

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

**LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE
LA COMUNIDAD**

Doctoranda: ESTER BLAY GIL

Directora: ELENA LARRAURI PIJOAN

Bellaterra, 2006

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
1. CAPÍTULO I. ORIGEN DE LAS PENAS DE TRABAJOS COMUNITARIOS	11
1.1. DISCUSIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES	11
1.2. ALGUNAS HIPÓTESIS ACERCA DE LOS ORÍGENES DEL TBC	13
1.2.1. Posible relación del TBC con formas históricas del trabajo penal	13
1.2.1.1. Derecho Romano	14
1.2.1.2. La Edad Media	15
1.2.1.3. La Edad Moderna	15
1.2.1.4. El trabajo penal en el siglo XIX	26
1.2.1.5. Recapitulación y conclusiones	28
1.2.2. El ocio como determinante cultural en las penas de TBC	32
1.2.3. Hipótesis acerca del papel otorgado a la comunidad en la ejecución del TBC	36
1.2.3.1. Alrededor del concepto de comunidad	37
1.2.3.2. La función de la comunidad en las penas de TBC	38
1.2.3.3. Relación entre el papel otorgado a la comunidad en el TBC y transformaciones económicas recientes	40
1.2.3.4. La necesidad de una sociedad civil desarrollada	41
1.2.4. El TBC en la historia de las penas alternativas	45
1.2.4.1. Los trabajos de utilidad social en el modelo continental de búsqueda de alternativas a la prisión	46
1.2.4.2. La introducción de las penas de trabajos comunitarios en la década de 1970	51
1.3. INTRODUCCIÓN Y EXPANSIÓN DE LA PENA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.....	53
1.3.1. Primeros ejemplos	53
1.3.2. Algunas resoluciones internacionales	57
1.3.3. Extensión de la pena a partir de los años 1970	58
1.4. INTRODUCCIÓN DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	64

1.4.1. Hacia la introducción de la pena en derecho positivo: corrientes doctrinales, sentencia del TC y legislación de menores	64
1.4.2. Propuestas para la introducción del TBC en el CP	67
1.4.2.1. Enmienda 933 del Grupo Parlamentario Comunista (1980, 1983)	67
1.4.2.2. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1992	68
1.4.2.3. Del Anteproyecto de Ley Orgánica del CP de 1994 al Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1994	70
1.4.2.4. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1994	71
1.5. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL TBC EN EL CP: TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LAS LEYES ORGÁNICAS 11/2003, 15/2003 y 1/2004	77
1.5.1. La modificación del artículo 49 CP	79
1.5.2. La modificación del artículo 88 CP	84
1.5.3. Introducción del TBC en la parte especial del CP	88

2. CAPÍTULO II. EL TBC Y LAS TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA	99
2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA	99
2.1.1. Introducción	99
2.1.2. La necesidad de justificar las penas en general	101
2.1.3. La necesidad de discutir el fundamento justificador del TBC en particular	102
2.2. TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN	104
2.2.1. Prevención general	104
2.2.1.1. Resumen	104
2.2.1.2. Hipótesis sobre la capacidad preventivo general del TBC y resultados de las investigaciones	105
2.2.1.3. Consecuencias para la regulación y para la ejecución de la pena	109
2.2.2. Prevención especial positiva - Rehabilitación	110
2.2.2.1. Resumen	110

2.2.2.2. Cuestión previa: estudios sobre la reincidencia	111
2.2.2.3. Hipótesis sobre la capacidad rehabilitadora del TBC y resultados de las investigaciones	115
2.2.2.4. Consecuencias para la regulación y para la ejecución de la pena	129
2.2.3. Incapacitación	135
2.2.3.1. Resumen	135
2.2.3.2. Hipótesis sobre la capacidad incapacitadora de la pena y resultados de las investigaciones	135
2.2.3.3. Consecuencias para la regulación y la ejecución de la pena	137
2.3. TEORÍAS DE LA JUSTICIA/RETRIBUTIVAS	138
2.3.1. Resumen	138
2.3.2. Hipótesis sobre la capacidad retributiva del TBC y resultados de las investigaciones	139
2.3.3. Consecuencias para la regulación y la ejecución de la pena	148
2.4. CONCLUSIONES	149
3. CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN DEL TBC EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	161
3.1. REGULACIÓN DEL TBC EN EL CP	161
3.1.1. Regulación legal	161
3.1.2. Mención al desarrollo reglamentario	162
3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL TBC	163
3.2.1. El TBC como pena	163
3.2.2. El TBC como pena privativa de derechos	167
3.3. CONCEPTO DE TBC EN LA REGULACIÓN	170
3.3.1. Enunciado	170
3.3.2. El consentimiento del penado	170
3.3.2.1. La necesidad de la prestación del consentimiento	170
3.3.2.2. El consentimiento del penado y el ámbito de aplicación del TBC	176
3.3.2.3. Los requisitos del consentimiento y el sistema de doble prestación del consentimiento	177
3.3.3. La falta de retribución por el trabajo desempeñado	183
3.3.3.1. Justificación	183

3.3.3.2. Problemas y cautelas	184
3.3.4. Las actividades a desempeñar por el penado	186
3.3.4.1. Actividades de utilidad pública	186
3.3.4.2. En particular, actividades de reparación o apoyo a las víctimas	188
3.3.4.3. Perfil de la actividad	191
3.3.5. No supeditación de la pena al logro de intereses económicos	195
3.4. LA DURACIÓN DE LA PENA	196
3.4.1. Regulación	196
3.4.2. Los límites del artículo 33 CP	197
3.4.3. Problemas planteados por la función del TBC como pena sustitutiva	204
3.4.4. La duración de la jornada de trabajo	207
3.4.4.1. Determinación de la jornada de trabajo	207
3.4.4.2. El principio de flexibilidad en la ejecución de la pena	209
3.5. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DEL PENADO	210
3.6. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	214
3.6.1. Protección de la Seguridad Social y en materia de prevención de riesgos laborales	214
3.6.2. Discusión sobre la extensión de la normativa laboral a los penados a TBC	217
3.7. LA DETERMINACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO	219
3.7.1. De una genérica administración a la administración penitenciaria	220
3.7.2. Entidades en que se presta el trabajo	222
3.7.3. El sistema de convenios	225
3.7.4. La posibilidad excepcional de propuesta de plazas por el reo (art. 4.2 RD 515/2005).....	227
3.8. LA FIJACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LA PENA	231
3.9. ENTREVISTA Y SELECCIÓN DEL TRABAJO (art. 5 RD 515/2005)	237
3.10. SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN	246
3.10.1. Disposiciones legales y reglamentarias	246
3.10.2. La atribución de la función de control de la ejecución del TBC	

al JVP	248
3.10.3. Control primario o administrativo	251
3.10.4. Control secundario o judicial	257
3.10.5. Relación entre los diversos tipos de control	259
3.10.6. El informe final (art. 10 RD 515/2005)	261
3.11. RÉGIMEN DE INFORMACIÓN (art. 9 RD 515/2005)	261
3.12. EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL	
TBC	263
3.12.1 Regulación	263
3.12.2. Las “ <i>incidencias relevantes de la ejecución de la pena</i> ”	
(art. 49, cond. 6ª)	265
3.12.2.1. De causas de incumplimiento a incidencias relevantes en el	
cumplimiento	265
3.12.2.2. Análisis de las incidencias	266
3.12.3. Algunas cuestiones procedimentales	269
3.12.4. Las consecuencias del incumplimiento	271
3.12.4.1. Consecuencias jurídicas del incumplimiento	271
3.12.4.2. Problemas I: ausencia de regulación de las consecuencias del	
incumplimiento del TBC-RPSIM	272
3.12.4.3. Problemas II: problemas en la regulación del incumplimiento del	
TBC-sustitutivo	275
3.12.4.4. Dudas acerca del delito de quebrantamiento de condena	279
3.12.4.5. Algunas conclusiones.....	281
3.12.5. Las ausencias justificadas	284
4. CAPÍTULO IV. FUNCIONES DEL TBC EN EL SISTEMA DE PENAS DEL CP	
1995	285
4.1. El TBC como sustitutivo de penas de prisión (art. 88 CP)	286
4.1.1. Regulación	286
4.1.2. Comentarios	287
4.2. El TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM (art. 53 CP)	295
4.2.1. Regulación	295
4.2.2. Comentarios	296
4.3. Nota común acerca de los módulos de conversión	302

4.4. El TBC en los Libros II y III del CP	305
5. CAPÍTULO V. RECAPITULACIÓN, PROPUESTAS Y REFLEXIONES EN	
TORNO A LA APLICACIÓN DEL TBC	317
5.1. Acerca de los orígenes de la pena	317
5.2. Acerca de los fundamentos de la pena	318
5.3. Acerca de la regulación y la mecánica de ejecución del TBC en el CP y en el RD 515/2005	321
5.4. Acerca de las funciones del TBC en el sistema de penas	338
5.5. Algunos datos acerca de la aplicación del TBC; otras propuestas y reflexiones	344
6. ANEXO: EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN EL MODELO	
BRITÁNICO	355
6.1. INTRODUCCIÓN DE LA SANCIÓN	355
6.2. EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN Y CAMBIOS EN LA REGULACIÓN	366
6.2.1. La etapa de las alternativas a la prisión (finales de los 1960- finales de los 1980)	367
6.2.1.1. Características generales	367
6.2.1.2. Las <i>community service orders</i> en la etapa de las alternativas	367
6.2.2. La etapa de los castigos en la comunidad (fines de los 1980- mediados de los 1990)	369
6.2.2.1. Características generales	369
6.2.2.2. Las <i>community service orders</i> en la etapa de los castigos en la comunidad	371
6.2.3. El marco actual: la era del riesgo, la protección pública y la nueva generación de penas comunitarias	374
6.2.3.1. Características generales	374
6.2.3.2. El trabajo no remunerado en la etapa actual	379
7. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES	385
8. BIBLIOGRAFÍA	387

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretenden analizar los orígenes y el fundamento de las contemporáneas sanciones de trabajos comunitarios; se pretende asimismo estudiar la regulación legal y reglamentaria con que se ha recogido en nuestro ordenamiento, así como el ámbito de aplicación que tiene en nuestro sistema de penas.

De este modo, en el capítulo I intentaremos situar históricamente el surgimiento de este tipo de sanción a partir de sus principales elementos constitutivos: la obligación de trabajar que comporta, la privación de tiempo de ocio, su desarrollo en la comunidad y su condición de pena alternativa a la prisión. La esperanza es que algunas de las conclusiones a las que lleguemos contribuyan a aclarar nuestro concepto de la sanción así como su posición en el sistema de penas.

Abordaremos someramente la extensión de la sanción en los países de nuestro entorno y, con más detalle, su proceso de introducción en el ordenamiento español y las modificaciones que su regulación legal ha sufrido; en esta tarea procuraremos encontrar elementos que contribuyan a la interpretación de los preceptos legales que rigen los trabajos en beneficio de la comunidad.

En el capítulo II trataremos de formular hipótesis acerca de la capacidad de las sanciones de trabajos comunitarios de satisfacer los fines que tradicionalmente se atribuyen a las penas, ayudados por los resultados de las investigaciones empíricas disponibles, y derivando las consecuencias que sean necesarias para la regulación y la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. Con todo ello pretendemos elaborar un modelo que pueda emplearse para orientar al legislador y al juez en sus respectivas tareas de regulación y de aplicación de la sanción.

En el capítulo III realizaremos un análisis del contenido de la pena así como de la regulación de la misma recogida especialmente en el artículo 49 CP, que contiene los elementos esenciales del régimen jurídico del trabajo en beneficio de la comunidad. Analizaremos asimismo la problemática alrededor de la duración de la sanción, cuya regulación se contiene en los artículos 33 y 40 CP, que deben ponerse en relación con los artículos 53 y 88 CP cuando el trabajo en beneficio de la comunidad se impone como sustitutivo de la prisión o forma de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. En tercer lugar, abordaremos la mecánica de ejecución establecida en el RD 515/2005, de 6 de mayo, 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

En el capítulo IV abordamos las funciones que el trabajo en beneficio de la comunidad desarrolla en nuestro sistema de penas: su consideración de sustitutivo de la prisión (art. 88 CP), de forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP) y su recientemente adquirida función de pena directa para algunos delitos y faltas de la parte especial de acuerdo con las modificaciones introducidas en el Código penal por las leyes orgánicas 11/2003, 15/2003 y 1/2004.

Finalmente, en el capítulo dedicado a las conclusiones, hemos querido incorporar a este contenido los datos disponibles acerca de la aplicación de la pena desde su introducción en el Código penal de 1995, y en particular los de los últimos años, en los que las reformas operadas por las recientes modificaciones del Código penal ya estaban en vigor. Algunos de ellos están publicados y otros los hemos elaborado a partir de los que constaban en la base de datos de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives del Departament de Justícia de la Generalitat. Para ello hemos mantenido también algunas entrevistas con técnicos integrados en esa Subdirección, con técnicos del IRES y con jueces con el fin de detectar y abordar los principales problemas en la aplicación práctica de los trabajos en beneficio de la comunidad.

En la exposición se contienen numerosas referencias a la regulación y a la ejecución de la pena de trabajos comunitarios en Inglaterra; con el fin de ayudar a contextualizar esas referencias hemos creído útil adjuntar un apéndice a este trabajo dedicado a la evolución de la regulación de los trabajos comunitarios en ese país, a modo de cronología informada y sin ánimo de exhaustividad.

Nuestro trabajo se ha visto enriquecido por una estancia de seis meses en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge; ello nos ha permitido no únicamente disfrutar de su extensa biblioteca sino también realizar entrevistas con agentes de *probation*, la asistencia a juicios relacionados con los trabajos comunitarios y acompañar a penados durante varias sesiones de trabajo.

Quisiera agradecer a las siguientes personas la ayuda prestada en la elaboración de este trabajo: a Marc Cerón, Subdirector General de Medidas Penales Alternativas del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, a Pius Fransoy, Jefe de servicio de Medidas Penales Alternativas, y a los técnicos de ese servicio Rosalía de la Cruz,

Manuela Moreno y Juanjo Subero por su accesibilidad para comentar aspectos de la ejecución de la pena en el ámbito catalán y las muchas dudas aclaradas, con paciencia y amabilidad, desde 2003; a Roser Aixandri, juez de lo penal en Barcelona, por su disposición a discutir su experiencia con la pena de trabajos comunitarios; a Loraine Gelsthorpe, profesora del Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, por su orientación bibliográfica y la ayuda prestada durante mi estancia en Cambridge; a Baden Gooch, responsable del equipo de gestión de servicios comunitarios en el Servicio de *Probation* de Cambridgeshire, por permitirme observar el trabajo de su equipo con los penados a *community service*; a Tapio Lappi-Seppälä, director del Instituto Nacional de Investigaciones para las Políticas Legales de Finlandia, por su disposición a discutir cuestiones relacionadas con la aplicación de la pena en Finlandia y en España, tanto durante mi estancia en Cambridge como durante su estancia en Barcelona; Mike Logan, supervisor de los trabajos de los penados en Cambridgeshire, por permitirme acompañarlo a él y al grupo de penados que supervisaba durante varias sesiones de trabajos; a Michael Tonry, director hasta 2005 del Instituto de Criminología de Cambridge por permitir mi estancia en ese centro durante seis meses.

Quisiera agradecer en especial a la directora de este trabajo, Elena Larrauri Pijoan, el tiempo y la energía dedicados a la supervisión de este trabajo, sus ánimos y sus ideas; a José Cid Moliné por las numerosas discusiones y la ayuda prestada; a Daniel Varona por sus numerosas aportaciones bibliográficas y jurisprudenciales. Finalmente quisiera también dar las gracias a Cristina González Banqué, Marayca López Ferrer y Beatriz Tébar Vilches, compañeras de despacho, por su apoyo y ánimos.

1. CAPÍTULO I. ORIGEN DE LAS PENAS DE TRABAJOS COMUNITARIOS

1.1. DISCUSIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES

La historia de la actual pena de trabajos comunitarios ha sido abordada principalmente de tres maneras. La primera, y más tentadora por aparentemente más lógica, consiste en vincular el TBC con la historia del trabajo penal, en la que los trabajos forzados tienen especial prominencia, y de este modo considerar que se trata de una versión actualmente aceptable de los mismos. Esta tendencia ha sido seguida en Inglaterra por PEASE/McWILLIAMS (1980) y por VASS (1984) entre otros. Esta ‘historia larga’ de la pena de TBC parece asumir que el rasgo principal de la pena objeto de análisis es el castigo *mediante* la extracción de trabajo: el trabajo en sí es, entonces, el castigo, lo que sucede claramente cuando el tipo de trabajo a desempeñar resulta físicamente exigente, o más exigente que la actividad laboral que normalmente realizaría el penado. Por lo tanto, esta ‘historia larga’ del TBC rastrea el pasado en busca de las formas que *el trabajo como pena* ha adoptado, generalmente buscando continuidades vinculadas entre sí por una evolución que lleva a penas más humanas y civilizadas, y será esta mayor humanidad la que impondrá las características que distingan la forma del TBC de figuras antecedentes.

