Se parte de la premisa que la armonización de las legislaciones europeas en materia penológica debería basarse en el cumplimiento de los principios de la política criminal europea, puesto que ésta supone un desarrollo de los derechos humanos en el ámbito de las sanciones penales. El artículo procede estableciendo los dos principios básicos de la política criminal europea: concebir la prisión como *ultima ratio* y disponer de un sistema efectivo de sanciones alternativas a la prisión, que constituya la respuesta normal frente a la comisión de una infracción penal. A continuación se desarrollan estos principios y se muestra su incumplimiento por parte de la legislación y la práctica españolas. En el trabajo se realizan diversas propuestas para conseguir que nuestro sistema de sanciones alternativas se adapte a los postulados europeos.

Palabras clave: Sanciones alternativas a la prisión. Prisión. Política criminal Europea. Recomendaciones Consejo de Europa.

SUMMARY

This paper discusses whether the Spanish penal system respects the principles of the European policy on alternatives to prison. The starting point is that harmonisation among European penal systems should be based on the principles of the European policy because this is a human rights matter. The paper presents the two main principles of the European policy: using prison as a last resort and having an effective system of alternative sanctions to deal with offenders. Then the paper proceeds showing the gap between those principles and the Spanish penal system and make proposals to amend the failures.

Key words: Alternatives to prison. Prison. European policy. Council of Europe Recommendations.

¹ La investigación que se presenta en este artículo ha estado subvencionada por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Políticas de Reinserción en el ámbito penal, DER 2008-05041) y por el Gobierno de Cataluña (AGAUR, Grupo de Investigación consolidado en Criminología aplicada a la Penología, SGR 2009-1117). Su finalización se ha producido en una estancia como investigador visitante en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge entre enero y junio del 2010, gracias a la subvención obtenida por el programa Salvador de Madariaga de “Estancias de movilidad de profesores e investigadores séniores en centros extranjeros de enseñanza superior”, concedida por el Ministerio de Educación (PR 2009-0498). Mi agradecimiento a: Manuel Cachón, Montse Pi y Ángel Sanz, por sus comentarios a una primera versión de este trabajo y también, además, a Christinne Morgenstern y a Ioan Durnescu, por atender a mis consultas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende ser una reflexión introductoria a un tema que preocupa a buena parte de la cultura jurídico-penal y criminológica española: el hecho de que, a pesar de los 30 años de democracia y de nuestra plena incorporación a las instituciones europeas, nuestro sistema penológico se encuentre todavía bastante alejado de los estándares europeos relativos al sistema de sanciones alternativas a la prisión².

Como han explicado VAN ZYL SMIT Y SNACKEN³, la política criminal europea en materia penológica surge a partir de la creación del Consejo de Europa (1949) y de la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (1950). El principio básico que inspira estos convenios es la idea de unidad europea sobre la base de salvaguardar los derechos humanos en todos los estados miembros (Arts 1 y 3 del Estatuto del Consejo de Europa). En este marco legislativo, la política criminal europea se ha elaborado, fundamentalmente, a partir de los siguientes instrumentos: a) las resoluciones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; b) las recomendaciones⁴ del Comité de Ministros del Consejo de Europa (que tienen como base la creación en 1958 de un órgano técnico: el Comité Europeo en Problemas Criminales y de un sub-comité creado en 1981: el Consejo para la Cooperación Penológica); c) los informes del Comité para la Prevención de la Tortura, de carácter general y específicos, tras sus visitas a los centros de internamiento de los países firmantes (órgano creado a partir de la aprobación en 1987 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratamientos Inhumanos o Degradantes).

El objetivo que los países miembros del Consejo de Europa deben disponer de principios penológicos comunes se fundamenta en dos razones. En primer lugar, en la consideración que la cuestión del castigo afecta directamente a los derechos humanos (valga como ejemplo la prohibición de la tortura y de penas o tratamientos inhumanos o

² Reflexiones concordantes con las que se hacen en este artículo pueden encontrarse en la reciente obra coordinada por TAMARIT, J.M., *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Pamplona 2009 y, en particular, en TAMARIT “ Sanciones penales, derecho comparado y política criminal europea”, en TAMARIT, J.M. (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, cit., pp. 21-56. Un programa de reforma de la legislación penológica española en línea con la política criminal europea en: Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Málaga, 2005.

³ VAN ZYL SMIT, D y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and policy. Penology and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁴ Utilizo el concepto genérico de recomendaciones, pero el primer nombre que tomas estos instrumentos es el de resoluciones.

degradantes establecida en el art. 3 CEDH) y en segundo lugar, en la idea que la cooperación entre estados requiere de una aproximación de las legislaciones⁵.

La cooperación entre estados se refiere, fundamentalmente, a la cuestión de que una medida cautelar o una pena (pena alternativa o prisión) impuesta en un estado pueda ser ejecutada en otro estado cuando la persona a quien se le ha impuesto reside en este segundo estado. A través del reconocimiento mutuo se busca garantizar el principio de reinserción que deben perseguir las sanciones penales, posibilitando que la persona cumpla su sanción sin ser separado de su contexto social (sanción alternativa) o con la mayor cercanía posible a este contexto (prisión). La idea de cooperación entre estados como fuente de la armonización de las legislaciones, se ha reforzado en los últimos años, en el contexto de la Unión Europea, a partir del Consejo de Tampere de octubre de 1999. El Consejo de la Unión Europea ha dictado diversas Decisiones Marco relativas al reconocimiento mutuo de penas de multa (Decisión Marco 2005/214/JHA, 24 febrero 2005), de penas privativas de libertad (Decisión Marco 2008/909/JHA, 27 noviembre 2008), de sanciones alternativas a la prisión (Decisión Marco 2008/947/JHA, 27 noviembre 2008) y de sanciones alternativas a la prisión preventiva (Decisión Marco 2009/829/JHA, de 23 de octubre 2009).

La armonización de las legislaciones europeas en materia penológica –un objetivo que se deriva tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea- parece lógico que deba basarse en lo que se ha denominado la política criminal europea⁶, puesto que esta política supone un desarrollo de los derechos humanos en el ámbito de las sanciones penales.

Para desarrollar el objeto del presente artículo, en primer lugar expondré los principios básicos de la política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión (para ello tomaré en consideración preferentemente las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pues son ellas las que han establecido los citados principios)⁷ y, a continuación, especificaré los que, a mi juicio, son los nueve aspectos principales de distanciamiento entre la legislación y práctica penológica españolas y la política criminal europea.

⁵ Véase European Commission (2004). Com (2004) 334 final. *Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union*. Presented by the Commission, Brussels, 30-04-2004, en el que se establece que el principio de reconocimiento mutuo supone una confianza mutua y que para ello se requiere una aproximación de las legislaciones.

⁶ Van Zyl Smit, D y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law...*, op.cit.

⁷ Todas las recomendaciones citadas se encuentran accesibles en el sitio oficial del Consejo de Europa: <http://www.coe.int>

2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA EN MATERIA DE SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN⁸

La política criminal europea en materia penológica responde a dos principios fundamentales y complementarios: primero, la prisión debe ser *ultima ratio* en el sistema de sanciones y, segundo, las sanciones alternativas a la prisión deben ser la respuesta normal frente a la comisión de un delito.

(i) La prisión como *ultima ratio*

Desde sus primeras resoluciones, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha establecido la idea de que la prisión sólo puede utilizarse cuando es necesaria para alcanzar los objetivos del castigo⁹. Es cierto que, en el desarrollo de sus recomendaciones, este principio ha tenido dos especificaciones distintas: por una parte se ha indicado que la pena de prisión únicamente debe adoptarse cuando la gravedad de la conducta haga inapropiada cualquier otra sanción¹⁰ y, por otra parte, que la pena de prisión sólo es admisible cuando ninguna otra pueda alcanzar el objetivo de la rehabilitación¹¹. Se trata de dos fundamentos distintos del reduccionismo: el modelo punitivo proporcionalista en el primer caso y el modelo rehabilitador en el segundo. A mi juicio, la segunda especificación de este principio lleva a consecuencias más reduccionistas que la primera¹².

La idea de necesidad de la sanción tiene dos dimensiones: que deben utilizarse otras sanciones preferentemente a la prisión en primera instancia y que en el caso de que se imponga una pena de prisión ésta sea sustituida, en el curso de la ejecución, cuando las finalidades del castigo ya pueden alcanzarse a través de otras sanciones.

⁸ Utilizo el concepto de “alternativa a la prisión”, para referirme a respuestas no privativas de libertad en los cuatro supuestos siguientes: a) sanciones alternativas a la prisión preventiva frente a personas acusadas de cometer una infracción penal; b) sanciones extra-judiciales a persona que reconocen la comisión de un delito (incluyendo aquí los mecanismos de justicia restauradora); c) penas impuestas en vía judicial y d) mecanismos de liberación anticipada condicional de una persona condenada a pena privativa de libertad (ej. libertad condicional). Como después veremos, existen recomendaciones europeas específicas para los distintos supuestos incluidos en esta definición.

⁹ Resolution (65) 1, Suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment. 22 enero 1965, Exposición de motivos.

¹⁰ Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, art. 1, Exposición de motivos.

¹¹ Resolution (65), 1 Suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment. 22 enero 1965, Exposición de motivos.

¹² No puedo desarrollar aquí esta idea sobre las diferentes consecuencias reduccionistas los modelos punitivos proporcionalista y rehabilitador. Remito para ello a CID, *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, 2009.

En el conjunto de las recomendaciones europeas se proporcionan diversas razones a favor del principio de utilizar la prisión como *ultima ratio*. Lógicamente la primera razón es que la pena de prisión priva de un derecho fundamental a la persona. Como se señala en las Reglas Penitenciarias Europeas,

Nadie puede ser privado de su libertad salvo que esta medida sea el único recurso disponible¹³.

Además, se alude a los efectos negativos del encarcelamiento (con referencia implícita a las privaciones personales y para la familia)¹⁴, a su incapacidad para lograr la rehabilitación de las personas condenadas¹⁵, a sus consecuencias adversas para el respeto a los derechos humanos de los reclusos¹⁶ y para la gestión del sistema penitenciario¹⁷, cuando se produce una situación de masificación, y a su alto coste económico¹⁸.

Con razón, a mi juicio, Van ZYL SMIT Y SNACKEN¹⁹ plantean que el principio de que sólo puede utilizarse la prisión como último recurso forma parte de los derechos humanos de la persona.

(ii) Las sanciones alternativas a la prisión como respuesta normal frente a la comisión de un delito

En las recomendaciones europeas, la justificación de las sanciones alternativas a la prisión como respuesta normal frente a la comisión de un delito se fundamenta en dos ideas: en primer lugar, estas sanciones respetan la libertad de la persona y evitan los efectos negativos del encarcelamiento antes mencionados y, en segundo lugar, están en mejores condiciones que la pena de prisión de conseguir las finalidades del castigo.

Respecto de la capacidad de las sanciones alternativas de cumplir las finalidades del castigo, las recomendaciones europeas señalan que: son capaces de satisfacer el principio de proporcionalidad²⁰, son idóneas –cuando toman en consideración el riesgo

¹³ Recommendation (2006) 2, European Prison Rules, 11 enero 2006, Exposición de motivos.

¹⁴ Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, art. 8.

¹⁵ Recommendation (2003) 22, Conditional Release (Parole), 24 septiembre 2003, Exposición de motivos.

¹⁶ Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, Exposición de motivos.

¹⁷ Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, Exposición de motivos.

¹⁸ Recommendation (2003) 22, Conditional Release (Parole), 24 septiembre 2003, Exposición de motivos.

¹⁹ Van Zyl Smit, D y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law...*, op.cit., p.359

²⁰ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, Art. 6.

y necesidades del infractor- para proteger a la colectividad²¹, permiten satisfacer el principio de rehabilitación, al afrontar las necesidades del infractor y los factores vinculados al desistimiento del delito²² y pueden fomentar la responsabilidad del infractor con referencia a la sociedad en general y a la víctima en particular²³.

3. LA BRECHA ENTRE LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA Y LA REALIDAD PENOLÓGICA ESPAÑOLA

Una comparación entre los principios que se reflejan en el conjunto de recomendaciones penológicas del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la realidad penológica española permite establecer nueve puntos principales en que nuestro sistema punitivo no cumple con la política criminal europea.

1º) Carencia de un sistema organizado de resolución extra-judicial de conflictos penales (incluyendo mecanismos de justicia restauradora)

Sobre la base de la idea fundamental establecida en la Recomendación 99 (22)²⁴ de que los estados deben llevar adelante políticas para reducir la población penitenciaria, en diversas recomendaciones se establece que deben existir vías para impedir la entrada de asuntos en el sistema judicial penal.