Basándose en los estudios clásicos de RADZINOWICZ (1956:79), PEASE/McWILLIAMS (1980:2) ven en la pena de *impressment*, equivalente a nuestra condena a armas fuera del marco presidencial, algunas características que lo convierten en precursor de la moderna pena de *community service*¹. Ello lleva a estos autores a concluir que el “*community service* únicamente es una disposición novedosa en cuestiones de detalle... es única en tanto se trata de una pena en que el trabajo es la única obligación, se mide en horas de trabajo y requiere del consentimiento del penado. De modo que su originalidad está bastante limitada. La tradición de emplear penados para el servicio público tiene una historia larga y no siempre distinguida”

¹ Los autores subrayan el sorprendente paralelismo entre el escrito de la Comisión designada por la reina Elisabeth en 1602 disponiendo el destino a las armas de los no condenados por asesinato, violación o robo, provechoso para la sociedad, más clemente que otras soluciones, y facilitador de la corrección de los penados, y el Informe Wooton escrito casi cuatro siglos después (PEASE/McWILLIAMS 1980:1-2). Los autores se adelantan a la objeción de que la falta de un elemento consensual distingue de modo fundamental las dos penas, ofreciendo ejemplos en que el *impressment* era una opción del penado; también se adelantan a la objeción de que el *impressment* era una pena indeterminada, mientras que el TBC tiene claramente una duración determinada, apuntando que esa indeterminación fue eliminada por legislación aprobada en 1703 (PEASE/McWILLIAMS 1980:2-3).

(PEASE/McWILLIAMS 1980:5; parecen sugerir algo parecido aunque sin desarrollar tan detenidamente la cuestión, VASS 1984:38; WORRALL 1997:90).

Una segunda manera de abordar los antecedentes de las actuales penas de trabajos comunitarios es la propuesta por KALMTHOUT/TAK (1988); este autor apunta la existencia de algunos ejemplos de penas basadas en el trabajo de utilidad general como forma de suplir la privación de libertad por impago de multa en Alemania y Suiza en la Edad Media y la Edad Moderna, apareciendo como pena principal a partir siglo XVII también en otros lugares (KALMTHOUT/TAK 1988:11-12). Pero a pesar de estos ejemplos, no fue hasta la mitad del siglo XIX que los estudiosos empezaron a interesarse por este tipo de pena, aunque en términos de su aplicación efectiva las propuestas en este sentido no fueron en esa época plenamente desarrolladas. Cuando a finales de los años 1960 la reducción del uso de las penas cortas de prisión se convirtió en un tema central de la política criminal en Europa occidental, se produjo la reaparición de la pena de trabajos comunitarios en la literatura como una de las alternativas posibles (KALMTHOUT/TAK 1988:14). De acuerdo con este autor, las contemporáneas penas de TBC representan una versión actual de las propuestas decimonónicas, con las que guardan una estrecha vinculación tanto por los fines político criminales que las inspiran como en los concretos detalles de su regulación (KALMTHOUT/TAK 1988:15).

Finalmente, una tercera forma de abordar la historia de las modernas penas de trabajos comunitarios es la propuesta por KILCOMMINS (2002). Este autor parte de considerar que la historia de esta sanción es algo más que la simple ordenación en una secuencia cronológica de sanciones penales basadas en el trabajo. Al contrario, parte de considerar que la sanción específica de trabajos comunitarios se fundamenta en un concreto conjunto de prácticas penales, sociales, culturales, políticas y económicas: aunque pueda tener un pasado largo en el sentido de que las penas han incorporado el trabajo desde tiempos antiguos, tiene una *historia corta* en el sentido de que fue impulsada por un conjunto particular y específico de estrategias penales, agencias, representaciones y técnicas que convierten en anacrónica cualquier comparación burda entre los trabajos comunitarios y prácticas penales laborales anteriores o incluso las propuestas decimonónicas de empleo del trabajo de utilidad pública como alternativa a las penas cortas de prisión (KILCOMMINS 2002:xvi).

Sin entrar a prejuzgar estas opciones, en este capítulo hemos optado por desglosar los elementos que configuran la pena e intentar situar históricamente cada uno de ellos.

A estos efectos, hemos considerado que las características que definen las contemporáneas penas de trabajos comunitarios son las siguientes:

1. Se trata de una pena que comporta la obligación de *trabajar*; debe examinarse la posible vinculación del TBC con otras formas de trabajo penal.
2. Una pena en libertad que comporta la obligación de trabajar *en tiempo de ocio*; debe valorarse si el surgimiento del concepto de ocio es un determinante cultural del surgimiento de la pena.
3. Una pena que comporta la obligación de trabajar en tiempo de ocio, *sin remuneración y en beneficio de la comunidad*; debe examinarse el múltiple papel otorgado a la comunidad en la ejecución de esta pena.
4. Se trata de una pena de cumplimiento *en libertad* y que busca en lo posible evitar los elementos desocializadores de la prisión; el surgimiento del TBC, pues, estará vinculado al surgimiento de las penas alternativas.

En el primer apartado de este capítulo se intentará llevar a cabo esta tarea; seguidamente se repasará la introducción de la pena en derecho comparado, siguiendo un orden cronológico, y finalmente se prestará atención a su introducción y evolución en el ordenamiento español.

1.2. ALGUNAS HIPÓTESIS ACERCA DE LOS ORÍGENES DEL TBC

1.2.1. Posible relación del TBC con formas históricas del trabajo penal

El contenido aflictivo de las penas de trabajos comunitarios está constituido por la privación de tiempo libre, la falta de remuneración por el trabajo desempeñado y restricción de movimientos durante la duración del trabajo (VON HIRSCH/WASIK 1988:565-567), pero además por la imposición de una obligación de trabajar. De hecho, la magnitud punitiva de la pena se mide precisamente en *horas de trabajo* en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno y en *días o jornadas de trabajo* en el CP 1995.

En relación con el contenido *trabajo* y en el contexto de un capítulo histórico, la pregunta fundamental a responder es si existe alguna vinculación entre la pena de

TBC y anteriores formas de trabajo penal², pudiéndose identificar en caso afirmativo antecedentes históricos remotos. Esta es la pregunta que intentaremos contestar en las páginas siguientes.

Es posible elaborar diversas historias del trabajo penal con altos niveles de abstracción, usando modelos teóricos como los propuestos por FOUCAULT (1975), MELOSSI y PAVARINI (1985), RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984) o GARLAND (1985, 1990)³. Sin embargo, aquí no pretendemos trazar una *evolución* del trabajo penal, sino examinar someramente el *contenido* de instituciones y prácticas penales concretas para ver si existen o no similitudes que permitan identificar antecedentes y establecer continuidades; por ello prescindimos de una discusión historiográfica general y de los detalles acerca de la cronología y particular desarrollo de las sanciones, para centrarnos en sus atributos esenciales.

1.2.1.1. Derecho Romano

Las penas de trabajos forzados se introdujeron en el Bajo Imperio (siglo III e.c.- siglo V e.c.), convirtiéndose en una de las formas de castigo más importantes (TÉLLEZ 1998:27). Existieron diversas penas de este tipo: los trabajos forzados en minas (*damnatio in metallum*); los servicios en la explotación de las minas (*damnatio in opus metalli*); los servicios en otros trabajos accesorios menos graves y de menor peligro (*damnatio in ministerium metallicorum*); y la pena de ejecución forzosa de obras públicas (*damnatio in opus publicum*) (MOMMSEN 1999:393; TÉLLEZ 1998:27-28).

En todos estos casos los penados estaban encadenados y perdían su libertad mientras realizaban trabajos de extraordinaria dureza en beneficio del estado, considerándose en algunos casos auténticas condenas a muerte (SELLIN 1966 :509-510; PIKE 1983:3).

Después de la pena de muerte, la pena de minas, aplicable sólo a sujetos de clases inferiores y especialmente a individuos no libres, era la considerada más grave; a la misma precedía la flagelación del reo, y su duración era para toda la vida; además, “esta pena llevaba de derecho como accesoria la de pérdida de la libertad,

² Hemos optado por seleccionar instituciones en las que, aunque existe discusión, el elemento trabajo ocupa una posición central; no tratamos aquí la posible vinculación entre el TBC y el trabajo penitenciario porque éste es una consecuencia del régimen de cumplimiento de una pena privativa de libertad, y no el contenido principal de la misma.

³ Para una valoración crítica de la aplicación de algunos de estos modelos teóricos a la historia de la pena privativa de libertad en España, ver BURILLO (1999:269-283).

con todas las consecuencias patrimoniales y de otras clases que de la misma se derivaban” (MOMMSEN 1999:393-394). Las distintas condenas relacionadas con la explotación minera se distinguían entre sí por el rigor con que se trataba a los reos y por si estaban más o menos encadenados (MOMMSEN 1999:394).

La pena de trabajos públicos era de menor gravedad que las relacionadas con la explotación de minas, y consistía en el desempeño forzado de trabajos que normalmente desempeñaban siervos, como el arreglo de las calles, la limpieza de cloacas o el servicio público de barbería y bombas (MOMMSEN 1999:395). No se imponía a individuos no libres, ni de alto rango, únicamente a *personae humiles*, se acompañaba habitualmente de la flagelación y podían imponerse a perpetuidad o bien de modo temporal (MOMMSEN 1999:395). Cuando se imponía en su forma más severa, privando al penado de su libertad y de su ciudadanía, y reduciéndolo a esclavo penal o *servus poenae*, era clasificada como pena capital, junto con la muerte y el exilio y no como prisión punitiva (SELLIN 1966: 510).

1.2.1.2. La Edad Media

Durante la Alta Edad Media (siglos VII-X) las sanciones más utilizadas fueron las penas pecuniarias, progresivamente reemplazadas durante la Baja Edad Media (siglos XI-XV) por un sistema de penas corporales y de muerte (PIKE 1983:3, 148; RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:7); por su parte, la prohibición que el derecho canónico imponía a la iglesia de verter sangre llevó al empleo del encarcelamiento de delincuentes bajo su jurisdicción (PIKE 1983:3-4).

En este panorama, el trabajo penal se empleó con escasa frecuencia, aunque el derecho medieval castellano lo recogía como elemento constitutivo de dos penas de origen visigodo: la reducción al estado servil y la *traditio in potestate*, es decir, el abandono del condenado al libre arbitrio de la parte lesionada (ORLANDIS 1947:150-151; PIKE 1983:3).

1.2.1.3. La Edad Moderna

La idea de trabajo penal fue recuperada en la Edad Moderna en relación con las necesidades de los emergentes estados nación en la Europa Occidental, siendo introducida durante el reinado de los Reyes Católicos como una forma alternativa de pena corporal más útil al estado que otras penas existentes (PIKE 1983:148). Inicialmente fue empleada de forma paralela al uso de la pena de muerte y de otras

penas corporales pero progresivamente sustituyó la aparatosidad de los castigos medievales (DE LA CUESTA 1982:41; PIKE 1983:148; ROLDÁN 1988:54-55). Esta transformación no fue fruto de motivaciones humanitarias, sino más bien de consideraciones utilitarias, pues el poder político devino consciente del valor potencial de la fuerza de trabajo penada (RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:25, 61; parece matizar DE LA CUESTA 1982:41 para quien el cuestionamiento religioso de las penas corporales jugó un papel en esta transformación).

El cambio en la penalidad ha sido vinculado a la supervisión y control de una nueva masa de población empobrecida y desarraigada como consecuencia de la crisis del sistema feudal, las transformaciones en la economía agrícola y el crecimiento de los núcleos urbanos (ROLDÁN 1988:54-55; TÉLLEZ 1998:36). Pero sobre todo, ha sido vinculada a los intereses del incipiente estado: los diversos tipos de encierro con finalidad utilitaria permitían al estado o a prestamistas privados obtener rendimientos militares, mineros, o de otro tipo particularmente necesarios a la vista de la escasez de mano de obra (DE LA CUESTA 1982:40-41; PIKE 1983:147; ROLDÁN 1988:52, 54-55).

Las principales formas de explotación penal de la época fueron las siguientes:

a) *Galeras*. La pena de galeras surge alrededor de 1530⁴, año de la promulgación de la pragmática de Carlos I sobre la conmutación de diversas penas corporales contra “ladrones, vagabundos y rufianes” por la de servir como remeros en las galeras, embarcaciones de vela y remo destinadas al combate (CADALSO 1922:95-95, 99; TOMÁS Y VALIENTE 1997:472; RODRÍGUEZ RAMOS 1978:263).

La pena fue ampliamente aplicada durante los siglos XVI y XVII, tanto por tribunales seculares como por los vinculados a la Inquisición y se convirtió en esa época en una sanción central en el catálogo de penas debido a la necesidad de mano de obra (ROLDÁN 1988:12); su supresión definitiva se produjo en 1803, debido al desuso de las embarcaciones (TOMÁS Y VALIENTE 1997:473)⁵.

⁴ Los autores discuten acerca de la concreta datación del surgimiento de la pena; para las distintas posturas, ver CADALSO (1922:93-94); RODRÍGUEZ RAMOS (1978:263-264); PIKE (1983:4); SANZ DELGADO (2003:58). Para las dataciones de la introducción de la pena en otros países europeos, ver RUSCHE/KIRCHHEIMER (1984:61-63).

⁵ La primera supresión de la pena de galeras se produjo mediante Real Orden de 1748, debido a la inutilidad militar de estas naves y el importante coste que suponía su mantenimiento. Se restablecieron en 1784 hasta 1803 (CADALSO 1922:104-105; RODRÍGUEZ RAMOS 1978:264; TOMÁS Y VALIENTE 1997:473).

La obligación de remar en galeras se imponía, en términos actuales, como pena directa, como conmutación (sustitución) de otras penas corporales (muerte, amputación de miembros del cuerpo, destierro) o como medida de seguridad (RODRÍGUEZ RAMOS 1978:265).

Las condiciones en que se cumplía la pena eran de una dureza extrema: sujeción física al banco de remo con cadenas (“el hierro abundaba” CADALSO 1922:102), rasuración de cabello y barba, intenso trabajo, deficientes condiciones higiénicas y sanitarias, escasa comida, férrea disciplina y constantes arbitrariedades⁶ (RODRÍGUEZ RAMOS 1978:267; ROLDÁN 1988:14-15; SANZ DELGADO 2003:60; matiza, sin embargo, PIKE 1983:16-17, 21-22⁷), hasta el punto de que los componentes de dolor y sufrimiento físico en su cumplimiento da a la pena de galeras un carácter especialmente aflictivo, con características de pena *corporal* (PIKE 1983:4; RODRÍGUEZ RAMOS 1978:269), siendo incluso clasificadas como penas capitales, junto con el exilio y la muerte (SELLIN 1966:511).

A pesar de la aflicción corporal que el cumplimiento de la pena de galeras implicaba, su naturaleza es considerada por la mayoría de los autores como fundamentalmente *utilitaria*: su imposición aportaba mano de obra barata, especialmente necesaria debido a las guerras navales en el Mediterráneo entre fines del siglo XV y el XVI (RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:61), para trabajos penosos, para los cuales resultaba cada vez más difícil reclutar trabajadores voluntarios, utilidad que parece ser la finalidad de su imposición (RODRÍGUEZ RAMOS 1978:65; RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:63-64). La finalidad utilitaria se refleja en

Posteriormente, pero sin que propiamente pueda tratarse como restablecimiento, pues posiblemente no se acababa imponiendo la pena de galeras, se volvió a recoger en 1815 y en 1824 (RODRÍGUEZ RAMOS 1978:264-265). Sobre la desaparición de la pena de galeras en otros países europeos, ver RUSCHE/KIRCHHEIMER (1984:65).

⁶ El aspecto más arbitrario era quizá la indeterminación de la duración de la pena para cada penado, independientemente del tiempo de cumplimiento impuesto en sentencia (PIKE 1983:7-8, 14; TOMÁS Y VALIENTE 1997:473). Sin embargo, la duración de la pena estuvo legalmente establecida desde que la mencionada pragmática de Carlos I de 1530 que estableció el límite mínimo de la pena de galeras en dos años, y ello porque “las condenaciones que se hicieron de un año i medio año, son infructuosas para las dichas galeras, porque de un año de servicio en adelante son útiles los remeros”; el límite máximo se estableció en diez años, a pesar de que la pena se hubiese impuesto “de por vida”, por el efecto desmoralizador que una duración indeterminada podía causar en los galeotes (ROLDÁN 1988:13; RODRÍGUEZ RAMOS 1978:266; ver asimismo RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:64; ROLDÁN 1988:13; TOMÁS Y VALIENTE 1997:473; SANZ DELGADO 2003:58).

⁷ PIKE considera que las malas condiciones sanitarias y alimenticias eran comunes para todos los que viajaban por mar, y en general en las vidas cotidianas de las clases bajas; la vida en las galeras, sostiene la autora podía ser preferible no sólo a determinados encierros sino incluso a la vida en libertad en ciertas condiciones de pobreza (PIKE 1983:16-17, 21-22, 149).

las disposiciones acerca de la duración de la pena⁸, las relativas a la conducción a galeras, ‘solturas’ y fugas de galeotes, los límites de edad de los reos, o la aplicación de la pena a pesar del perdón de la parte ofendida y de la imposibilidad de indulto (RODRÍGUEZ RAMOS 1978:265-266).

Es más, con la implantación masiva de esta pena puede hablarse de la introducción de un nuevo paradigma penal, iniciándose una época ‘utilitarista’ que vendría a desplazar parcialmente el esquema de penalidad medieval basado en las penas corporales que no permitían extraer provecho económico, suponiendo “el hallazgo del “sufrimiento productivo”, en la medida en que además de lo terrible que resultaba, condición indispensable de toda pena, proporcionaba un considerable ahorro a la Corona, básicamente en el desarrollo de sus necesidades bélicas (PIKE 1983:4; BURILLO 1999:20).

Además de la utilidad y del componente de pena corporal, la segregación de los penados del seno de la sociedad conforma otra de las notas esenciales de la pena (CADALSO 1922:98; RODRÍGUEZ RAMOS 1978:269; ROLDÁN 1988:11).

En su momento se sostuvo que en la introducción de la pena de galeras jugó cierto papel la voluntad de humanizar las prácticas penales antecedentes (CADALSO 1922:97). Sin embargo, este tipo de opiniones ha sido fuertemente contestado apuntando que el paso de penas corporales a galeras fue el resultado de la necesidad económica y no de consideraciones humanitarias (RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:65-66).

b) *Galeras de mujeres*. Paralelamente al surgimiento y desarrollo de la pena de galeras para los delincuentes varones, a las mujeres se las seguía castigando con penas corporales y con la pena de muerte (PIKE 1983:5; BURILLO 1999:79).

El éxito de la galera como institución penal para los varones inspiró su adaptación para el castigo femenino en las galeras de mujeres a partir de finales del siglo XVII⁹ (PIKE 1983:5). Las bases de la institución se asientan con la publicación de *Razon, y forma de la galera y cafa real, que el rey nueftro señor manda hazer en eftos reynos, para el caftigo de las mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras*

⁸ PIKE (1983:7), sin embargo, considera que el límite legal superior de diez años de condena viene fijado no únicamente por razones utilitarias sino también humanitarias.

⁹ A principios del siglo XVII se creó en Madrid la primera galera de mujeres, abriéndose otras en Valladolid, Zaragoza, Salamanca, Barcelona y Valencia (BURILLO 1999:83; sobre la evolución de la galera de mujeres y su transformación en casas de corrección de mujeres, ver BURILLO 1999:141-143).

femejantes, obra que Magdalena de San Gerónimo dedica a Felipe III en 1608 y que constituye una suerte de primer reglamento para las prisiones femeninas, síntesis de las nociones de la época sobre la reclusión y el castigo de malas mujeres en casas de trabajo (BURILLO 1999:80; MARTÍNEZ 2002:46-47).

La población de estas galeras estaba constituida, de acuerdo con la confusión entre delito y pecado típica de la época, por mujeres que infringían los cánones establecidos: marginales, prostitutas, delincuentes, alcahuetas, mujeres de ‘mala vida’ en general¹⁰ (ROLDÁN 1988:44; BURILLO 1999:81; MARTÍNEZ 2002:48-49, 53-59; SANZ DELGADO 2003:65). Como pena, se reservaba a delincuentes merecedoras de pena superior a la de azotes y vergüenza (SANZ DELGADO 2003:66).

Además de perseguir un objetivo de segregación, esta institución buscaba “atemorizar, con el escarmiento y el ejemplo” para erradicar de la sociedad a las mujeres de mala vida (MARTÍNEZ 2002:52). Un objetivo final del régimen de galeras era “conseguir la docilidad de las internadas, la perfecta sumisión al hombre y al hogar, su *domesticación*” (BURILLO 1999:83). Es por la orientación reformadora o correctora de las galeras que son consideradas las primeras prisiones con un fin correccional que surgen en España (MARTÍNEZ 2002:52).

Del factor trabajo y de la enseñanza de un oficio se pretendía que influyera en la regeneración de las reclusas; el trabajo se fundamenta teóricamente en dos aspectos: evitar la ociosidad y sufragar los gastos de la institución, inspirándose de este modo en el fin utilitario propio de la época, sin consideración de la explotación económica para la obtención de ulteriores beneficios (MARTÍNEZ 2002:99-100).

El trabajo generalmente se llevaba a cabo en el mismo habitáculo donde dormían las reclusas, del que en general no podían salir, con materia prima proporcionada por comerciantes locales que posteriormente readquirían los productos (MARTÍNEZ 2002:101). La finalidad y el funcionamiento de la galera la convierten en “el encierro de pobres más emparentado con las *work houses*” (ROLDÁN 1988:45).

Estos establecimientos buscaban recrear para las mujeres las mismas condiciones que habían en las galeras masculinas (SANZ DELGADO 2003:66),

¹⁰ Esa mala vida de las mujeres encerradas en galeras se reducía en realidad a “vivir sin amo conocido, sin sujeción a un varón” (BURILLO 1999:81-82).

sometiéndolas a unas condiciones materiales y de subsistencia muy duras y a una disciplina férrea (PIKE 1983:5; BURILLO 1999:82-83).

c) *Las minas de Almadén*. En 1559¹¹ las autoridades de las minas de Almadén, los Fugger¹², familia alemana que las arrendaba a cambio de préstamos al gobierno español, solicitaron a Felipe II el envío de mano de obra penada a Almadén. Sin embargo, los primeros delincuentes, *galeotes* desviados de su condena original, no llegaron hasta 1565 o 1566 (PIKE 1983:27; ROLDÁN 1988:54). En 1645 se inició la explotación por la Real Hacienda, estatalizándose así este recurso penal (ROLDÁN 1988:58), que fue abolido por Real Orden de 1800¹³ (SANZ DELGADO 2003:72).

A minas llegaban sujetos con diversas condenas, generalmente por delitos contra la propiedad (PIKE 1983:31; en contra, ROLDÁN 1988:54). Inicialmente la pena fue a perpetuidad, y posteriormente se redujo a un mínimo de dos y un máximo de diez años, análogos a los de galeras, también con un objetivo utilitarista (CADALSO 1922:109; ROLDÁN 1988:54).

Durante este tiempo los penados eran recluidos supuestamente en un depósito, los malos tratos, que a menudo acababan en la muerte del penado, eran frecuentes, y la jornada de trabajo extremadamente dura (ROLDÁN 1988:56-7, 58; SANZ DELGADO 2003:68). Como sucedía en las galeras, en las minas coincidían penados con esclavos; ambos satisfacían la necesidad de trabajadores que podían ser explotados ignorando los peligros para su salud propios de las minas de mercurio (PIKE 1983:28).

La creación de esta pena tuvo pues una finalidad exclusivamente utilitaria, ni intimidadora ni ejemplarizante, buscando hacer partícipe a mano de obra forzada del proceso de producción del azogue que mejoraba la plata extraída de América, siendo difícil, como en el caso de las galeras, la obtención de mano de obra voluntaria para la tarea (CADALSO 1922:115-116; PIKE 1983:27, 149; ROLDÁN 1988:52-3, 54-55).

La relevancia de las minas de Almadén radica en que constituyeron la primera empresa industrial con empleo de penados y una experiencia penal nueva: la de

¹¹ Algunos autores sitúan los orígenes de esta pena en la sanción medieval recogida en Las Partidas y procedente de la tradición romana de “cavar en los metales del rey”. Sin embargo, tal sanción estaba en desuso en la España moderna por lo que también son numerosos los autores que descartan esos antecedentes (CADALSO 1922:107-108; ROLDÁN 1988:53-54).

¹² “Marco y Cristóbal Fuggars o Fúcares” según CADALSO (1922:108).

¹³ Acerca de las vicisitudes de la pena, ver ROLDÁN (1988:59); SANZ DELGADO (2003:72).

penados cuyo trabajo era dirigido y gestionado por intereses privados (ROLDÁN 1988:58; PIKE 1983:27-28).

d) *Presidios peninsulares y presidios africanos*. Esta pena se originó en el siglo XVI¹⁴ (ROLDÁN 1988:19) como conjunción de tres sanciones distintas: el destierro, el encierro medieval en castillo o fortaleza y las penas castellanas *ad metallum* o *in opus metalli* (PIKE 1983:41). En el siglo XVIII la pena fue importada a la península, siguiéndose el patrón africano (ROLDÁN 1988:26), y desapareció a fines del siglo XVIII (SANZ DELGADO 2003:78).

Los presidios eran localizaciones militares, a menudo situadas en zonas fronterizas, en cuyo interior se recluyeron y trabajaron penados que o bien estaban al servicio de las armas o bien realizaban otro tipo de tareas auxiliares (SANZ DELGADO 2003:73-74). Existían presidios en el territorio peninsular y en el norte de África y especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XVIII se comenzó a enviar penados a los presidios americanos, como se venía haciendo con los filipinos (ROLDÁN 1988:17).

La condena a presidio significaba inicialmente una condena al servicio de armas reservada para nobles y ricos (PIKE 1983:42; BURILLO 1999:20). Posteriormente, a partir de mediados del siglo XVII, coincidiendo con una importante crisis financiera, demográfica y de escasez de mano de obra, esta pena pasó a aplicarse también a plebeyos con condenas no muy graves, a los que les estaban vetado el servicio con armas, siendo destinados a trabajos de fortificación especialmente duros (PIKE 1983:42; BURILLO 1999:22-23).

Con el tiempo y como respuesta a problemas de superpoblación y orden, a las actividades propias de los presidios se sumaron actividades artesanales: la albañilería, carpintería, cerrajería o herrería (ROLDÁN 1988:26; BURILLO 1999:28-30). A principios del siglo XIX y como respuesta a esta misma situación de crisis se limita la aplicación de estas penas a reos de ‘condena limpia’, penados a delitos no muy graves, que sean lo suficientemente jóvenes y robustos como para poder llevar a cabo los trabajos; normativa que refleja la voluntad de suplir con penados la falta de alistamientos voluntarios” (BURILLO 1999:37).

¹⁴ Los orígenes de esta pena son difíciles de determinar a partir de las fuentes legales, que no la mencionan hasta mucho después de iniciada su existencia; para una discusión acerca de los mismos, ver CADALSO 1922:302; PIKE 1983:41; ROLDÁN 1988:19, 21; BURILLO 1999:21; SANZ DELGADO 2003:75, 77-78.

Inicialmente la pena era perpetua, pero en el siglo XVII se limitó temporalmente, de modo paralelo a la galera. El máximo era de 10 años, aunque se daban condenas indeterminadas (ROLDÁN 1988:22).

Nos encontramos claramente otra vez ante un tipo de penalidad utilitaria, empleada para satisfacer las necesidades bélicas de la monarquía en su política colonial. A diferencia de la pena de galeras, sin embargo, el elemento de pena corporal no estaba presente en el presidio (SANZ DELGADO 2003:74). La pena ha sido calificada como una transformación del destierro, por cuanto no existía encierro pero tampoco era posible abandonar el recinto presidial (BURILLO 1999:22); estas menores restricciones físicas hacen que la vida presidial se identifique con la vida libre. Algún autor deriva de esta asimilación entre la vida en presidio y la vida libre un incipiente y quizá no buscado componente integrador de la pena (SANZ DELGADO 2003:74). La mayoría de autores, sin embargo, han subrayado más bien la importancia del componente utilitario de la pena (CADALSO 1922:306). En todo caso, su relevancia en la historia penal se debe a su consideración de origen de la organización penitenciaria (SANZ DELGADO 2003:73).

e) *Condena a armas*. En la historia penal española existe también la condena a armas fuera del marco presidial, y a igual que sucedió con el *impressment* inglés, su finalidad fue claramente utilitaria: desde principios del siglo XVIII la condena a quintas se empleó como medio de superar las limitaciones del sistema no penal de reclutamiento, determinándose los destinos de los penados según las necesidades de la política interior y exterior de España (ROLDÁN 1988:27).

El servicio en el ejército y en la marina no tenían la dureza de la pena de presidio, por lo que se reservaba a condenados por delitos leves, vagos y marginales. El trato que recibían era sustancialmente igual que el recibido por el resto de soldados, y la condena no superaba los cinco años (ROLDÁN 1988:27-28).

f) *Arsenales*. Otra forma de servidumbre penal tuvo lugar en presidios de arsenales navales instalados en destacamentos militares estratégicamente situados para el abastecimiento y reparación de embarcaciones de guerra en lugares de la costa peninsular claves para la protección del comercio en el Mediterráneo, el Atlántico y el estrecho de Gibraltar (SANZ DELGADO 2003:111-112).

Se han apuntado dos factores que explican el desarrollo de esta pena. Por una parte, la (primera) supresión de la pena de galeras en 1748 junto con la incapacidad de los presidios africanos y las minas de Almadén de absorber a los antiguos galeotes y a los nuevos penados (PIKE 1983:26, 66; ROLDÁN 1988:61). Por otra parte, el deseo de los primeros Borbones de seguir una política de expansión naval, fomentando la Marina, para lo cual se recurrió inicialmente a trabajo no forzado, posteriormente a penados de escasa gravedad y finalmente, dada la dureza del trabajo, a galeotes procedentes de las minas de Almadén o a reos directamente condenados a arsenales (CADALSO 1922:318; BURILLO 1999:28-29, 34).

Los arsenales fueron suprimidos entre 1807 y 1818, debido a factores relacionados con el elevado coste de mantenimiento de los mismos y de empleo de mano de obra penada, y el declive de la armada española, así como el aumento de importancia de la pena de destierro; las ideas humanitarias de la época, finalmente, también jugaron cierto papel (PIKE 1983:85-87; ROLDÁN 1988:61-62; BURILLO 1999:33, 37; SANZ DELGADO 2003:111, 114, 117).

Los principales objetivos de la gestión de los arsenales fueron, al igual que en las galeras, la seguridad y la utilidad, de modo que los métodos de administración coincidían en ambos encierros (PIKE 1983:73-76). El hecho de que la condición física de los penados fuese importante por su utilidad distinguía estas penas de otros encierros de su tiempo (PIKE 1983:75-79).

Los penados trabajaban, encadenados a pares mediante grilletes en los tobillos y cadenas, largas horas con sólo un pequeño descanso al mediodía, a menudo también durante las vacaciones, y las muertes debidas a las duras condiciones de vida y trabajo eran frecuentes (PIKE 1983:83, 85).

g) *Obras públicas*. A pesar de tener antecedentes a principios de siglo¹⁵, la condena menor¹⁶ a obras públicas adquiere importancia desde mediados del siglo XVIII (BURILLO 1999:41). Su proceso de expansión está vinculado a los proyectos borbónicos de mejora del transporte y las comunicaciones en el país, en particular la construcción de caminos pavimentados que deberían unir Madrid con la periferia, y de canales para facilitar el transporte de mercancías desde el interior hasta la costa, cuya realización requería abundante mano de obra (PIKE 1983:88-90; ROLDÁN 1988:65-66; BURILLO 1999:46).

En Madrid y Málaga se produjeron, por las características de población y de la dimensión de las obras públicas a realizar, situaciones particulares con la creación de presidios de obras públicas en los que se alojaban penados permanentemente (PIKE 1983:91-93, 96-98; BURILLO 1999:41-42); pero lo habitual era que los reos fueran adscritos a destacamentos o brigadas móviles fuera de presidios estructurados (BURILLO 1999:45-46).

El trabajo desempeñado se caracterizaba por realizarse en el exterior, y no dentro de una institución cerrada; por consistir en tareas de tipo comunal (construcción de carreteras y caminos, canales, puertos, arreglo de jardines y limpieza de calles, entre otros) que el estado, municipio o empresa concesionaria podía ofertar; y por su dependencia del poder civil (ROLDÁN 1988:60).