La primera vía propuesta es que la autoridad competente de la persecución del delito subordine la no continuación del procedimiento al cumplimiento de determinadas condiciones, como pueden ser el pago de una suma de dinero o la sumisión a una medida de probation²⁵.

La segunda vía, que se establece tanto la Recomendación relativa a la mediación en asuntos penales²⁶, como la Decisión Marco de la Unión Europea sobre el papel de las víctimas en los procedimientos penales²⁷ consiste en que los estados participantes en estas organizaciones dispongan de un sistema de mediación en asuntos penales,

²¹ Véase: Resolution (65) 1, Suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment, 22 enero 1965, art. 1; Recommendation (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 54.

²² Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art. 22 y Recommendation (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 1.

²³ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, Exposición de motivos; Recommendation (99) 19, Mediation in penal matters, 15 septiembre 1999, Exposición de motivos.

²⁴ Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, exposición de motivos.

²⁵ Recommendation (87) 18, Simplification of criminal justice, 17 septiembre 1987, Epígrafe 1, art. a-6.

²⁶ Recommendation (99) 19, Mediation in penal matters, 15 septiembre 1999;

²⁷ Council Framework Decision 2001/220/JHA, Standing of victims in criminal proceedings, 15 marzo 2001.

alternativo al sistema penal tradicional, que permita que la víctima y el infractor, bajo la mediación de una persona competente, lleguen a una solución al conflicto, que deba ser considerada por las autoridades competentes²⁸.

La solución a esta carencia de vías pre-judiciales de solución de los conflictos penales parece que implica una necesidad de revisión del principio de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal que rige la justicia penal de adultos en España. En este sentido la Recomendación (87) 18 establece que los estados o bien plasman el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal o bien, alternativamente, formulan excepciones al principio de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal, que hagan posible el recurso a los dos vías antes anteriormente indicadas²⁹.

Una vez reconocido en determinada medida el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, se requerirá establecer un marco normativo que posibilite las citadas respuestas y, en particular para el caso de la mediación, una organización administrativa que gestione los citados procedimientos³⁰.

2º) Carencia de un sistema suficiente de alternativas a la prisión preventiva

La prisión preventiva tiene un importante impacto en las tasa de encarcelamiento en España: representa aproximadamente 2/3 de las entradas en prisión y 1/4 de la población reclusa³¹. De estos datos puede surgir la duda, por lo menos, de si una parte de estas entradas en prisión preventiva podrían haber sido evitadas si se dispusiera de un sistema adecuado de alternativas a esta institución. Además, la primera investigación empírica que, si no voy errado, se ha realizado en España sobre el uso judicial de la prisión preventiva muestra que 1/3 de las personas que sufrieron prisión preventiva

²⁸ Véase en particular art. 10, Council Framework Decision 2001/220/JHA, Standing of victims in criminal proceedings, 15 marzo 2001.

²⁹ Recommendation (87) 18, Simplification of criminal justice, 17 septiembre 1987 (Véase en particular el epígrafe 1, discretionary prosecution).

³⁰ Si bien en España existen algunas experiencias de mediación en asuntos penales que cuentan con el apoyo de la administración y del sistema judicial (inf. en GUIMERÁ, A., “La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio de la experiencia piloto de Cataluña”, *Revista española de investigación criminológica*, 2005, <http://www.criminologia.net>, y PASCUAL, E. RÍOS, J. SÁEZ, C y SÁEZ, R., “Una experiencia de mediación en el proceso penal”, *Boletín criminológico* 102, 2008) se carece de un marco normativo y de una organización administrativa que promueva que la mediación sea una posibilidad general de respuesta frente a la comisión de una infracción penal, que pueda darse fuera del contexto del procedimiento penal.

³¹ CID, J., “El incremento del encarcelamiento en España entre 1996-2006: diagnóstico y remedios”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2008, 6/2. www.criminologia.net

fueron posteriormente absueltas o condenadas a una pena alternativa a la prisión³², lo cual es un indicio de que se carece de un sistema adecuado de alternativas a la prisión preventiva.

Las recomendaciones europeas en materia de alternativas a la prisión preventiva establecen dos ideas básicas: en primer lugar, el principio de necesidad de la prisión preventiva, en base al cual antes de imponer esta decisión el juez debe descartar que los fines que se pretenden se puedan lograr a través de algunas de las alternativas previstas en la legislación³³ y, en segundo lugar, el que exista un catálogo amplio de alternativas a la prisión preventiva. Entre las medidas alternativas citadas en las recomendaciones se incluyen algunas ya previstas en la legislación española (presentación a la autoridad judicial, medidas de alejamiento de la víctima, prohibición de abandonar el territorio nacional) junto a algunas otras que no están previstas, en particular la supervisión de la persona por parte de un servicio de la administración o la obligación de residencia en un determinado lugar, que pueda incluir el arresto domiciliario durante determinadas horas³⁴. Además, en la Decisión Marco relativa a la ejecución de medidas cautelares en país distinto del que la persona está sometida a procedimiento penal, se establece como una de las posibles medidas alternativas a la prisión preventiva que podrán ser ejecutadas en otro país, la de sumisión de la persona a tratamiento terapéutico o tratamiento de deshabitación de drogas³⁵.

Para afrontar la brecha entre la política criminal europea y la realidad penológica española existen dos tareas a realizar: en primer lugar, se debe ampliar el catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva a disposición del juez. En este sentido, resulta indispensable que el juez pueda imponer medidas cautelares que afronten las necesidades de rehabilitación de la persona, neutralizando su riesgo de reincidencia. En segundo lugar, y aun cuando ello forma parte del juicio de proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional establece como criterio para la restricción de derechos fundamentales, creo que sería muy recomendable que se estableciera en la legislación el

³² GUERRA, C., *La decisión judicial de la prisión preventiva*. Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, 22 junio 2009 (No publicada). La investigación de la autora está referida a una muestra de personas sometidas a prisión preventiva en la provincia de Málaga.

³³ Recommendation (2006) 13, Use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, 27 septiembre 2006. Véase en particular art. 7c, relativo a la justificación de la adopción de la prisión preventiva.

³⁴ Recommendation (2006) 13, Use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, 27 septiembre 2006. Véase art. 2.

³⁵ Council Framework decision 2009/829/JHA, 23 octubre 2009, on the application, between member states of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention, 23 octubre 2009.

principio de la recomendación europea (2006)¹³, relativo a que el juez sólo pudiera decretar prisión preventiva tras haber descartado que las otras alternativas pudieran satisfacer los fines que se persiguen³⁶.

3º) Carencia de un sistema suficientemente individualizado de penas alternativas a la prisión

Las recomendaciones europeas establecen que el juez debe disponer de un catálogo amplio de penas alternativas –citándose de manera expresa: probation, compensación a la víctima, mediación infractor-víctima, tratamiento, trabajo en beneficio de la comunidad, control electrónico, arresto domiciliario, probation intensiva, suspensión condicional de la pena de prisión,- y que el juez pueda elegir aquella sanción que, teniendo en cuenta la proporcionalidad en referencia al delito cometido, confronte mejor los factores que pueden llevar a la persona a cometer nuevos delitos³⁷. Como desarrollo de este principio de individualización, se establece específicamente que el hecho de que el infractor sea reincidente no debe obstaculizar la imposición de una pena comunitaria y en particular la pena de probation³⁸.

Como indica la reciente recomendación sobre las Reglas Europeas de Probation esta sanción tiene como contenido básico la supervisión de la persona en la comunidad por parte de un agente de probation. La supervisión no debe consistir sólo en una tarea de control sino que debe proporcionar a los infractores consejo, ayuda y motivación para dejar de delinquir y debe combinarse, cuando sea necesario, con intervenciones dirigidas a mejorar la formación de la persona, sus habilidades personales y sus oportunidades de empleo³⁹.

La principal carencia de nuestro sistema penológico respecto del principio de individualización se encuentra en la respuesta a personas con antecedentes penales que cometen delitos castigados con pena de prisión. Posiblemente en muchos de estos casos el juez pueda considerar que el autor del delito tiene unos factores delictivos que podrían ser abordados en el contexto comunitario a través de la sanción de probation (ordinaria o intensiva). No obstante, el Código penal prohíbe imponer la sanción de

³⁶ Recommendation (2006) 13, Use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, 27 septiembre 2006. Véase art. 2.

³⁷ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, regla 5 y Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, apéndice 2, arts. 1 y 2.

³⁸ Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, apéndice 2, art 3.

³⁹ Recommendation (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, regla 55.

probation (en el contexto de la suspensión de la pena) a una persona con antecedentes penales⁴⁰.

Es cierto que en determinadas ocasiones el juez podría llegar a esta sanción de probation por la vía alternativa de la sustitución de la pena, que obliga no obstante, en primer término, a imponer una pena de multa o de trabajo en beneficio de la comunidad. Pero, posiblemente porque esta vía dificulta la individualización de la respuesta y lleva a sanciones desproporcionadas, los jueces la han desconsiderado y, en consecuencia, muchas personas que deberían ser candidatas a la sanción de probation, acaban en prisión de manera innecesaria⁴¹.

4º) Carencia de normas específicas en la legislación que establezcan la preferencia de la sanción alternativa a la prisión

El principio básico de que la prisión debe ser *ultima ratio* del sistema punitivo requiere de mecanismos legales que los establezcan. En este sentido, la recomendación 99(22) dice: “

El legislador debe establecer principios de la elección del castigo con el objetivo de reducir el uso de la prisión, incrementar el uso de penas alternativas y favorecer el uso de medidas extra-judiciales, como la compensación y la mediación de la víctima⁴².

Aun cuando la política criminal europea, plasmada en las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, no es incompatible con el hecho de que una legislación pueda establecer supuestos en que por exigencias de proporcionalidad se deba imponer pena de prisión⁴³, se propugna que se delimite un determinado ámbito de preferencia para las sanciones alternativas. Como se indica en la Recomendación (92) 17:

Cuando en la elección del castigo puedan entrar en consideración diversos principios en conflicto, el legislador debe establecer criterios de prioridad entre los mencionados principios⁴⁴.

Imponer un criterio de prioridad para las penas alternativas significa, a mi juicio, que sólo podrá recurrirse a la prisión cuando ninguna de las sanciones alternativas existentes esté en condiciones de conseguir el objetivo de la rehabilitación.

⁴⁰ Sólo es posible la probation cuando la persona es drogodependiente (art. 87 del Código penal).

⁴¹ CID, J. Y LARRAURI, E. (coord.), *Jueces penales y penas en España. (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

⁴² Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation, 30 septiembre 1999, art. 20.

⁴³ Recommendation (92) 17, Consistency in Sentencing, 19 octubre 1992, art. 5a.

⁴⁴ Recommendation (92) 17, Consistency in Sentencing, 19 octubre 1992, art. 2.

En el sistema penológico español, en los supuestos en que el juez dispone de discrecionalidad para imponer una pena de prisión o una pena alternativa a la prisión (lo cual ocurre fundamentalmente en dos casos: cuando el legislador establece una penalidad opcional como castigo a la infracción penal y cuando la pena de prisión impuesta en sentencia es susceptible de suspensión o sustitución) la ley omite especificar que en tales casos la sanción *prima facie* aplicable es la pena alternativa. Ciertamente, una adecuada interpretación constitucional del hecho de que en la decisión judicial esté en juego el derecho a la libertad personal, o por lo menos el valor fundamental de la libertad personal, debería llevar a considerar prevalente en estos casos la pena alternativa y, esta es, justamente, la interpretación avalada por una jurisprudencia casi unánime del Tribunal Constitucional.

No obstante, un análisis de la jurisprudencia ordinaria sobre la aplicación de la suspensión y sustitución de la pena que he realizado en otro lugar, muestra que si bien una parte de la jurisprudencia está plenamente adaptada al principio de que la pena alternativa debe ser considerada la opción preferente, existe otro importante sector que considera que otros principios del castigo (como la retribución o la incapacitación) son prevalentes en el caso concreto, y sobre esta base justifica la imposición de la pena de prisión. Es por esta razón, que creo que una especificación legal del principio de que la sanción alternativa es *prima facie* prevalente sobre la pena de prisión en los casos en que el juez dispone de discrecionalidad eliminaría la brecha con los estándares europeos y serviría para reducir el recurso innecesario a la pena de prisión⁴⁵.