De esta pena se ha subrayado en consecuencia su aspecto eminentemente utilitario; pero también el retributivo y el ejemplarizante, poniendo de manifiesto el ‘espectáculo’ constituido por los penados trabajando encadenados (PIKE 1983:108-109; ROLDÁN 1988:67). Además, en particular a partir de principios del siglo XIX, cabe destacar el elemento correccional, reflejado en el pretendido cambio de nombre de los presidios (*presidios de corrección*) que suponía que el fin meramente retributivo ya no debía subrayarse: la reforma de los internos mediante el trabajo productivo se convirtió en un nuevo fin de la pena, por lo menos teóricamente (PIKE 1983:108-109). Esta voluntad reformadora se reflejó en el tipo de trabajo a desempeñar, que dejó de ser simplemente trabajo duro, forzado y punitivo para pasar

¹⁵ Sin embargo CADALSO (1922:371) sitúa los orígenes de esta pena en las Partidas, “al establecer este Código la pena (segunda en la escala) de estar el culpable perpetuamente cavando en los metales del Rey o labrando en las otras sus labores, o sirviendo a los que esto fizieren”. Ver asimismo ROLDÁN (1988:60-61) acerca de los orígenes de esta sanción.

¹⁶ A principios de siglo XIX esta pena, inicialmente reservada a delincuentes menores, amplió su ámbito de aplicación también a penados por delitos graves (ROLDÁN 1988:66-67; BURILLO 1999:47).

a ser trabajo obligatorio, pero también útil y remunerado, buscándose asimismo que fuera educador (PIKE 1983:110; matiza BURILLO 1999:53ss).

h) *Casas de corrección*. Aunque de escaso desarrollo en España¹⁷ (BURILLO 1999:276), merece la pena añadir una nota acerca de las casas de corrección. La necesidad de mano de obra para el sistema de producción y las ideas de la ética protestante, que rechazaba la ociosidad y proclamaba las virtudes del trabajo, perfilan el contexto en que se produce el nacimiento y la expansión en la Europa occidental de las casas de corrección¹⁸ (DE LA CUESTA 1982:41-42; RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:48; ROLDÁN 1988:70-71).

En España se crearon inicialmente (último tercio del siglo XVIII) para separar a “vagos, mendigos, pobres y huérfanos” sin responsabilidad criminal, destinados a asilos o a hospicios, de delincuentes menores, que serían enviados a las casas de corrección; aunque en la práctica todos los sujetos nombrados podían ser enviados indistintamente a cualquiera de estas instituciones (ROLDÁN 1988:75-76; MARTÍNEZ 2002:122). Más adelante, sin embargo, se empezó a concebir las casas de corrección como lugares adecuados en los que cumplir penas más graves (ROLDÁN 1988:76).

Las casas de corrección estuvieron animadas por una doble motivación: una motivación económica preponderante, por una parte, entroncando así con las penas utilitarias vistas; y una motivación secundaria de reforma o corrección de los internos (DE LA CUESTA 1982:43, además del escarmiento mediante el sufrimiento; RUSCHE/KIRCHHEIMER 1984:47-48, para quienes su objetivo principal era la transformación de la mano de obra díscola en socialmente útil mediante el trabajo y el adiestramiento profesional). Autores de la época defendieron las casas de corrección como una forma de castigo central en la nueva estrategia penal ilustrada, ante la nula

¹⁷ En España, destaca la Casa de Corrección de San Fernando del Jarama y las galeras de mujeres, que DE LA CUESTA (1982:42), equipara a las casas de corrección. Sobre la creación y el régimen de la Casa de Corrección del Jarama, y de las Casas de Arrepentidas, ver MARTÍNEZ (2002:121-124, 127-128).

¹⁸ Las primeras casas de corrección fueron creadas en Inglaterra en 1576, siguiendo el modelo de la casa *Bridewell* londinense (1555), que doblegaba al trabajo a aquellos pobres que se resistían al mismo. Sin embargo, fueron las holandesas *Tuchthuisen*, *Rasphuis* (Casa del Raspado) y *Spinhuis* (Casa del Hilado) abiertas en 1596 y 1597, creadas como casas de trabajos y organizadas como manufacturas por mercaderes de Ámsterdam, con finalidad similar a las inglesas, las que impulsaron el desarrollo del modelo de las casas de corrección en Europa occidental durante los siglos XVII y XVIII (DE LA CUESTA 1982:42).

capacidad correctora del sistema de presidios militares (LARDIZÁBAL 2002:120); BURILLO 1999:117).

Aunque la historia de las penas no siguió estas propuestas, sí supusieron una primera crítica al utilitarismo clásico (BURILLO 1999:117).

Las condiciones de vida y trabajo en las casas de corrección eran duras y monótonas, lo que se esperaba que abundara en la capacidad reformadora del trabajo (DE LA CUESTA 1982:43; MARTÍNEZ 2002:123). El trabajo estaba organizado con fines educativos, y la corrección se buscaba mediante la enseñanza de oficios: costura, sastrería, zapatería, carpintería (MARTÍNEZ 2002:124; BURILLO 1999:276, sin embargo, subraya la lógica interna de este tipo de trabajo penal, dirigido fundamentalmente a sufragar los gastos de la propia institución).

Las penas vistas hasta ahora son penas cuyo núcleo es el trabajo forzado. Sin embargo, en las casas de corrección, como en el trabajo penitenciario, la obligación de trabajar no constituye el núcleo punitivo, sino que es una consecuencia del régimen del centro, siendo el principal elemento ingreso en el establecimiento (TÉLLEZ 1998:43 n.p.). De hecho, la relevancia de las casas de corrección, en particular de la Casa de Corrección de San Fernando, en la historia de las penas en España se vincula al origen de la pena privativa de libertad (TÉLLEZ 1998:45; MARTÍNEZ 2002:124; otros autores, sin embargo, minimizan la importancia de esta institución, por ejemplo, BURILLO 1999:276, n.p.).

1.2.1.4. El trabajo penal en el siglo XIX

El siglo XVIII conoció el punto más alto del empleo del trabajo forzado de penados (PIKE 1983:49); durante el siglo XIX el trabajo penal experimenta una grave crisis que se refleja en una serie de tensiones y transformaciones: la pugna entre el trabajo interior, realizado en los presidios, y el trabajo exterior, de obras públicas (BURILLO 1999:203-215); los intentos de arrancar de manos militares el poder sobre las penas de presidios (ROLDÁN 1988:76); las tensiones entre el paradigma utilitario, que hasta ese momento fue dominante, y las propuestas retribucionistas y correccionalistas (ROLDÁN 1988:87-88). A la compleja realidad penitenciaria se sobreponen, por otra parte, Códigos Penales no siempre operativos.

En el transcurso del siglo, el trabajo penal pasará de ser la esencia del castigo mismo a ser un elemento residual, no necesariamente parte del contenido punitivo propio de la nueva pena reina de privación de libertad.

De esta compleja situación interesa destacar brevemente a nuestros efectos las características básicas del trabajo interior (las del trabajo exterior, desarrollado en obras públicas¹⁹, ya se han visto en páginas anteriores), así como la superación del utilitarismo y la introducción de un elemento correccionalista en la filosofía penal.

El trabajo interior se desarrolló durante el siglo XIX fundamentalmente en talleres o manufacturas presidiales; su potenciación en buena medida responde a las críticas vertidas contra los abusos sufridos por los penados a obras públicas y a los presidios (ROLDÁN 1988:76). Se buscaba en ellos un trabajo no afflictivo en sí mismo sino que comportara cierto aprendizaje que pudiera resultar útil en la inserción en el mercado laboral una vez cumplida la pena (BURILLO 1999:218-219): por primera vez el centro del pensamiento penitenciario deja de ser el logro de la mayor explotación de los penados para centrarse en los problemas que se consideraba les habían llevado al presidio y en las posibles soluciones (BURILLO 1999:219).

A pesar de los esfuerzos realizados²⁰ en realidad se crearon pocos talleres en los presidios, pues no se dieron las condiciones mínimas para su desarrollo (ROLDÁN 1988:81-83; BURILLO 226-227). Allí donde existieron, las tareas desarrolladas eran las mismas que en las manufacturas del lugar (posteriormente, debido a la oposición de la industria libre, se dedicarían teóricamente a la producción de productos distintos que evitaran la competencia), realizadas a menudo a través de contratos con empresas privadas.

La superación del utilitarismo y la introducción del retribucionismo y correccionalismo resulta relevante para nosotros porque la concepción del trabajo penal cambiará radicalmente a partir de este punto. Durante el siglo XIX se van perfilando las dos posturas, en las que se ordenará el pensamiento penitenciario liberal-burgués, el retribucionismo y el correccionalismo que, con propuestas

¹⁹ Acerca de las obras públicas en el siglo XIX, centradas en trabajos de gran envergadura e interés para el estado, ver ROLDÁN (1988:68); BURILLO (1999:203-207). El CP 1822 basó su sistema de encierros en las obras públicas, estatales y municipales, recogiendo penas de trabajos perpetuos, obras públicas y presidio; el artículo 28 CP 1822 clasifica estas penas como corporales, junto con la reclusión en casa de trabajo; las mismas penas para menores y mujeres no son consideradas tales. Ver artículos 30, 47, 53, 54, 55, 56 y 57 acerca de sus condiciones de cumplimiento y duración (LÓPEZ BARJA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ 1988:24-27).

El Código penal de 1848 supuso la “puntilla de gracia” para los trabajos penales en el exterior: únicamente una de las doce penas privativas de libertad recogidas, la ‘cadena temporal’, conservaba los trabajos públicos¹⁹ (ROLDÁN 1988:70). El reduccionismo vino justificado por los desórdenes y abusos habidos en el trabajo penal en obras públicas (ROLDÁN 1988:70).

²⁰ Ver BURILLO 1999:221-226 sobre los detalles de la política de extensión de los talleres en los presidios y sus obstáculos.

antagónicas, comportarán la superación del utilitarismo penal imperante en la modernidad (BURILLO 1999:125).

Para el retribucionismo el trabajo penal pasará de ser impuesto en función de la utilidad económica que pueda reportar para pasar a ser impuesto, en el marco de la pena privativa de libertad, como un plus de dolor o de sufrimiento a administrar según fuera conveniente en cada caso en función de sus particularidades (BURILLO 1999:126). La pena debe ser temible, y en consecuencia los trabajos deberán ser públicos y, por lo menos aparentemente, penosos, pero a la vez se dota a las penas de garantías y se las priva sus elementos más degradantes (BURILLO 1999:127).

Para los ideales correccionalistas, sin embargo, el trabajo no tenía ni una finalidad productiva ni una finalidad de agravamiento de la pena, sino que era uno más de los factores que debían llevar a la rehabilitación (ROLDÁN 1988:157). De acuerdo con algunos autores, se otorgó al trabajo una función puramente disciplinaria y, en última instancia, terapéutica, aspirando a convertir a los presidios en productores de hombres disciplinados y adaptados a las condiciones del mercado de trabajo (BURILLO 1999:128, 283).

Conforme el discurso penitenciario fue abandonando el primitivo utilitarismo para adoptar las nuevas formas de ejecución, el trabajo penal dejó de ser necesario, lo que llevó a su práctica eliminación o a su permanencia como ocupación accesoria parte de lo regímenes penitenciarios modernos²¹ (BURILLO 1999:265).

1.2.1.5. Recapitulación y conclusiones

Hasta ahora se han examinado penas consideradas generalmente de trabajos forzados; en las líneas que siguen trataremos de señalar las notas principales del elemento *trabajo* en las contemporáneas penas de trabajos comunitarios para luego hacer lo mismo, de forma sintética, con las figuras examinadas y finalmente, verificar si existen similitudes o continuidades entre ellas.

a) *Algunas notas sobre el elemento trabajo en las contemporáneas penas de servicios sociales.* El contenido *trabajo* de las contemporáneas penas de TBC no es uniforme: es distinto entre ordenamientos, y dentro de un mismo ordenamiento en el tiempo,

²¹ Ver, ya en el primer CP del siglo XX la posición de la obligación de trabajar en la privación de libertad reflejada en el artículo 167 CP 1828 (LÓPEZ BARJA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ 1988:745-746).

subrayándose o minimizándose en diversos momentos y contextos con diferentes objetivos político criminales²².

Más allá de estas variaciones, y ajustándonos a la concepción original de la pena, los atributos que definen el trabajo en las actuales penas de servicios comunitarios son en nuestra opinión los siguientes:

- trabajo *ambulatorio*, que no implica la privación de libertad del sujeto (HOME OFFICE 1970:13-14; art. 39, 49 CP);
- trabajo *público*, que no se desarrolla en una institución cerrada o en un medio específicamente penal o penitenciario (HOME OFFICE 1970:12; RD 515/2005);
- trabajo *no remunerado*, por la realización del cual no se percibe contraprestación alguna, a pesar de que pueda preverse la satisfacción de gastos de manutención y transporte (HOME OFFICE 1970:12; art. 49 CP);
- trabajo *constructivo*, en beneficio de la comunidad (HOME OFFICE 1970:13; art. 49);
- trabajo que *no compite con el mercado laboral*: tareas que si no son realizadas de forma no remunerada no serían llevadas a cabo de otro modo (HOME OFFICE 1970:12; art. 49 CP);
- trabajo que se lleva a cabo *en tiempo de ocio*, por ello fundamentalmente distinto al trabajo obligatorio a tiempo completo (HOME OFFICE 1970:14; RD 515/2005);
- trabajo de una duración *determinada*, no vinculado a la finalización de una tarea concreta, sino impuesto en función de criterios penales y medido en términos estrictos de tiempo trabajado (HOME OFFICE 1970:20; art. 33, 49 CP).
- trabajo *no aflictivo* en sí mismo, pues se considera que lo aflictivo es la privación de tiempo libre y de remuneración (HOME OFFICE 1970:13; KILCOMMINS 2002:325);

²² Así, por ejemplo, el Informe Wooton se esforzó por poner de manifiesto que la privación del tiempo de ocio y no la obligación de trabajar constituía el contenido punitivo esencial de la pena (HOME OFFICE 1970); años más tarde y en un momento político criminal descrito como de ‘populismo punitivo’, en que se busca subrayar la ‘dureza’ del TBC como castigo, los *National Standards* ingleses exigen que el trabajo a realizar sea “exigente, en el sentido de resultar, física, emocionalmente o intelectualmente duro. El grado de inconveniencia y esfuerzo requerido por el *community service* debe ser considerable” (HOME OFFICE 1995a:34). Ver anexo sobre esta cuestión.

- trabajo *consentido* en la medida que no puede ejecutarse forzosamente *contra* la voluntad del sujeto.

Estas son características esenciales del trabajo en la sanción de servicios comunitarios en el sentido de que si alguna de ellas desaparece o se altera, la pena podría dejar de ser reconocible para convertirse en una figura distinta. El trabajo *puede* estar dotado de otras características y perseguir otros fines, como la rehabilitación o la reparación, pero estos atributos no son esenciales en el sentido expresado.

b) *Características fundamentales del trabajo penal histórico*. Las características fundamentales de las instituciones examinadas que en relación con nuestro objetivo interesa destacar son las siguientes:

- En buena parte de las sanciones examinadas se trata de un trabajo *útil*, en el sentido que es precisamente la utilidad y la explotación de la mano de obra empleada lo que determina el recurso a la sanción, su configuración e incluso su duración. De lo expuesto puede desprenderse que las necesidades de las políticas de defensa, obras públicas, y económicas han determinado en numerosas ocasiones el recurso al trabajo penal y su distribución.
- El trabajo contiene en sí mismo *elementos de castigo corporal*: en bastantes de las instituciones examinadas no únicamente las flagelaciones o el encadenamiento que comportaron estas penas, sino que la dureza de los trabajos mismos las convertía en penas corporales. La dureza de las tareas a desempeñar convertía al trabajo en sí mismo en un elemento aflictivo.
- En la mayoría de las instituciones vistas, la dureza del trabajo y del régimen de vida de los penados tenía un *elemento ejemplarizante*, tanto para los propios penados como por la generalidad de la ciudadanía a la que el espectáculo del trabajo público y la *degradación* debía atemorizar.
- La imposición de la pena afectaba en casi todos los casos la *libertad ambulatoria* de la persona, tratándose de encierros por lo menos instrumentales a la explotación laboral²³. Algunos autores los consideran en sí mismos formas de privación de libertad (SELLIN 1966:509).

²³ Más allá de la discusión acerca de si en las formas históricas de trabajo penal lo primordial es el trabajo o el encierro (ver, por ejemplo, ROLDÁN 1988:11; TÉLLEZ 1998:43 n.p.), que se escapa a estas páginas, lo que parece evidente es que la explotación laboral de los penados requería en la mayoría de institutos de una privación de libertad por lo menos instrumental.

- La imposición de estas penas comportaba casi siempre la *segregación* de los penados del resto de la sociedad.
- El trabajo penal, como el trabajo de vagos y marginales, es una *forma de combatir* una fuente de conflicto social y delincuencia: *la ociosidad* (PIKE 1983:49). La ociosidad, en particular la de las clases subalternas, es denunciada sobre todo desde principios del siglo XVIII por distintos elementos (gobierno, iglesia, autores ilustrados) con argumentos morales, económicos o basados en una interpretación corporativa de la sociedad (PIKE 1983:50-51).
- En algunas ocasiones el *trabajo era retribuido*, como en las obras públicas o las manufacturas presidiales, con la finalidad de inspirar a los penados “‘amor al trabajo’ al cual pueden deber algún día su rehabilitación social” (art. 48 de la Instrucción para los Subdelegados de Fomento de 1833, citada por BURILLO 1999:217-218).
- En algunas instituciones, el trabajo a desempeñar tenía una *utilidad pública*, definida fundamentalmente por los intereses y necesidades de la política del momento.
- Fundamentalmente a partir del siglo XVII se introduce en algunas instituciones un *elemento de corrección*, además de la utilidad, la ejemplaridad y la retribución: de acuerdo con esta concepción, en términos generales será la corrección y la reforma de los penados, más que la utilidad que pueda reportar su fuerza de trabajo, la que deba guiar la configuración de las sanciones penales (ROLDÁN 1988:87-88).

La racionalidad utilitaria de la imposición del trabajo, los elementos de pena corporal, el carácter ejemplarizante y degradante del trabajo, así como la segregación y la afectación a la libertad ambulatoria de las personas son elementos que no están presentes en las contemporáneas penas de trabajos comunitarios, como tampoco lo está la retribución por el trabajo desempeñado.

Por otra parte, la ociosidad fue históricamente un mal a combatir, mediante la imposición de un trabajo redentor; en la configuración de las contemporáneas penas de trabajos comunitarios, en cambio, el ocio es un bien la privación del cual constituye un castigo.

En sentido inverso, se ha apuntado que la utilidad pública del trabajo en alguna de las instituciones vistas, en particular la condena a obras públicas, acerca esta sanción al TBC (VASS 1984:14). Sin embargo, la utilidad pública de esas obras se definía en función de las necesidades de las políticas del estado, no de criterios como los empleados en la actualidad, basados en el beneficio de la generalidad de la población o de sus colectivos más débiles, lo que atenúa esta posible vinculación.

En cambio, sí pueden vincularse de algún modo las formas de la prevención especial positiva con los antiguos elementos correccionales, sí es posible afirmar que en este sentido existe cierta continuidad entre la concepción correccionalista del trabajo penal y algunas concepciones actuales del TBC.

Recapitulando, parece, pues que los elementos característicos de las formas históricas del trabajo penal no están presentes en el TBC. Por otra parte, en la literatura española es común apuntar que el consentimiento del penado es esencial para distinguir el TBC de los trabajos forzados. Parece que subyace a esta idea la concepción del TBC como una forma contemporáneamente aceptable, de acuerdo con los estándares de protección de los derechos humanos y el desarrollo de la legislación laboral, de anteriores usos del trabajo penal, producto de una progresiva humanización que el TBC, quizá junto con el actual trabajo penitenciario, culminan. Sin embargo, y sin cuestionar el proceso de humanización de las penas, en este trabajo sostenemos que el TBC es una pena de nuevo cuño, producto de unas circunstancias socioculturales y penológicas concretas, y fundamentalmente distinto, como hemos visto, de cualquier uso anterior del trabajo penal.

1.2.2. El ocio como determinante cultural en las penas de TBC

Además de comportar una obligación positiva de trabajar, la imposición de la sanción de TBC priva al penado del derecho a ser retribuido por el trabajo desempeñado o a vender la propia fuerza de trabajo, restringe su libertad de movimientos en tanto dura la actividad a desempeñar y comporta su pérdida de tiempo libre (ocio), afectando a su libre disposición del mismo (DE LA CUESTA 1985:229; WASIK/VON HIRSCH 1988:565, 567). La privación de tiempo de ocio constituye, pues, un elemento de la carga punitiva de la pena de trabajos comunitarios.

El concepto ocio no es estático ni universal, sino producto de unas circunstancias económicas, sociales y culturales particulares que únicamente han confluído en las sociedades modernas, industrializadas; partiendo de esta premisa,

para que la privación de tiempo libre constituya una pena es necesario que el concepto de ocio esté socialmente ‘integrado’, es decir, que la sociedad lo asuma en su doble dimensión, como tiempo y como bien. Si ello es así, entonces cabrá concluir que esta pena tal como ha sido configurada, como pena de servicios comunitarios *en tiempo de ocio*, no podría haberse desarrollado antes de nuestro tiempo. No se trata pues del desarrollo de penas anteriores, sino del producto de unos determinantes culturales muy concretos, que no existieron con anterioridad (KILCOMMINS 2002:51). Esta es la hipótesis que buscamos desarrollar en este apartado.

Dejando aparte la discusión acerca de si las sociedades occidentales contemporáneas pueden calificarse como sociedades del ocio (SUE 1982), el ocio está firmemente arraigado en la vida social de los países occidentales, y ello en su doble dimensión de práctica social y de derecho. Como “práctica social que se inscribe en un ‘tiempo’ que va más allá de las obligaciones rutinarias” que tanto la necesidad de supervivencia como las necesidades sociales imponen y se concreta en actividades o situaciones completamente voluntarias (CARIDE/LÓPEZ 2002:18-19). En esta misma dimensión de práctica social, el ocio se ha convertido en una característica fundamental de la vida contemporánea, de la cual los individuos son conscientes y que conceptúan como un elemento distinto y propio de sus ritmos vitales (ROBERTS, K. 2002:15).

En su segunda dimensión, el ocio constituye un “modo de proyectar la libertad cotidiana”, derecho que debe ser universalmente reconocido y ejercido, libertad sustantiva en sí misma pero conectada con otros valores que contribuyen al desarrollo de la personalidad, al verse condicionada en su ejercicio por los medios de que disponen los sujetos (CARIDE/LÓPEZ 2002:18-19).

En este sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge en su artículo 24 el derecho de toda persona “*al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*”²⁴. Como derecho social o de segunda generación, se vincula, como se aprecia en el texto reproducido, con el derecho al descanso respecto del trabajo, a la

²⁴ En las versiones inglesa y francesa respectivamente se emplean las expresiones *leisure* y *loisir* para referirse a ‘tiempo libre’, expresiones que por su parte a menudo se traducen como ‘ocio’. Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre recoge en su artículo 15 el derecho de toda persona a “tiempo libre (*leisure time*), recreación saludable y la oportunidad de emplear provechosamente su ocio”. Un derecho similar no está recogido en cambio en nuestra Constitución ni en la Constitución Europea.

limitación de las horas de trabajo y al derecho de los trabajadores a vacaciones remuneradas, o alternativamente con el derecho al acceso a la cultura (GORBEÑA/GONZÁLEZ/LÁZARO 1997:31). Sin embargo, como derecho autónomo pertenece más bien a una ‘tercera generación’ de derechos, todavía en una etapa de formulación jurídica y discusión doctrinal (GORBEÑA/GONZÁLEZ/LÁZARO 1997:31). Puede concluirse que el concepto de ocio como un derecho más o menos definido y una necesidad social era reconocido y aceptado en la mayoría de países industriales hacia 1970 (KILCOMMINS 2002:46).

La situación descrita, sin embargo, representa históricamente una novedad. El ocio es un fenómeno que va parejo a las transformaciones del trabajo (GORZ 1995), y parece existir cierto consenso entre los estudiosos de la sociología y la historia del ocio en que éste es “un producto de la organización moderna del trabajo, nuestras economías de mercado, las libertades civiles de las que disfrutamos, y el debilitamiento de controles familiares, comunitarios y religiosos que prescribían y aseguraban el seguimiento de modos de vida mayoritarios en épocas anteriores” (ROBERTS, K. 1999:1). Más concretamente, con la centralidad del reloj (el trabajo según un horario marcado por necesidades industriales y el reloj y no por ciclos naturales como en las sociedades agrícolas), la progresiva reducción del tiempo global de trabajo, el proceso de urbanización e industrialización, la reducción de la vida laboral de las personas, aumentos en las vacaciones, y en particular vacaciones remuneradas, el reconocimiento del ocio como derecho, y el establecimiento y desarrollo de una industria del ocio, éste se ha establecido como un componente de la estructura social de los países industrializados, distinto y separado de los demás, especialmente a partir de la segunda guerra mundial (KILCOMMINS 2002:51).

De este modo, aunque sea posible definir el ocio de tal modo que podamos encontrar formas del mismo en tiempos premodernos, en esa época la sociedad vivía, trabajaba y entendía sus circunstancias sin recurrir a ese concepto, y sólo a partir de finales del siglo XIX en las sociedades industrializadas empezó a emplearse el término y a distinguirlo de los distintos tiempos de trabajo (ROBERTS, K. 1999:1; KILCOMMINS 2002:17).

Únicamente en una situación como la actual, cuando el ocio está integrado culturalmente como un elemento propio de los ritmos de vida, y está concebido como

derecho, puede su privación constituir un medio de control social o de represión del delito. Por lo tanto, es difícil imaginar cómo una sanción como el TBC, una de cuyas características definitorias es la privación del tiempo de ocio, puede verse vinculada históricamente con sanciones basadas en el trabajo anteriores a la revolución industrial, y al nacimiento del concepto-derecho ocio: “únicamente con la creación de una situación como la que se dio a partir de 1945, cuando el ocio se estableció como un derecho de cada individuo, las autoridades podían justificar la privación de ocio como una forma de castigo de infracciones” (KILCOMMINS 2002:51).

De este modo no puede sostenerse la existencia de una continuidad y afinidad entre la contemporánea pena de trabajos sociales y anteriores penas basadas en el trabajo; las afirmaciones en este sentido ignoran que el determinante cultural del ocio ha cambiado con el tiempo, y en cualquier configuración histórica de una pena debe tenerse en cuenta que las prácticas de control social, y entre ellas las prácticas penales, vienen conformadas entre otros factores por elementos culturales (“la gramática simbólica de las formas culturales”²⁵) (GARLAND 1990:199).

Desde este punto de vista lo que cabe subrayar es que las innovaciones en el sistema penal, además de ser producto de un contexto penal o de política criminal determinado (en nuestro caso marcado por la crisis de la prisión, la búsqueda de nuevas alternativas), también vienen determinadas por fuerzas culturales externas que a menudo existen únicamente en contextos específicos (KILCOMMINS 2002:52). Y es en este sentido que puede afirmarse que únicamente cuando el ocio está integrado y comprendido como elemento propio de la vida social, puede su privación constituir un modo de control social. Esta conclusión convierte en anacrónica cualquier vinculación entre las penas contemporáneas de servicios comunitarios y formas anteriores de trabajo penal.

Como nota de futuro, es necesario subrayar que las concepciones y experiencias del ocio han sufrido en las últimas décadas importantes cambios, relacionados con

²⁵ “Las prácticas penales son configuradas por la gramática simbólica de las formas culturales y por las más instrumentales dinámicas de la acción social, de modo que al analizar el castigo, deberíamos fijarnos en las expresiones culturales tanto como en las lógicas del interés material o el control social” (GARLAND 1990:199). La legislación y las instituciones penales se elaboran y aplican siempre “en el marco de códigos culturales específicos. Se enmarcan en lenguajes, discursos y sistemas de signos que incorporan significados culturales específicos, distinciones y sentimientos, y que deben ser interpretados y comprendidos si queremos entender el significado y las motivaciones sociales”, por lo que el castigo “puede verse como un artefacto cultural complejo, que codifica los signos y símbolos de la cultura en general en sus propias prácticas” (GARLAND 1990:198-199).

transformaciones en la estructura económica y del empleo como el paso de una economía industrial a una basada en la prestación de servicios, la feminización del empleo o la desestandarización de los ciclos laborales de los trabajadores; entre otras cosas, ha crecido la necesidad de rentas cada vez superiores para poder participar plenamente en buena parte de las actividades de ocio, en el marco de una “creciente monetarización y mercantilización del ocio en la sociedad de consumo” (ROBERTS, K. 1999:171-172). La mayoría de la población consigue estas rentas mediante la prolongación de su jornada de trabajo, que redundaría en la reducción de tiempo de ocio (KILCOMMINS 2002: 47-48, 55-56).

Estas transformaciones necesariamente tendrán importantes consecuencias para una pena cuyo contenido punitivo consiste en parte en la privación de ocio. Pueden influir en la decisión acerca de la imposición de la pena (KILCOMMINS 2002:56). Por ejemplo, el bajo grado de imposición de la pena a mujeres se ha explicado como resultado de la interpretación masculina dominante acerca del ocio femenino, básicamente que las mujeres carecen del mismo, pues si no están ocupadas en el desempeño de un empleo remunerado, lo estarán en el cumplimiento de responsabilidades familiares o en el hogar (McIVOR 1998a:280-290). Si la interpretación dominante (también hegemónica por parte de los operadores jurídicos) acerca del ocio femenino se modifica, posiblemente las tendencias en la aplicación por géneros de la pena se vean asimismo modificadas. Por otra parte, la creciente mercantilización del ocio y el consiguiente aumento de horas de trabajo para financiarlo puede redundar en una disminución de la disposición a renunciar al escaso tiempo de ocio disponible para cumplir la pena, favoreciéndose otras sanciones alternativas.

Las transformaciones pueden afectar asimismo al tipo de tareas a desempeñar por los penados y al tipo de penados que las desarrollen (KILCOMMINS 2002:56). De este modo, la falta de simetría en el empleo pagado entre hombres y mujeres se ve reflejada en el hecho de que las mujeres penadas a TBC disponen generalmente de menos posibilidades entre las que elegir su lugar de prestación de servicios (McIVOR 1998a:280-290).

1.2.3. Hipótesis acerca del papel otorgado a la comunidad en la ejecución del TBC

La comunidad juega un papel importante en relación con la pena de TBC: por una parte, se la considera beneficiaria de las actividades desempeñadas por los penados, y por otra parte, se le otorga un papel activo importante en la ejecución de la pena, que no únicamente tiene lugar en la comunidad, sino que exige de esta su participación directa en el cumplimiento, facilitando las tareas a realizar.

En este apartado se examinarán dos contenciones relacionadas con los roles asignados a la comunidad en la ejecución de la pena: la primera es que este papel *activo* asignado a la comunidad está (históricamente) vinculado a transformaciones en el estado y la sociedad de las tres últimas décadas del siglo XX, básicamente la crisis del estado del bienestar y los recortes en los presupuestos públicos; la segunda contención, relacionada con la primera, es que una condición de existencia de la pena de trabajos comunitarios es el auge del voluntariado (KILCOMMINS 2002:360). Estas dos afirmaciones abundan en la tesis de que la pena no es un desarrollo de anteriores usos del trabajo penal, sino que debe su existencia a circunstancias de más reciente aparición. Antes de proceder al desarrollo de ambas hipótesis se procederá a clarificar el confuso concepto de ‘comunidad’.

1.2.3.1. Alrededor del concepto de comunidad

‘Comunidad’ es un término raramente definido y promiscuamente empleado en distintos discursos políticos (WORRALL 1997:46). Originalmente el concepto viene referido a un grupo de personas que tiene algo en común, pero más allá de este significado básico resulta útil distinguir entre comunidad *territorial*, definida en términos geográficos y referida al conjunto de población que habita un determinado territorio; comunidad *de interés*, como conjunto de individuos que comparten características distintas que habitar un mismo territorio, como por ejemplo, la comunidad negra, la comunidad judía o la comunidad gay; y comunidad *de vínculos*, en la que existe algún tipo de nexo entre las personas o el lugar que da lugar a un ‘sentimiento de comunidad’ (WILLMOTT 1987:2). Esta definición tripartita nos permite poner en evidencia que las personas que comparten una determinada área geográfica no necesariamente se sienten vinculados entre sí, ni comparten las mismas prioridades como vecinos, “de hecho en las complejas sociedades modernas raramente lo hacen de manera sustancial”; en segundo lugar, la distinción “nos puede poner en guardia contra los sentimientos cálidos, casi místicos, que la palabra comunidad puede

inspirar... Puede ocultar más de lo que revela, y a menudo ello es lo que se pretende con su utilización” (WILLMOTT 1987:2).

Sea cual sea su uso, el término implica por lo menos dos cosas: en primer lugar, *asume* un elemento de homogeneidad entre los miembros del grupo basado en características sociales, históricas, tradiciones o creencias comunes; en segundo lugar, *presume* que esa homogeneidad se manifestará en un sentido de responsabilidad mutua, de voluntad de satisfacer las necesidades sus miembros (WORRALL 1997:46-47).