5º) Carencia del informe pre-sentencia obligatorio

Una de las consecuencias del principio de individualización (v. punto 3º) es que el juez, antes de decidir la pena concreta a imponer a la persona, debe poder contar con un informe sobre el riesgo de reincidencia de la persona y los factores que pueden ser confrontados para reducir las probabilidades de comisión de nuevos delitos. Desde las primeras recomendaciones en materia de penas alternativas se ha establecido que los jueces deben contar con un informe previo sobre el infractor antes de decidir la pena definitiva a imponer a la persona⁴⁶.

⁴⁵ Sobre el tema de los principios constitucionales de la elección del castigo y su influencia en la jurisprudencia ordinaria, remito a CID, J., *La elección del castigo*, op.cit..

⁴⁶ Resolution (70) 1, Practical organisation of measures of the supervision and after-care of conditionally sentenced and conditionally released offenders, art. 1b. y Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, art. 56.

En particular, la Recomendación (2000) 22, establece que antes de decidir qué tipo de intervención se requiere sobre la persona (citándose cuatro áreas: habilidades básicas, educación y empleo, adicciones y adaptación a la comunidad) se debe producir una evaluación de la persona, que indique qué factores son los que pueden fomentar la reincidencia, qué riesgo existe de que ésta se produzca, qué intervención podría tener capacidad de confrontar estos factores y si la persona en concreto es probable que responda a esta intervención⁴⁷.

En nuestra legislación, los mencionados informes pre-sentencia están establecidos sólo con carácter facultativo para la decisión sobre la suspensión o sustitución de la pena de prisión impuesta en sentencia⁴⁸. La investigación empírica existente muestra que estos informes son escasamente pedidos por los jueces antes de decidir sobre la suspensión o sustitución de la pena de prisión y que, en consecuencia, las variables más relevantes para decidir el tipo de pena a imponer no son las necesidades específicas de la persona sino, fundamentalmente, el hecho de que la persona disponga o no de antecedentes penales⁴⁹. Ciertamente que el historial delictivo de la persona es uno de los factores predictivos de la reincidencia de la persona, pero, como se ha indicado en el punto 3, las recomendaciones europeas establecen que no se debe privar de la posibilidad de penas alternativas comunitarias a las personas con antecedentes penales. Lógicamente, ante la falta de un informe que dé al juez garantías de que existe una intervención que tiene potencialidad de neutralizar el riesgo de reincidencia, es normal que éste atienda exclusivamente a lo que se denominan factores estáticos de riesgo y se produzca el ingreso en prisión de personas que podrían ser tratadas con penas comunitarias.

6º) Carencia de una regulación que establezca la finalización de las sanciones alternativas por el cumplimiento de sus finalidades

Cuando una sanción alternativa tiene un contenido rehabilitador (lo que sucederá normalmente en las sanciones de supervisión de la persona en la comunidad), las recomendaciones europeas establecen que en atención al principio de mínima

⁴⁷ Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art. 22.

⁴⁸ Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo (reformado por Real Decreto, 1849/2009, de 5 de diciembre), por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Art. 28.

⁴⁹ CID, J. y LARRAURI (coord.) *Jueces penales y penas en España...*, op.cit.

intervención, la sanción debe poder ser modificada y finalizada cuando se han cumplido las finalidades por las que se impuso⁵⁰.

Así, por ejemplo, si se ha impuesto una sanción de probation centrada en la intervención sobre la motivación de la persona a dejar de delinquir y la creación de un vínculo laboral y llega un momento en que ambos aspectos se pueden considerar cumplidos entonces el mantenimiento de una obligación de un contacto entre el agente de probation y el infractor deja de tener sentido y resulta razonable decretar la finalización de la sanción penal.

En nuestro sistema legislativo, la posibilidad de decretar la finalización de una pena alternativa por el cumplimiento de sus finalidades no está prevista. Así, por ejemplo cuando a una persona se le impone una sanción de suspensión de la pena de prisión con la obligación de someterse a tratamiento de deshabituación de las drogas y llega un momento en que los objetivos de la intervención rehabilitadora se han conseguido, no obstante debe mantenerse la suspensión de la pena de prisión, que implica que la persona sigue sometida a una intervención penal.

Si se adoptara una reforma legislativa para cumplir con la política criminal europea es importante que se modificara de manera acorde el sistema de antecedentes penales, para conseguir que con la mayor brevedad posible la persona que ha cumplido satisfactoriamente los objetivos de una intervención rehabilitadora, pudiera cancelar sus antecedentes penales⁵¹.

7º) Supuestos de revocación automática de la pena alternativa por el incumplimiento de sus condiciones

Toda sanción alternativa comporta unas obligaciones para la persona –entre las que pueden encontrarse: asistir a las citas con el agente de probation para informar del seguimiento de su plan de supervisión, participar en un determinado programa formativo, obtenerse de consumir drogas, buscar activamente trabajo, realizar un trabajo en beneficio de la comunidad, entre otras posibles- y, siendo estas actividades obligatorias para la persona, su incumplimiento está sometido a la amenaza de

⁵⁰ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, arts 87 y 88.

⁵¹ La vía más avanzada sería reintroducir (y generalizar) el sistema de antecedentes penales previsto por el Código penal de 1995 para la suspensión de la pena, en base al cual una vez pasado el periodo de suspensión sin delinquir el antecedente penal anotado provisionalmente se cancelaba. Si se estableciera la finalización de la pena comunitaria por el cumplimiento de sus finalidades podría añadirse la cancelación del antecedente penal al decretar el cese de la medida (El sistema de cancelación de antecedentes penales previsto por el código penal de 1995 fue derogado por la ley orgánica de reforma del código penal, 15/2003).

revocación de la medida y la posibilidad de imponer una pena de prisión por incumplimiento de la medida.

En esta materia de tanta importancia práctica, la política criminal europea adopta una doble perspectiva: por una parte, se destaca la importancia de que las sanciones alternativas supongan una supervisión efectiva de las personas a quienes se les impone, pues ello es una condición para que los aplicadores del derecho consideren estas sanciones creíbles y, en consecuencia, las impongan en la mayor medida posible⁵²; por otra parte, se propugna, en aplicación del principio de que la prisión debe ser último recurso, que en el caso de que la persona incumpla alguna de las condiciones de la pena alternativa, el juez tenga la posibilidad de imponer otras respuestas que sancionen el incumplimiento, sin recurrir a la pena de prisión⁵³.

Más concretamente las recomendaciones europeas establecen que debe evitarse la revocación automática de las penas alternativas por incumplimiento de sus condiciones, y cuando aluden a las condiciones se refieren tanto a las propias de la supervisión como a las que consisten en la prohibición de cometer un nuevo delito. Ya desde la Resolución (70) 1, se establece que en el caso de que la pena alternativa sea la suspensión de condena, la comisión de un nuevo delito no debe provocar necesariamente la imposición de la pena de prisión suspendida⁵⁴. Este principio se reafirma en la Recomendación (92) 17 en la que se indica:

En los estados en que existe la suspensión de la pena de prisión, se debe garantizar que cuando un infractor incumple la condición establecida, el juez tiene discrecionalidad para ejecutar la pena de prisión suspendida, implementarla parcialmente u otras posibilidades⁵⁵.

Con carácter más general, la Recomendación (92) 16, relativa a las reglas europeas de sanciones alternativas indica que:

La ley no debe establecer la conversión automática de una sanción alternativa en una pena de prisión en caso de que la persona incumpla las condiciones de la sanción alternativa⁵⁶.

La legislación española tiene diversos supuestos de automatismo –obligando a la imposición de pena de prisión por incumplimiento de las condiciones de la sanción alternativa impuesta: a) comisión de un nuevo delito en cualquiera de los supuestos de

⁵² Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art. 8.

⁵³ Recommendation (92) 17, Consistency in Sentencing, 19 octubre 1992, arts. 7 y 8.

⁵⁴ Resolution (70) 1, Practical organisation of measures of the supervision and after-care of conditionally sentenced and conditionally released offenders, art. 6c.

⁵⁵ Recommendation (92) 17, Consistency in Sentencing, 19 octubre 1992, art. 8.

⁵⁶ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, art. 10.

suspensión de la pena de prisión –suspensión ordinaria, suspensión con probation (reglas de conducta) y suspensión para drogodependientes-; b) abandono del tratamiento en la suspensión para drogodependientes y c) incumplimiento de la obligación de alejamiento o de la realización de programas formativos, en el caso de suspensión de pena de prisión a persona por delito de violencia de género.

Es cierto que la jurisprudencia está en condiciones de matizar estos automatismos a partir de una interpretación del concepto de incumplimiento, y así lo ha hecho de manera muy generalizada en el tema de la probation (en el marco de la suspensión de la pena) para drogodependientes, sin embargo para el caso de la comisión de nuevo delito, la jurisprudencia no ha adoptado, hasta el momento, una interpretación que pueda matizar el automatismo legal⁵⁷.

El hecho de que el juez carezca de discrecionalidad para decidir la respuesta en el caso de comisión de un nuevo delito lleva a la imposibilidad de adoptar respuestas más intensivas que la suspensión (ordinaria) de la pena pero menos coactivas que la prisión, que podrían ser adecuadas en el caso concreto. Debe considerarse que posiblemente la primera sanción que se ha impuesto a la persona por el delito cometido es la suspensión (ordinaria) de la pena y, por tanto, todavía no se habrán adoptado medidas de seguimiento de la persona en la comunidad que podrían ser indicadas en el caso concreto. La opción de utilizar una alternativa a la prisión más intensa que la suspensión de la pena en caso de comisión de un nuevo delito tendrá especialmente sentido en el caso que el nuevo delito no comporte prisión.

Lógicamente la superación del automatismo legal en los casos incluidos en la suspensión de la pena, que derivará de cumplir con los principios de la política criminal europea, obligaría a una reforma procesal para atribuir a un único juez (el juez que debe condenar por el nuevo delito y el que decide sobre el incumplimiento de la suspensión) la decisión a adoptar en el caso concreto.

8º) Carencias en el sistema de libertad condicional

El principio de la prisión como último recurso de la política criminal europea no sólo se refiere a que en el momento de la respuesta la infracción (sede pre-judicial) o en el momento de decidir la pena (sede judicial) se imponga una sanción alternativa a la prisión, sino que en aquellos casos en que, por imposibilidad legal o porque el juez no

⁵⁷ CID, J. , *La elección del castigo*, op.cit.

ha considerado que la sanción alternativa estuviera en condiciones de confrontar las necesidades de rehabilitación de la persona, se ha impuesto pena de prisión, ésta pena pueda, en el proceso de su ejecución, ser sustituida por una forma de ejecución de la pena en la comunidad, adoptada en el contexto de la libertad condicional o de otra forma de liberación anticipada.

Concretamente la libertad condicional es destacada por la política criminal europea como un instrumento idóneo para reducir el uso de la prisión y abordar las necesidades de rehabilitación de la persona. En este sentido en la recomendación (99) 22 se indica específicamente que:

La libertad condicional debe ser considerada como uno de los medios más efectivos y constructivos, pues no sólo reduce la duración del encarcelamiento sino que además contribuye de una manera sustancial a la reinserción de la persona en la comunidad⁵⁸.

De la misma manera, en la recomendación (2003) 23, sobre libertad condicional, comienza reconociendo que:

(...) la libertad condicional es uno de los medios más efectivos y constructivos de prevenir la reincidencia y de promover la reinserción (...)⁵⁹.

Una vez destacado el valor de los instrumentos de liberación anticipada, existen un conjunto de consecuencias derivadas: en primer lugar se señala que el tiempo mínimo para conseguir la libertad condicional no debe ser excesivo, impidiendo alcanzar los objetivos de esta institución⁶⁰; en segundo lugar, se indica que la ley debe establecer la libertad condicional como un instrumento al alcance de todos los condenados⁶¹, sin que se puedan establecer condiciones que la persona no esté en condiciones de cumplir⁶², en tercer lugar, se propugna que toda persona cuente con un plan de transición desde la situación de prisión hasta la libertad definitiva, que pueda incluir medidas de preparación a la libertad condicional⁶³ y, por último, que en el periodo de libertad condicional la persona disponga de un plan de supervisión adaptado a sus necesidades individuales de rehabilitación y que le ayude a conseguir la reinserción⁶⁴.

⁵⁸ Recommendation (92) 17, Consistency in Sentencing, 19 octubre 1992, art. 24.

⁵⁹ Recommendation (2003) 22, Conditional release (parole). 24 septiembre 2003.

⁶⁰ Recommendation (2003) 22, Conditional release (parole). 24 septiembre 2003, art. 6.

⁶¹ Recommendation (2003) 22, Conditional release (parole). 24 septiembre 2003, art. 4a.