Estos distintos contenidos de comunidad se sobreponen a los diversos *usos* del concepto en el discurso público. Así se ha referido a la comunidad como *fin*, como *medio*, como *agente* mediante el cual se pone en práctica una determinada política social y en el que recae la consiguiente responsabilidad, como *lugar* en que se ponen en práctica iniciativas políticas y en último lugar como *beneficiario* de estas políticas ideadas *para* la comunidad con la esperanza de regenerar sentimientos de cohesión y seguridad (LACEY/ZEDNER 1995:303²⁶). Al analizar los usos públicos del concepto, y entre ellos los usos en los discursos acerca de la penalidad, deben tenerse en cuenta todos estos posibles significados.

1.2.3.2. La función de la comunidad en las penas de TBC

En particular, en los discursos alrededor de las penas de trabajos comunitarios la comunidad ha sido presentada en primer lugar como *beneficiaria* de los trabajos desempeñados por los penados. En diversas ocasiones se ha subrayado que mediante el trabajo de los penados se está reparando simbólicamente el daño producido por el delito a la colectividad (ver por todos BRANDARIZ 2002:103-104). En España la comunidad es, en la propia denominación de la pena, beneficiaria del trabajo a desempeñar por los penados (art. 49 CP). Esto mismo sucedía con la denominación inicial de la pena en Inglaterra y Gales, *community service order*. ‘Comunidad’ refleja aquí una suerte de utopía a la que se dirigen las aspiraciones sociales y, con ellas, las penales (LACEY/ZEDNER 1995:303). Esto es así en la propuesta de introducción del

²⁶ Las autoras proponen asimismo distintos marcos teóricos que permiten conceptualizar la idea de comunidad o las referencias discursivas a la misma: un marco macro-sociológico (la postmodernidad), un marco de la estructura de la racionalidad política (neoliberalismo); un marco institucional (gobierno corporativo); y finalmente un marco teórico psicoanalítico, que relaciona el atractivo de la retórica de la comunidad con ansiedades y miedos sobre la identidad de las personas; se trata de distintos niveles teóricos complementarios (LACEY/ZEDNER 1995:307-318). Para un análisis desde el punto de vista de la teoría política ver IRELAND 1995:189-190.

community service order formulada por el Informe Wooton, pena dirigida explícitamente a “introducir en el sistema penal una nueva dimensión con un énfasis en la reparación a la comunidad [y a] acercar al delincuente a aquellos miembros de la comunidad que mayor necesidad de ayuda y apoyo tienen” (LACEY/ZEDNER 1995:303; HOME OFFICE 1970:12-13). Las preguntas a formular respecto de la comunidad como beneficiaria, cómo se define aquél sector de la comunidad necesitado de ser beneficiado, y con él las tareas a desempeñar por los penados, serán abordadas en los apartados 2.2.2.3. y 3.9 de este trabajo.

En segundo lugar, la comunidad figura como *medio* en el que tiene lugar la ejecución de la pena: de hecho las alternativas a la privación de libertad en general son definidas y defendidas como penas cuya ejecución tiene lugar *en* la comunidad en contraposición con una institución cerrada. La Recomendación R (92) 16 del Consejo de Europa, describe las penas y medidas *comunitarias* como aquellas que “*comportan la permanencia del delincuente en la comunidad* e implican alguna restricción de su libertad mediante la imposición de condiciones y/u obligaciones, y cuyo cumplimiento es supervisado por cuerpos designados en la ley para tal efecto” (cursiva añadida). Esta definición otorga a la comunidad el papel de medio o localización física en el que tiene lugar la ejecución de las alternativas, por contraposición a una privación de libertad, que se ejecuta en una institución cerrada (KALMTHOUT 2002:581-582).

Es precisamente en este sentido de comunidad como *agente* que participa en la ejecución de la pena en el que nos centraremos. Y ello porque como característica común a las alternativas introducidas en los ordenamientos de nuestro entorno a partir de los años 1970, y por primera vez en la historia, se otorga a la comunidad un papel explícito en el proceso de ejecución de la pena (KALMTHOUT 2002:581). Esto se refleja en nuestro país en la importancia del papel otorgado a las entidades privadas de interés general en la regulación de la ejecución del TBC inicialmente por el RD 690/1996 y después por el RD 515/2005.

Nos detendremos en la comunidad como agente para poner de manifiesto dos cuestiones relacionadas: en primer lugar para observar que el rol activo otorgado a la comunidad ha sido relacionado con fenómenos más generales vinculados con la crisis del estado del bienestar, la reducción del gasto público y la privatización de servicios; y en segundo lugar porque para desarrollar el papel que le corresponde en la ejecución de la pena, la comunidad debe estar suficientemente articulada en asociaciones que

permitan la participación de penados en su seno y que a su vez sean capaces de ejercer las funciones de control que por la propia forma de ejecución de la pena no podrá ejercer directamente la administración; ello significa, en resumen, que para que la aplicación de la pena sea posible debe existir una sociedad civil suficientemente desarrollada.

1.2.3.3. Relación entre el papel otorgado a la comunidad en el TBC y transformaciones socioeconómicas recientes

Respecto de la primera cuestión apuntada, el papel activo asignado a la comunidad en la ejecución del TBC es expresión de los llamamientos a la responsabilidad y la participación ciudadana en la construcción de *comunidades*; estos llamamientos pueden entenderse como resultado del deseo de la sociedad de combatir la impersonalidad propia de las sociedades industriales avanzadas con la esperanza de que genere espíritu comunitario *desde el interior* y de la inquietud respecto los nuevos hábitos sociales y las actividades de la juventud (YOUNG 1979:14; KILCOMMINS 2002:378). Pero también pueden entenderse como el resultado de deficiencias en las provisiones sociales del estado del bienestar y del surgimiento de necesidades sociales nuevas (KILCOMMINS 2002:378-379). Se ha puesto de manifiesto, en esta línea, la existencia de una relación entre el surgimiento y el desarrollo de la pena de trabajos comunitarios y las transformaciones del estado en los últimos treinta o cuarenta años.

La introducción de las *community service orders* en el Reino Unido se produce en un momento en que el estado del bienestar es percibido como incapaz de controlar con sus medidas sociales el creciente índice de criminalidad; una respuesta a este fracaso fue un mayor énfasis en la responsabilidad personal y, como corolario, en las obligaciones recíprocas de los miembros de la sociedad (YOUNG 1979:13). En este contexto en que la intervención del estado no era percibida como suficiente para solucionar los problemas sociales la prevención del delito empezó a verse como responsabilidad directa de la sociedad, y la integración del delincuente en la comunidad como el medio más prometedor de evitar el delito (YOUNG 1979:13-14). Existía la esperanza de que la participación ciudadana en problemas comunitarios, y entre ellos los problemas relacionados con la delincuencia, su prevención y castigo, generaría por sí misma un espíritu comunitario que el estado no era capaz de generar, solucionando de paso los problemas de falta de cohesión social y de creciente impersonalidad de la interacción social (YOUNG 1979:13-14).

Durante la década de los 1980 y como respuesta a la crisis económica y presupuestaria y a las crecientes demandas del estado del bienestar, se promovieron con creciente ímpetu diversas iniciativas políticas basadas en la comunidad, como la descarceración de enfermos mentales, el ‘cuidado en la comunidad’ de ancianos y enfermos, los programas de reparación y mediación o las *community service orders* (LACEY/ZEDNER 1995:303)²⁷. El auge del voluntariado ha sido también vinculado a estas transformaciones del estado y al consiguiente traslado de responsabilidades desde éste hacia la propia sociedad para consigo misma (IRELAND 1995:189-190; WORRALL 1997:47).

Más concretamente, las políticas de la nueva derecha no conseguían detener el avance de la criminalidad, por lo que en esa época aumentaron la necesidad de explotar la imagen de las penas alternativas como opciones baratas y efectivas, y la de difuminar los problemas de legitimación política ocasionados por la ineficacia del estado, con lo que la responsabilidad por la criminalidad y su control, paralelamente a la relativa a otros problemas sociales, se trasladó del estado a la comunidad (LACEY/ZEDNER 1995:304).

Los usos discursivos y las estrategias descritas representaron la admisión del fracaso de las estrategias gubernamentales y el intento de privatización de lo que en otro momento fueron funciones centrales del estado del bienestar (LACEY/ZEDNER 1995:306). Así, en las décadas inmediatamente posteriores a la introducción de la pena en Reino Unido la invocación a la comunidad se asocia a la difusión de la responsabilidad en relación con la prevención del delito y la gestión de sus consecuencias (IRELAND 1995:189; LACEY/ZEDNER 1995:301).

1.2.3.4. La necesidad de una sociedad civil desarrollada

En el ámbito anglosajón, especialmente inglés, se ha sostenido que la extensión de la actividad de voluntarios y su valoración social positiva, el llamado ‘auge del voluntariado’, es una de las condiciones de emergencia de la pena de trabajos

²⁷ La apelación a la comunidad había perdido, en este marco caracterizado por la hegemonía del discurso neoliberal de la nueva derecha, su cariz inclusivo; la comunidad pasó a ser más excluyente que inclusiva, subrayándose cada vez menos la responsabilidad de la colectividad para con sus miembros y cada vez más la responsabilidad de los miembros de la comunidad hacia la misma (WORRALL 1997:47). En particular, ha subrayado los ‘derechos’ de la comunidad de exigir cierto estándar de comportamiento a sus miembros y, en última instancia, de excluir a ciertos miembros en el interés de la comunidad en conjunto. Esta noción de la comunidad, que actualmente comparten los conservadores y el Nuevo Laborismo (IRELAND 1995:190; WORRALL 1997:47).

comunitarios: sin ese fenómeno social no habría sido posible su surgimiento, en tanto la ideología que lo acompaña contribuyó a configurar decisivamente su contenido (KILCOMMINS 2002:360).

Durante las décadas de 1950 y 1960 se produjo en Gran Bretaña un importante crecimiento de la actividad voluntaria en diversos sectores de la sociedad, y también dentro del sistema penal (YOUNG 1979:18; KILCOMMINS 2002:360). Ya antes habían existido actividades voluntarias por parte de jóvenes internos en centros educativos y presos, pero aumentaron y a partir de los años 1960. La promoción de actividades de voluntariado entre los penados se basaba en la creencia de que podía contribuir a crear un sentido de responsabilidad entre los delincuentes canalizando sus energías hacia actividades positivas y alejándolos de la delincuencia (YOUNG 1979:18).

Por otra parte, necesidades de personal llevaron a un aumento sustancial de las actividades voluntarias en el sistema penal, y en la ejecución de penas en particular (KILCOMMINS 2002:379).

El trabajo voluntario era, así, una realidad palpable en el sistema penal y una cuestión presente en política criminal (YOUNG 1979:18). La creencia que un sentido de responsabilidad social y altruismo debía inyectarse en la sociedad mediante la participación de sus miembros en la solución de problemas ajenos resultaba directamente aplicable a la política criminal, y las *community service orders*, por lo menos en su concepción originaria, son una expresión de la misma (YOUNG 1979:14).

En resumen, el concepto de *servicio comunitario* (el voluntariado se denominaba principalmente *community service*) tenía tanta presencia social y había cobrado tal entidad en la sociedad de los 1960 y 1970, tanto dentro como fuera del sistema penal, que su efecto en el Comité Wooton quedó reflejado en las propuestas acerca de las *community service orders* recogidas en su Informe.

En esta línea, en las discusiones y trabajos que llevaron a la introducción del *community service* en Inglaterra no se hizo ninguna referencia a la idea de emplear el trabajo como castigo o como forma de tratamiento; el énfasis recaía más en el *servicio* a la comunidad que en el *trabajo* en la misma, con la esperanza de que este servicio, además de beneficiar a la comunidad (como lo habría hecho por otra parte el trabajo para la misma) ayudara a “aproximar a los delincuentes a actitudes constructivas en vez de destructivas hacia los demás miembros de la comunidad” (HOOD 1974:409;

YOUNG 1979:23; KILCOMMINS 2002:379-380); estos elementos reparadores y reintegradores han sido entendidos como producto de la influencia del espíritu idealista del movimiento de voluntarios sobre la configuración de la pena (HOOD 1974:409). Todo ello ha llevado a algún autor a concluir que el auge del voluntariado es una condición de existencia de la pena, sin la cual no hubiera tenido la configuración que tomó en el *Criminal Justice Act* de 1972 (KILCOMMINS 2002:381).

Esta tesis, sin embargo, puede revisarse en sus fundamentos y a la vista del desarrollo de la pena durante las décadas siguientes a su introducción en Inglaterra y Gales.

Consideramos que no es únicamente el desarrollo del voluntariado, sino de la sociedad civil en general, la en todo caso podría constituir condición de existencia de esta moderna pena de trabajos comunitarios. El voluntariado es únicamente una expresión de esa sociedad civil, definida como entramado de entidades privadas de interés general entre los individuos y el estado (SUBIRATS 1999:20-21); puede sostenerse que el desarrollo de la sociedad civil representa una 'condición de existencia' de la pena en un doble plano, ideológico o cultural, como propone KILCOMMINS (2002:360), pero también material, por la infraestructura organizativa y las dinámicas de participación y de relación con la administración de justicia que crea.

Así, en un plano ideológico o cultural cabe poner de manifiesto la influencia en la configuración inicial de la pena del ideal que inspira la participación (no política) de sujetos privados en la solución de problemas ajenos sin apelar a la acción del estado. La creencia en las cualidades benéficas del trabajo altruista (servicio a los demás) sobre el sujeto que lo desempeña se refleja, en esa concepción inicial, en la esperanza de transformación del penado; y ello queda reflejado en la importancia otorgada inicialmente al servicio en beneficio de la comunidad más que en el trabajo en su seno.

Sin embargo cabe matizar la importancia de este ideal y de su influencia en el contenido y la forma de ejecución de la pena con el paso del tiempo, por lo menos en relación con el modelo inglés. A pesar de las intenciones iniciales, la pena ha sido entendida durante mucho tiempo como una 'multa en tiempo', castigo sin mayor contenido que las privaciones que impone, ni orientación reparadora o rehabilitadora alguna (GELSTHORPE/REX 2004:229-30). Ello se exacerbó con la tendencia a

subrayar la entidad punitiva de la pena en la década de los 1990, que ha culminado recientemente en la consideración de los trabajos comunitarios como obligación de realizar ‘trabajo no remunerado’, despojada de cualquier consideración reparadora, en el marco de una pena comunitaria genérica (*Criminal Justice Act 2003*)²⁸.

En un plano material o institucional, el desarrollo de la sociedad civil resulta una condición de existencia de la pena de trabajos comunitarios en tanto en cuanto las entidades que la conforman resultan necesarias en el marco del novedoso papel otorgado a la comunidad en el proceso de ejecución. Y ello por dos motivos: porque esas entidades proveen puestos en los que los penados pueden desempeñar su trabajo, y porque ejercen funciones inmediatas de control de la ejecución de la pena.

Esta cuestión también puede ser matizada a la vista del modelo inglés de ejecución de la pena en el que en un buen número de casos los penados desempeñan su trabajo no integrados en asociaciones, sino en grupos de trabajo formados exclusivamente por penados y supervisados por un técnico integrado en el Servicio de *Probation*. En otros lugares, en cambio, los trabajos se realizan mayoritariamente en entidades privadas de interés general.

Por otra parte, puede ser interesante revisar la influencia del descenso detectado en las tasas de asociacionismo en las sociedades occidentales en los últimos años (MOTA 1999:42-43), que en España ha sucedido sin un previo auge comparable al europeo, sobre la forma de ejecución de la pena.

España presenta una situación anómala respecto de los países de nuestro entorno en cuanto a ocupación del espacio entre lo privado y lo público o estatal mediante asociaciones y actividades voluntarias: con las excepciones de Cataluña, el País Valenciano, el País Vasco y Navarra, la vida asociativa derivada de la iniciativa personal no ha tenido el mismo desarrollo que en otras sociedades occidentales²⁹ (SUBIRATS 1999:26).

A partir de la década de los 1990, sin embargo, se inició un incipiente cambio que ha conducido a modificar hasta cierto punto el modelo tradicional de ‘socialidad’

²⁸ Ver el anexo para un desarrollo más detallado de esta cuestión.

²⁹ Desde una perspectiva sociológica se observa que “muchas de las diferencias entre la sociedad española y las del resto de Europa proceden probablemente de que el proceso de modernización se ha desarrollado en un contexto autoritario (falta de sedimentación, de asentamiento de actitudes y valores...) y el resultado es una sociedad en la que muchos individuos aislados –o mejor, familias aisladas,- se relacionan directamente con el Estado, con los partidos y responden a las pautas culturales que encuentran en los medios de comunicación sin la mediación de líderes de opinión (sin la mediación de entidades asociativas)” (SUBIRATS 1999:27).

español, basado en la familia y en los más estrechos lazos de amistad, añadiendo una nueva forma de intervención en el espacio público que estaría dando lugar a procesos de participación asociativa, aunque no se trate de cambios generalizables ni a la totalidad del país ni a los diversos sectores de actividad social (SUBIRATS 1999:30).

Este aumento de la participación asociativa y voluntaria se concentra principalmente, más allá de los grupos deportivos, en asociaciones y entidades benéfico-sociales, de ayuda a los demás (MOTA 1999:42-43).

Un factor explicativo de las dificultades de aplicación de la pena en nuestro país podría ser el escaso desarrollo de la sociedad civil, de ese entramado de entidades, que permitirá que la 'comunidad' no sea sólo el lugar en que tiene lugar la ejecución de la pena, sino que desempeñe su rol activo en la misma a través de asociaciones. Podría valorarse asimismo la influencia de este fenómeno en el especial desarrollo de la pena en Cataluña.

Una pena en cuya ejecución la comunidad juega un papel como medio, beneficiario pero sobre todo agente, que en otros momentos únicamente habría podido corresponder al estado, difícilmente podría darse en un contexto social y político distinto. No se pretende aquí establecer relaciones de causalidad en una u otra dirección; simplemente constatar que el desarrollo de esta sanción se produce en un contexto social y político determinado. Esta conclusión abunda en la tesis de que la actual pena de trabajos comunitarios no es una forma contemporáneamente aceptable de antiguos usos penales del trabajo, sino que es un desarrollo vinculado a transformaciones y circunstancias concretas, propias del último tercio del siglo XX.

1.2.4. El TBC en la historia de las penas alternativas

En este apartado sostendremos que el hecho que el TBC constituya una pena no privativa de libertad *alternativa* a la prisión es lo que permite explicar mejor su anclaje en la historia de las sanciones penales. Dentro del modelo continental de desarrollo de las penas alternativas³⁰ existieron a finales del siglo XIX, propuestas

³⁰ Se han descrito fundamentalmente dos modelos en la evolución de las penas alternativas a la prisión: el modelo continental y el modelo anglosajón; en ambos estas sanciones que surgen fundamentalmente a partir del último tercio del siglo XIX y a principios del XX, pero su impulso responde a razones distintas, lo que a su vez determina el contenido más o menos rehabilitador, más o menos intimidador, de las alternativas principales de cada modelo (acerca de los modelos mencionados, ver por ejemplo CID/LARRAURI 2005: 22-24). En España la introducción de las penas alternativas sigue plenamente

acerca de la introducción de penas basadas en el trabajo en beneficio público; sin embargo, aquí intentaremos desarrollar la hipótesis según la cual las contemporáneas penas trabajos sociales se desarrollan, fundamentalmente, a partir del impulso dado por la credibilidad del modelo anglosajón, y, en particular, el modelo inglés.

1.2.4.1. Los trabajos de utilidad social en el modelo continental de búsqueda de alternativas a la prisión

A partir del último tercio del siglo XIX, a medida que empieza a cuestionarse el retribucionismo liberal, y con la emergencia de los estudios criminológicos y la filosofía del tratamiento, se empieza a poner en duda la eficacia rehabilitadora de las penas cortas de prisión, y con ellas la de la prisión sustitutiva por impago de multa; la discusión se centrará a partir de ahora tanto en el objetivo de acortar la duración de las penas de prisión como en evitar la entrada en la misma, por su contenido desocializador (ROLDÁN 1983:47; CID/LARRAURI 1997:17; SANZ MULAS 2000a:243-244). Para la categoría criminológica de delincuentes ocasionales o de delitos leves, la prisión será entendida como una fuente de contagio criminal, produciéndose en la época una auténtica *cruzada* contra las penas cortas privativas de libertad, por autores como VON LISTZ, VAN HAMEL, PRINS, BONNEVILLE DE MARSANGY (ROLDÁN 1983:19). Se puso de manifiesto, por otra parte, que las expectativas en relación con el principio de igualdad no se habían cumplido, pues las penas de prisión acababan imponiéndose a delincuentes con escasos recursos económicos; además de los importantes costes sociales y económicos de la prisión (KALMTHOUT/TAK 1988:2; KALMTHOUT 2002:574).

Paralelamente a estas críticas, diversos penalistas en el siglo XIX³¹ realizan propuestas dirigidas a la introducción de alternativas en los sistemas de sanciones, entre ellas una pena de trabajo de utilidad común en libertad. En Francia BONNEVILLE de MARSAGNY y FRANCK, entre otros, reclamaron además de la sustitución de penas cortas privativas de libertad por multa, sanciones de trabajos comunitarios como sustitutivos de la privación de libertad por impago de multa (ROLDÁN 1983:20; BRANDARIZ 2002:19-20).

el modelo continental, lo que explica que las alternativas tradicionales hayan sido en nuestro ordenamiento la multa y la suspensión de condena (CID/LARRAURI 2005:26 n.p.).

³¹ BRANDARIZ (2002:19, n.p.) reproduce y rechaza una primera referencia a la creación de penas de trabajos comunitarios en BECCARIA (1784, 1974:153): el texto, que aboga por la “esclavitud temporal del trabajo y de la persona a la sociedad común” como forma de retribución, claramente no hace referencia a una pena de carácter ambulatorio.

Los trabajos comunitarios como forma de responsabilidad subsidiaria por impago de multa fueron defendidos en diversos foros, como el Congreso Penitenciario de Roma de 1885 o la reunión constitutiva de la *Internationale Kriminalitische Vereinigung* en Bruselas en 1889, por von LISTZ y GAROFALO, y mayoritariamente apoyados por la doctrina alemana en el 23º *Juristentag* de 1895 (BRANDARIZ 2002:19-20).

En relación con esta función, los autores distinguían entre los penados que *no querían* y los penados que *no podían* pagar la multa, reservándose para estos últimos la propuesta consistente en la realización de un trabajo de utilidad común para que con la remuneración percibida el penado pudiese satisfacer el importe de la multa (ROLDÁN 1983:48). Se sostuvieron fundamentalmente dos posturas alrededor de este tipo de trabajo: unos autores abogaban por la imposición de trabajo *sin apremio*, como SILVELA, para quién la imposición obligatoria del mismo representaba tal intervención en la libertad del penado que convertía la sanción en una privación de la misma; otros autores, como von LISZT, defendieron su imposición incluso *con apremio*, aunque siempre en libertad (ROLDÁN 1983:48).

La propuesta de la escuela positiva italiana, y particularmente la de GAROFALO, resulta especialmente relevante para nosotros, pues la principal obra del autor en la materia había sido traducida al español por Dorado Montero (*Indemnización a las víctimas del delito*, Madrid, sin fecha pero anterior a 1893) por lo que resultaba bastante conocida en España (ROLDÁN 1983:22). GAROFALO proponía la sustitución de penas cortas de prisión (y no tan cortas cuando se trataba de delincuentes ocasionales) por un sistema de trabajo en libertad cuya remuneración serviría, por un lado, para la indemnización a la víctima y por otro a la satisfacción de la multa impagada; a pesar de cierta influencia en el Código penal español de 1828, esta propuesta no tendría trascendencia en la evolución posterior del tratamiento del impago de multa (ROLDÁN 1983:22; BRANDARIZ 2002:20).

En España, el principal promotor de estas ideas fue SILVELA, para quien la posibilidad de un trabajo de utilidad común resultaba especialmente adecuada para penados escasos de recursos (ROLDÁN 1989:863).

Otros autores apoyaron, más allá de su función como responsabilidad subsidiaria por impago de multas, la introducción de una pena de trabajos de utilidad común como sanción originaria para distintos delitos (por ejemplo, LAMMASCH) (BRANDARIZ 2002:19-20).

A pesar de esas propuestas doctrinales, el trabajo de utilidad común como sustitutiva de la multa impagada, y todavía más como pena original, fue recogida tímidamente en Derecho comparado entre fines del siglo XIX y principios del XX (ROLDÁN 1983:50; BRANDARIZ 2002:21).

Las primeras experiencias en derecho comparado tuvieron lugar en la legislación especial en materia forestal: el *Code forestier* francés de 1859 y la *Fordtdiebsthalgesetz* prusiana de 1878 recogían el trabajo en la repoblación de los bosques como forma de cumplimiento de la responsabilidad por impago de multa ocasionada por esas infracciones (ROLDÁN 1983:49). La extensión de la pena a todo tipo de infracciones recogidas en el Código penal y otras leyes penales especiales contaron con la dificultad de hallar trabajos para todos los condenados que no pudiesen pagar la multa y la oposición del trabajo libre³² (ROLDÁN 1983:49).

Más adelante, el Código penal italiano de 1889 recogió los trabajos de utilidad común con función de sustitución de prisión por impago de multas y como pena principal para infracciones de escasa gravedad (BRANDARIZ 2002:21).

En Alemania, la legislación de multas de 1921/1924 (*Geldstrafengesetzgebung*) introduce los trabajos de utilidad común como forma de cumplimiento del impago de multa para todo el territorio (ROLDÁN 1983:50-51; BRANDARIZ 2002:21-22). Por su parte, Portugal introdujo la pena con esa función en el Código de Procedimiento Criminal (art. 639) en 1929 (BRANDARIZ 2002:21-22).

³² Las clases populares reaccionaron negativamente a la extensión del trabajo penal en este sentido pues asumieron que el Estado tendería a utilizar a penados antes que a obreros, por cuanto resultaban más económicos (ROLDÁN 1983:49).

En España el artículo 179.7º del CP de 1928³³, siguiendo las orientaciones de Silvela y la influencia de la Escuela positiva italiana, contempla la posibilidad de obligar al multado incumplidor declarado vago a trabajar en obras públicas o a internarlo en casas o asilos de trabajo, dedicando la mitad del jornal de este modo obtenido a la satisfacción de la multa (ROLDÁN 1983:51, 1989:863-864; JAREÑO 1994:80; BRANDARIZ 2002:107-8). A pesar de que puede concebirse como antecedente del actual TBC (BRANDARIZ 2002:107), recoge la posibilidad de que pueda internarse al penado en una casa de trabajo, privación de libertad que aleja este instituto de la actual pena de trabajos de utilidad social. Quizá por falta de claridad, estas disposiciones no tuvieron ningún efecto práctico en los tres años de vida del Código (ROLDÁN 1983:51).

Por su parte, el artículo 180 CP 1928³⁴ prevé que en supuestos de impago malicioso de multa se recluya al penado en prisión (en caso de delito) o se lo arreste (en caso de falta) para que con lo ganado trabajando satisfaga la multa (MAPELLI 2000:62).

Como antecedente no tanto del TBC, sino de posibilidades de cumplir la RPSIM de modos que no impliquen privación de libertad, cabe citar con ROLDÁN (1989:869) el CP 1932. Los códigos penales decimonónicos se referían expresamente a la privación de libertad como sanción sustitutiva de la multa, pero el CP 1932 omitió

³³ Artículo 179 CP 1928: “*La pena de multa se cumplirá pagando la cantidad a que ascienda, dentro del plazo que señale el Tribunal, conforme a las siguientes reglas: (...) 7ª. Si el multado fuese declarado vago en la sentencia, y no buscarse o aceptase voluntariamente trabajo, será obligado a trabajar en obras públicas del Estado, Provincia o Municipio, o se le internará en casas o asilos de trabajo, y del jornal que se le asigne se dedicará la mitad al pago de la multa, empleándose el resto en su manutención o asistencia.*

Para esto será puesto el penado a disposición del Gobernador civil de la provincia, quien proveerá acerca de su ingreso en el establecimiento correspondiente, o a su alta en los trabajos en que sea posible”. (LÓPEZ BARJA/ RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ 1988:750-2).

Por otra parte, fuera del ámbito de la RPSIM, se ha señalado como posible antecedente el artículo 94 CP 1822, que recoge la posibilidad de que, una vez cumplida la pena principal, el reo insolvente sea arrestado y puesto a trabajar para que “*pague*” o resarza los daños producidos por el delito. No se trata de una pena sino de un instituto que se da en el contexto de la responsabilidad civil derivada del delito (MAZA 1996:157; SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:47, 2002a:673); además, el trabajo se desarrollaría en régimen de privación de libertad, y no se recoge ninguna referencia a la utilidad común de la tarea realizada (BRANDARIZ 2002:18 n.p.), características todas ellas que alejan la figura recogida en el artículo 94 CP 1822 del actual TBC.

³⁴ Artículo 180 CP 1928: “*Si por negarse a pagar por venta o cesión fraudulenta, ocultación de bienes, rentas, sueldos o jornales, o cualesquiera otras simulaciones, o actos voluntarios del condenado al pago de multa, no pudiera ésta hacerse efectiva en todo o en parte, acordará el Tribunal sentenciador que, en concepto de sanción por incumplimiento de condena, sea recluido en el establecimiento que se designe a los destinados a cumplir penas de prisión, si se trata de delitos, o de arresto, si se trata de faltas, para que con el producto de su trabajo satisfaga lo que le falte por pagar. (...)”* (LÓPEZ BARJA/ RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ 1988:752-753).

esa referencia introduciendo en su lugar por primera vez el término “responsabilidad subsidiaria”. Esta expresión no implica necesariamente la privación de libertad, por lo que, teniendo en cuenta los antecedentes doctrinales y legales, cabía la posibilidad de una configuración de la esa responsabilidad que no implicase la prisión lo que hubiese dado cabida por ejemplo al trabajo en favor del Estado o del Municipio como alternativa; en la práctica, esto no fue así, y se optó por “la ‘funcionalidad’ del arresto carcelario” (ROLDÁN 1989:864).

Estas figuras difieren en cuestiones fundamentales del TBC bien porque conllevan privación de libertad (art. 180 CP 1928; alternativamente, art. 179.7º CP 1928), porque no tiene cabida en ellas la utilidad pública del trabajo (art. 94 CP 1822 y art. 180 CP 1928) o porque pueden imponerse coactivamente (todos los artículos citados). Por otra parte, la aplicación práctica de la “responsabilidad subsidiaria” del CP 1932 únicamente como privación de libertad carcelaria, impide que podamos tenerla en cuenta propiamente como precedente legislativo de una función a desarrollar por los trabajos de utilidad social.

A pesar del apoyo doctrinal y de la recogida en las legislaciones de distintos países, la incidencia práctica de la normativa descrita fue muy escasa en todos los casos (BRANDARIZ 2002:22).

Diversos condicionamientos impidieron la consolidación de estas propuestas y la extensión de su uso efectivo. En primer lugar, las condiciones del trabajo libre todavía no eran lo suficientemente dignas como para posibilitar la consolidación de una pena de trabajo ambulatorio *no afflictivo* en sí mismo, por lo que será necesario esperar a que la legislación en materia de condiciones laborales evolucione a lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX (BRANDARIZ 2002:20; KILCOMMINS 2002:222-244); en segundo lugar, para el desarrollo de esta sanción era necesaria la difusión de las ideas preventivo-especiales según las cuales el trabajo social podía sustituir las nocivas penas cortas privativas de libertad (BRANDARIZ 2002:20). En tercer lugar, la sociedad civil no se encontraba en esos momentos suficientemente articulada como para permitir que el trabajo de utilidad común se pudiera prestar de formas distintas al trabajo *para el Estado*, ni podía asumir las funciones que les corresponden en la ejecución de las actuales penas de TBC. Finalmente, en esos momentos no se había desarrollado todavía una concepción del ocio como bien y como derecho, por lo que estas sanciones no se dirigían a la privación del mismo, sino

al empleo del trabajo penal de un modo todavía utilitario: que se ve muy claramente, por ejemplo, en la relación directa que se establecía entre los beneficios directos del trabajo (remunerado) y la multa impagada o la compensación económica a las víctimas.

Los últimos tres factores sirven no únicamente para explicar la falta de arraigo de las propuestas formuladas sino asimismo para distinguir conceptualmente dichas propuestas de las contemporáneas penas de trabajos comunitarios. Parece, así, que en general no puede hablarse de una continuidad temporal y conceptual clara entre las propuestas repasadas y el TBC³⁵. A pesar que se ha sugerido que las contemporáneas penas de trabajos comunitarios son reapariciones de ideas y conceptos inventados por el movimiento reformador internacional decimonónico (KALMTHOUT 2002:573), lo expuesto en las líneas anteriores nos permite rechazar en términos generales esta vinculación.

1.2.4.2. La introducción de las penas de trabajos comunitarios en la década de 1970

La expansión de las contemporáneas penas de trabajos comunitarios se produce en el último tercio del siglo XX, fundamentalmente, sostenemos, a partir del ejemplo del *community service* británico, que pronto pasará a ocupar un papel significativo en el sistema de penas inglés y que convierte la propuesta en una pena *creíble*. Esta credibilidad permite que sea acogida y promovida por posteriores resoluciones internacionales y luego adoptada por diversos ordenamientos europeos con distintas funciones en el sistema de penas.