⁶² Recommendation (2003) 22, Conditional release (parole). 24 septiembre 2003, art. 18.

⁶³ Recommendation (2006) 2, European prison rules, 11 enero 2006, principio 6 y art. 107. Art. 18.

⁶⁴ Recommendation (2003) 22, Conditional release (parole). 24 septiembre 2003, art. 8.

En un trabajo recientemente publicado⁶⁵, hemos puesto de manifiesto las deficiencias del sistema español de liberación anticipada en la perspectiva del cumplimiento de los estándares europeos. Resumiendo los puntos principales de este trabajo, cabe señalar, primero, que sólo una minoría de presos (aproximadamente 1/3) acaban su condena con alguna forma de pre-liberación (finalizar la condena en régimen abierto), de liberación anticipada (régimen abierto sin internamiento) o de libertad condicional, mientras que la mayoría (2/3) cumplen su condena sin ningún tipo de preparación a la libertad ni de liberación anticipada; segundo, que las personas que no disfrutan de estos mecanismos son las que generalmente tienen más riesgo de reincidencia, con lo cual el sistema fracasa en abordar las necesidades de supervisión de estas personas; y tercero, que las personas que disfrutan de la libertad condicional lo hacen, en general, tras un periodo de cumplimiento más elevado que en la inmensa mayoría de los países del Consejo de Europa⁶⁶.

Si tomamos en cuenta que el principal factor del crecimiento de la tasa de encarcelamiento en España tras la aprobación del Código penal de 1995 consiste en el incremento del tiempo de condena cumplido⁶⁷, se advertirá la importancia de cumplir con las recomendaciones europeas. Pero este no es el único problema, pues al desconsiderar la libertad condicional para un número elevado de condenados, se está ignorando el objetivo de reducción de la reincidencia y, en consecuencia, de protección de la colectividad.

9º) Carencia de un servicio autónomo de cumplimiento de sanciones en la comunidad (agencia de probation)

He dejado para el final un punto que afecta a buena parte de los tratados con anterioridad y que tiene relación con el principio de que las sanciones alternativas a la prisión tienen que ser la respuesta normal frente a la comisión de un delito. Para que este objetivo se cumpla deberá haber un conjunto de sanciones que afronten diversas situaciones: desde el supuesto de personas con baja probabilidad de reincidencia, en que sanciones sin supervisión pueden ser adecuadas, hasta personas con riesgo medio o alto de reincidencia, que requerirán un nivel menor o mayor de supervisión en la

⁶⁵ CID, J. y TÉBAR, B., “Spain”, en N. PADFIELD, D. VAN ZYL SMIT i F. DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*. Cullompton, Willan, 2010, pp. 358-392.

⁶⁶ Una comparativa actualizada del tiempo mínimo de cumplimiento para alcanzar la libertad condicional en: DÜNKEL, F, VAN ZYL SMIT, D y PADFIELD, N. , “Concluding thoughts”, en N. PADFIELD, D. VAN ZYL SEMIT y F. DÜNKEL, *Release from prison, European policy and practice*. Cullompton, Willan, 2010, pp. 395-444.

⁶⁷ CID, J., El incremento del encarcelamiento en España entre 1996-2006..., op.cit.

comunidad⁶⁸. Para la ejecución de estas sanciones con supervisión en la comunidad se requerirá un servicio organizado que las gestione.

La reciente recomendación (2010) 1, relativa a las Reglas Europeas de Probation, trata de manera monográfica de la estructuración y funciones del servicio de probation (o, lo que es lo mismo, del servicio de ejecución de sanciones en la comunidad)⁶⁹. El objetivo de este servicio de probation consiste, de acuerdo a las reglas europeas, en ejecutar las diversas sanciones comunitarias con el doble objetivo de conseguir la inserción social del infractor y dar seguridad a la comunidad, a través de un conjunto de actividades que suponen supervisión, guía y asistencia⁷⁰.

Su actuación se proyecta a toda clase de sanciones comunitarias, siempre que éstas comporten algún tipo de supervisión de la persona en la comunidad: las de carácter extrajudicial, las impuestas por el juez (como alternativa a la prisión preventiva o como sanción de la infracción cometida) y las que se imponen, en el contexto de cumplimiento de una pena de prisión, cuando la persona es liberada anticipadamente⁷¹.

Las actividades principales previstas para el servicio de probation son las siguientes: la realización del informe pre-sanción dirigido a los jueces y otras autoridades judiciales sobre las consecuencias del encarcelamiento y las posibilidades de imponer sanción alternativa⁷²; la ejecución de las sanciones penales en la comunidad, como el trabajo en beneficio de la comunidad y la propia sanción de probation y las sanciones de liberación anticipada⁷³, la evaluación del cumplimiento de las finalidades de estas sanciones⁷⁴, la cooperación con otras agencias sociales que también estén involucradas en el proceso de rehabilitación de la persona⁷⁵ y la atención a las necesidades de las víctimas, incluyendo aquí su posible participación en los procedimientos de justicia restauradora⁷⁶.

⁶⁸ No todas las sanciones alternativas requerirán de una supervisión de la persona en la comunidad. Destacan en este sentido sanciones como la multa o la suspensión ordinaria de la pena (sin probation) que tienen un importante papel que cumplir en un sistema de alternativas para personas que presentan un bajo riesgo de reincidencia. Para mayor discusión sobre el papel de las distintas alternativas a la prisión, remito a CID, J. *La Elección del castigo*, op. cit

⁶⁹ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, definición de probation.

⁷⁰ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010. Además al servicio de probation se le atribuyen funciones de asistencia post-penitenciaria voluntaria, que están fuera del objeto de este trabajo. Véase art. 62 European probation rules.

⁷¹ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art.53.

⁷² Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 42 a 46.

⁷³ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 46-61.

⁷⁴ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, arts. 66-71.

⁷⁵ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 35-41.

⁷⁶ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 93-97.

Finalmente, tanto de las reglas europeas de probation como de las recomendaciones precedentes creo que puede establecerse la idea central de que el trabajo del servicio de probation con el infractor debe estar centrado en el principio de individualización. Esta idea de individualización puede desarrollarse en cuatro aspectos: en primer lugar, antes de la intervención sobre la persona debe haber una evaluación que indique cuales son los factores individuales que le llevan a cometer delitos y así mismo los aspectos en los que puede incidirse para lograr la reinserción de la persona⁷⁷; en segundo lugar, el agente de probation encargado de la ejecución de la supervisión de la persona debe entablar una relación personal con el infractor, pues sólo de esta manera puede llevar a cabo sus funciones de consejo, ayuda y motivación de los infractores⁷⁸, aun cuando ello sea compatible con el hecho de que el infractor deba, cuando sea necesario, participar en programas colectivos, de carácter cognitivo-conductual, dirigidos a la mejora de sus habilidades individuales⁷⁹ y, en tercer lugar, el proceso de supervisión debe prestar atención no sólo a los factores individuales que explican la actividad delictiva del infractor sino también a los obstáculos a la reinserción que experimenta la persona (problemas de trabajo, vivienda, educación), siendo ello especialmente relevante en los casos de liberación anticipada⁸⁰.

Si volvemos la mirada a la realidad penológica española y nos preguntamos si en nuestro país disponemos de un servicio de ejecución de penas (o agencia de probation) que se adapte a las características definidas por la política criminal europea nos encontramos con que: primero, carecemos de una agencia autónoma de ejecución de sanciones en la comunidad (agencia de probation) y, segundo, no disponemos de regulación general de las funciones de los diversos servicios de las administraciones que realizan las funciones de probation.

Respecto de la carencia de una agencia autónoma de probation cabe señalar que tanto en la administración general del estado como en la administración de Cataluña (que son las dos administraciones que tienen atribuidas las competencias de ejecución de sanciones en la comunidad) las funciones propias de esta agencia de probation o bien se integran dentro de la propia estructura de los servicios penitenciarios (como sucede

⁷⁷ Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art.22.

⁷⁸ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 55.

⁷⁹ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 55 y Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art. 23.

⁸⁰ Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, arts. 59 a 61.

en la administración general del estado) o bien, cuando existe una estructura con mayor nivel de autonomía para la gestión de sanciones en la comunidad (como es el caso de Cataluña) se le atribuyen sólo la gestión de las sanciones alternativas judiciales, pero no la gestión de las sanciones de liberación anticipada, que se siguen ejecutando por el propio servicio de prisiones.

En segundo lugar, las funciones de esta agencia de probation (o del servicio de ejecución de penas en la comunidad) no están claramente definidas. Ciertamente en la legislación aparecen reguladas determinadas sanciones que se ejecutan en la comunidad (como el trabajo en beneficio de la comunidad, las diversas modalidades de suspensión con probation, o la libertad condicional) y resulta claro que estas sanciones requieren de un personal que las ejecute pero ni el Código penal, ni los diversos reglamentos que desarrollan las previsiones legales se contienen indicaciones ni sobre los principios que deben guiar la intervención del agente de probation en la ejecución de estas sanciones alternativa, ni sobre los métodos que deben guiar su actividad⁸¹.

Quizás puedan minimizarse los dos inconvenientes señalados, pues después de todo podría afirmarse que existen personas de la administración que deberán ejecutar las sanciones alternativas y cabe pensar que desarrollarán su actuación sobre la base de los principios más efectivos. No obstante, a mi juicio, la carencia de una agencia autónoma competente de las sanciones alternativas que requieren supervisión en la comunidad, con funciones de asesoramiento a los jueces, de ejecución de las sanciones y de su evaluación, con principios que deben guiar su actuación y responsable ante las autoridades y ante la sociedad del cumplimiento de la tarea de rehabilitación de infractores es posiblemente la carencia más grave y el mayor impedimento para lograr que la política penológica española se adecue a la política criminal europea⁸².

4. CONCLUSIONES

⁸¹ Véase en particular Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo (reformado por Real Decreto, 1849/2009, de 5 de diciembre) por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

⁸² La Recommendation CM/Rec (2010) 1, European probation rules, 20 enero 2010, art. 64, alude expresamente a la función de esta agencia de probation de facilitar la cooperación entre estados en el tema del reconocimiento mutuo de sanciones alternativas a la prisión. Un aspecto que resulta especialmente relevante en el tema de la aplicación del reconocimiento mutuo de sanciones alternativas previsto en la Decisión Marco 2008/947/JHA, Application of the principle of mutual recognition to judgements and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions, 27 noviembre 2008.

He tratado en este trabajo de analizar la brecha entre la política criminal europea, reflejada en las recomendaciones europeas dictadas por el Comité de Ministros, a partir de la aprobación del tratado del Consejo de Europa en 1949 y la realidad penológica española. Indudablemente, las recomendaciones penológicas abordan muchos más temas de los que he discutido en este trabajo, pues he focalizado la atención en aquellos aspectos en que, a mi juicio, España incumple los principios de la política criminal europea.

La política criminal europea está inspirada en un ideal de unidad entre los países europeos sobre la base de que los castigos es una materia propia de los derechos humanos. Retomando la idea de VAN ZYL SMIT Y SNACKEN⁸³ el eje nuclear de esta política consiste en el derecho de la persona a que la prisión sea utilizada sólo como último recurso y para ello se requiere desarrollar un sistema efectivo de sanciones alternativas a la prisión (pre-judiciales, judiciales y penitenciarias) que degraden la prisión a un papel de respuesta excepcional.

Muchos autores se han planteado recientemente si las demandas de armonización legislativa que derivan de la Unión Europea podrían llevar a que los países más avanzados debieran acoger principios más regresivos⁸⁴. A mi juicio, el ideal de armonización, como medio para conseguir la cooperación entre países que plasman las diversas Decisiones Marco de la UE relativos al reconocimiento de resoluciones judiciales, debe basarse en la adopción de los principios comunes plasmados por las recomendaciones europeas.

Ciertamente que seguirán existiendo diferencias entre los países, y en absoluto es legítimo imponer a un país regulaciones más regresivas en pro de la armonización, lo que sí es, en cambio, una exigencia es cumplir con los mínimos requeridos por las recomendaciones europeas. Esta debería ser, a mi juicio, la agenda para España en esta materia.

⁸³ VAN ZYL SMIT, D y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and policy...*, op.cit., p.325.

⁸⁴ MORGENSTERN, C., European initiatives of harmonisation and minimum standards in the field of community sanctions and measures. De próxima publicación en *European Journal of Probation*, 2010; VAN ZYL SMIT, D. y SPENCER, J., “ The European dimension to the release of sentenced persons”, en N. PADFIELD, D. VAN ZYL SMIT i F. DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*. Cullompton: Willan, 2010, pp. 9-48.