La relevancia del modelo inglés justifica que recurramos en este apartado a literatura basada en ese ejemplo para elaborar un modelo explicativo de la introducción de la pena. Aunque no se pretende que este modelo sea directamente aplicable a otras realidades nacionales, sí se busca identificar aquellos factores que en mayor o menor grado pueden haber influido o condicionado la introducción de la pena en otros ordenamientos.

La introducción del TBC se sitúa en una época marcada por la pérdida de confianza en las posibilidades rehabilitadoras de la prisión derivada de la publicación

³⁵ Aunque quizá en el caso específicamente alemán ello no sea así. Aunque la relevancia de este caso la consideramos en general limitada, porque el recurso efectivo al TBC ha sido muy limitado en la práctica hasta el momento (JEHLE 2005:29-32).

de numerosos estudios en ese sentido, una crítica humanitaria a la prisión y una crisis de recursos económicos (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:2-3). Dentro de este marco, los dos principales modelos explicativos de la historia del TBC son los elaborados respectivamente por YOUNG (1979) y KILCOMMINS (2002)³⁶. Se ha optado por tomar como base, realizando las modificaciones oportunas, el modelo de YOUNG (1979:3-18) porque resulta más claro y concreto; y porque al permitir añadir otros factores explicativos y realizar una valoración distinta del peso específico de cada uno de ellos, resulta más útil para entender casos distintos del inglés.

De acuerdo con este modelo, los factores que conducen a la introducción de los trabajos comunitarios como sanción penal y condicionan su contenido vienen marcados por (a) la crisis de legitimidad de la pena de prisión, impulsada por la influencia de críticas formuladas desde un punto de vista humanitario (a modo de ejemplo, CID/LARRAURI 1997:17; BRANDARIZ 2002:43-45; KALMTHOUT 2002:577; KILCOMMINS 2002:485-586³⁷); el eco de estudios que cuestionaban la capacidad de la prisión para lograr fines rehabilitadores (MARTINSON 1974; MUÑOZ CONDE 1979; ALLEN 1981); los problemas de superpoblación carcelaria³⁸ (YOUNG 1979:5; CID/LARRAURI 1997:12, 13 n.p.; BRANDARIZ 2002:48; KALMTHOUT 2002:575; KILCOMMINS 2002:470-471); los condicionamientos presupuestarios (entre otros, YOUNG 1979:8; ASÚA 1984:307; KILCOMMINS 2002:479, 505-506; KALMTHOUT 2002:575).

(b) la necesidad de buscar alternativas distintas de las existentes, pues se percibía que las mismas habían resultado ineficaces para solucionar los problemas de superpoblación carcelaria y abordar el aumento de criminalidad (YOUNG 1979:6, 9-10; KALMTHOUT 2002:575); este razonamiento motivó la introducción y la extensión de medidas como la compensación, el TBC, el arresto domiciliario, la adición de requisitos a la tradicional *probation* o la suspensión condicional de la

³⁶ KILCOMMINS (2002) parte del establecimiento de lo que considera condicionamientos culturales sin los cuales no puede explicarse la existencia del TBC, en particular el nacimiento del derecho al ocio, la mejora de las condiciones laborales y la prohibición de los trabajos forzados, para centrarse luego pormenorizadamente en los factores que marcaron el clima y las prácticas penales, sociales, políticas y económicas de la época que dio lugar al nacimiento del TBC y que determinaron su particular contenido (KILCOMMINS 2002:441-542).

³⁷ Cuestionan la incidencia práctica de la crítica humanitaria SCULL (1977:157); YOUNG (1979:4); para una visión ponderada de la discusión, ver por ejemplo MATTHEWS (1979:110).

³⁸ Acerca de los factores explicativos de la superpoblación carcelaria en los países europeos ver, por ejemplo, YOUNG (1979:6-7); KALMTHOUT (2002:575); KILCOMINS (2002:465-466).

condena, importada a Inglaterra desde la Europa continental (CID/LARRAURI 1997:17-18).

Entre los factores que influyen en la configuración de estas nuevas penas alternativas con un mayor contenido punitivo que las tradicionales multa y *probation* (c), se han destacado una creciente preocupación pública por la seguridad, el llamamiento a una mayor atención a las víctimas, a la participación de la comunidad en la ejecución de las penas, y a la influencia del movimiento *just deserts* (YOUNG 1979:10-12; CID/LARRAURI 1997:18; KALMTHOUT 2002:581; KILCOMMINS 2002:500; LAPPI-SEPPÄLÄ 2004:1).

1.3. INTRODUCCIÓN Y EXPANSIÓN DE LA PENA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

1.3.1. Primeros ejemplos

Existe cierto debate en la literatura científica acerca de cuáles son los primeros ejemplos de la contemporánea pena de trabajos sociales y de la dirección de las influencias entre los mismos (MARC 1985:109, 113; CARTER/COCKS/GLASER 1987:4; KILCOMMINS 2002:418). En estas páginas sostenemos que, a pesar de estos primeros ejemplos, el primer gran modelo de TBC se creó a partir de la introducción y la consolidación de la sanción en Inglaterra y Gales a principio de los 1970.

Esos primeros ejemplos son de interés en tanto los miembros del Subcomité Wooton, arquitectos del modelo inglés, los conocieron y los tuvieron en consideración para la formulación de sus propuestas³⁹.

1. Nueva Zelanda. Desde la década de los 1950 y durante 20 años, se llevaron a cabo prácticas no recogidas en la legislación que asociaban a una pena de *probation* la realización de un determinado número de horas de trabajo en beneficio de la comunidad, obligación impuesta sin contar con el consentimiento del penado. El objetivo de estos programas fue demostrar públicamente que podían lograrse la compensación y la reparación de los daños producidos por la delincuencia, con la esperanza que ello contribuyera a mejorar las actitudes públicas hacia los penados (ARMSTRONG 1983:10).

³⁹ Miembros del Subcomité Wooton visitaron otros países para conocer esas experiencias o formularon por escrito diversas consultas acerca de las mismas (HOME OFFICE 1970:1).

A partir de esta experiencia se configuró una pena de detención periódica que privaba al penado de su tiempo de ocio y lo obligaba, inicialmente sin su consentimiento, a desarrollar trabajos en beneficio de la comunidad (HOME OFFICE 1970:101; ARMSTRONG 1983:11; KILCOMMINS 2002:420).

Los programas anteriormente descritos tenían ciertos elementos comunes con el *community service order* inglés, como el tipo de trabajo desempeñado y la privación de ocio, pero las diferencias fundamentales, como la falta de consentimiento o el hecho de no constituir una pena autónoma, no permiten considerarlos un modelo anterior.

La posibilidad de imponer una pena de trabajos contando con el consentimiento del sujeto sin el elemento de custodia propio de la detención periódica se introdujo en la legislación en 1979, siguiendo el modelo inglés, y fue aplicada a partir de 1981 (ARMSTRONG 1983:11-12).

2. El juez alemán Karl Holzchuh⁴⁰. En su defensa del Informe en la Cámara de los Lores, la baronesa Wooton mencionó además de la experiencia neozelandesa otros ejemplos puntuales, que consistían en condenas *ad hoc* más que en penas recogidas en la legislación, entre los que cabe destacar la imposición desde principio de los 1950 de trabajos constructivos a menores por un juez alemán, Karl Holzchuh (KILCOMMINS 2002:421-422). También aparecieron llamamientos a la introducción en Inglaterra de prácticas análogas a las de este juez en publicaciones jurídicas especializadas y de carácter general (LITTELL 1957:27-30; ANÓNIMO 1958:170).

Algunas de las características de las prácticas de Holzchuh las distinguen del modelo inglés: el trabajo a desempeñar impuesto por el juez tenía generalmente una estrecha relación con el delito cometido, buscando así la reparación del mal causado por la infracción, se imponían a infractores menores de edad y se imponía como una suerte de condición a la suspensión de otra pena (LITTELL 1957:27, 29; PEASE/McWILLIAMS 1980:4).

Sin embargo, algunos rasgos de estas prácticas quedarán reflejados en el modelo propuesto por el Informe Wooton, prefigurando alguna de las características que adoptarán las *community service orders* británicas: la supervisión de la actividad

⁴⁰ No mencionamos la propuesta recogida en la sección 52 del Proyecto Alternativo alemán, que permitía a los multados insolventes realizar trabajos de utilidad social, y adoptada en Hamburgo en 1968 porque, quizá debido a su escasa trascendencia práctica, no fue conocida por los redactores del Informe Wooton.

de los penados por parte de la Autoridad Juvenil, además de la implicación de ciertas asociaciones de beneficencia; la privación del tiempo de ocio mediante la realización de trabajos en beneficio de la colectividad o de sus miembros más desfavorecidos; o la previsión de una revisión de la situación del sujeto en caso de incumplimiento (LITTELL 1957:27-30).

3. Alameda County (California, Estados Unidos). Algunas veces se ha identificado el programa instaurado desde 1966 en los tribunales de Alameda County, en California, Estados Unidos, como la primera práctica sistemática de la contemporánea pena de trabajos comunitarios (JUNGER-TAS 1994:25; McDONALD 1995a:73). El programa fue introducido con el objetivo inmediato de solucionar el problema planteado por mujeres que vulneraban normas de tráfico, pero que por su condición de indigentes no podían satisfacer el importe de una multa, por lo que muy posiblemente acabarían en prisión; los jueces de la zona pronto ampliaron el programa para incluir a varones, jóvenes y sujetos que habían cometido infracciones más graves (McDONALD 1986:7, 1995a:73).

Algunas de las características de estas penas se reproducirán en el modelo inglés: la imposición de la pena debe contar con el consentimiento del sujeto; consideración como pena en sí misma, distinta de la privación de libertad; competencia para la gestión de la ejecución de esta pena a una institución de supervisión distinta de los servicios de prisiones (BEHA 1977:6-7; McDONALD 1986:8).

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el modelo inglés tal como se definió inicialmente, en Alameda es precisamente el trabajo, y no tanto la privación de tiempo libre, lo que se considera propiamente el elemento punitivo de la pena (BEHA 1977:6; McDONALD 1986:8-9).

Como hemos visto, a finales de la década de los 1960 diversas jurisdicciones conocían alguna forma de servicio comunitario como sanción penal; además, en esa misma época se publicaron de forma totalmente independiente estudios en Alemania (1966), Holanda (1969) e Inglaterra (1970, el Informe Wooton) sobre la posibilidad de emplear el servicio comunitario como sanción penal y proponiendo modos en que la sanción podía configurarse (KALMTHOUT/TAK 1988:14-15).

El Informe Wooton recoge testimonio de diversas experiencias aquí mencionadas, en las que se apoya. Al hacerlo, no puede afirmarse que la propuesta del Comité Wooton sea radical; sin embargo, la pena de servicios comunitarios como se conformó en Inglaterra y Gales es novedosa en tanto en cuanto combina los siguientes elementos:

1. Pena no privativa de libertad formalmente introducida en el ordenamiento;
2. Parte integrante del sistema de justicia penal;
3. Podía ser empleada por los tribunales para penar a delincuentes adultos;
4. Implicaba la utilización de organizaciones voluntarias en su ejecución;
5. En su configuración se tuvo en cuenta el problema representado por el trabajo forzado;
6. Se especificaban las horas de trabajo y un procedimiento específico para supuestos de falta de cumplimiento;
7. La sanción debía ser ejecutada bajo el control del Servicio de *Probation* o equivalente;
8. El trabajo no se dirigía a la reparación directa de los daños producidos por la infracción (KILCOMMINS 2002:435-436).

La mayoría de los ordenamientos que posteriormente han introducido la pena han alterado alguno de estos elementos, y no la han introducido como pena directa sino como sustitutivo de la prisión, forma de RPSIM o condición de la suspensión o de la *probation*. Sin embargo fue este modelo general, o más precisamente el haberse desarrollado en un programa extensivo y sistemático que permitió demostrar la plausibilidad del TBC como sanción con un papel relevante en el sistema de penas, el que constituyó una influencia determinante en la introducción entre las décadas de los 1980 y 1990 de penas de servicios comunitarios tanto en países con experiencias previas como en aquellos en que constituyó una verdadera novedad especialmente (ARMSTRONG 1983:11-12; BEVAN 1983:1-3; McDONALD 1995a:73; TONRY/HAMILTON 1995:69; KILCOMMINS 2002:427, 439; en contra, KALMTHOUT/TAK 1988:10-16).

1.3.2. Algunas resoluciones internacionales

Además del impulso descrito en el apartado anterior, es necesario mencionar como factor explicativo de la expansión del TBC, por lo menos en el contexto europeo, diversas propuestas internacionales⁴¹.

Entre estas propuestas destaca la Resolución (76) 10, adoptada por el Consejo de Ministros el 9 de marzo de 1976⁴² en la reunión 255 de los delegados de los ministros, sobre “Determinadas medidas penales de sustitución de las penas privativas de libertad” (CONSEJO DE EUROPA 1976). Esta resolución se considera en lo referente a la pena de trabajos comunitarios deudora de la entonces incipiente experiencia inglesa y es citada frecuentemente como impulsora de la expansión de la pena en diversos países del Consejo de Europa, y por buena parte de la doctrina como antecedente de la introducción del instituto en nuestro ordenamiento (ASÚA 1984:309; VALLDECABRES 1996:339; CHOCLÁN 1997:161; VAELLO 1997:36; MIR 1998:66; PARÉS 1998:157; SANZ MULAS 2000a:343, 2000b:101).

Esta Resolución recomendaba a los países miembros, en el marco de una política de reducción del uso de la prisión y promoción de penas y medidas alternativas, el estudio de la posibilidad de introducir en sus ordenamientos la pena de trabajos comunitarios, que brinda la posibilidad al penado de reparar de algún modo el daño hecho a la sociedad, y a la comunidad de contribuir activamente a la rehabilitación del penado.

A esta Resolución acompaña un informe en el que se valoran las ventajas y los problemas que puede comportar la introducción en los ordenamientos nacionales del TBC. Cabe resaltar de las conclusiones y recomendaciones del documento el llamamiento a la necesidad de una financiación suficiente de las alternativas; y la necesidad de contar con la buena opinión de los miembros del poder judicial para que

⁴¹ Además de resoluciones formales, estos trabajos incluyen informes fundamentados en estudios empíricos sobre la aplicación y los resultados de las alternativas a la privación de libertad, destacando el “Informe del Comité Europeo de Problemas Criminales sobre la participación del público en la política criminal” (1983), o *Les mesures alternatives à l'emprisonnement*, de RENTZMANN/ROBERT (1986). Por otra parte destacan las resoluciones (65) 1, de 22 de enero, sobre suspensión, libertad condicional y otras medidas sustitutorias de las penas de privación de libertad, (70) 1, de 26 de enero, sobre organización práctica de medidas de vigilancia, asistencia y ayuda postpenitenciaria para personas sometidas a condena o libertad condicional, o las Recomendaciones R (83) 7, de 23 de junio, sobre la participación del público en la política criminal y R (92) 17 sobre la coherencia en el pronunciamiento de las penas. Para un comentario y valoración crítica sobre las mismas, ver SERRANO PASCUAL (1999:107-130).

⁴² Para un comentario sobre su contenido, ver por ejemplo SERRANO PASCUAL (1999:123-124).

las alternativas puedan aplicarse satisfactoriamente (CONSEJO DE EUROPA 1976:67).

Las Recomendaciones del VI Congreso de las NNUU sobre prevención del delito (Caracas, 1980) instaban, en la línea de la Resolución (10) del Consejo de Europa (1976) al estudio tendente a la introducción de los trabajos comunitarios en los ordenamientos internos de los distintos países. Cabe citar además, las propuestas estudiadas alrededor del VII Congreso (1985), recogidas en la Resolución 16 sobre Reducción de la población penitenciaria, alternativas a la prisión e integración social de los delincuentes (ASÚA 1984:309, n.p.).

El texto básico dado en materia de penas alternativas a la prisión por NNUU son las Reglas Mínimas relativas a las Medidas no Privativas de Libertad, conocido como Reglas de Tokio y recogido en la Resolución 54/110, de 14 de diciembre de 1990⁴³. El texto se adoptó en el marco del VIII Congreso de NNUU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990) y recoge los trabajos de utilidad social, entre otras medidas y sanciones no privativas de libertad a aplicar en la fase de juicio y sentencia.

De esta breve enumeración de textos internacionales se desprende, en conclusión, la existencia de un clima internacional favorable al crecimiento de las alternativas a la pena privativa de libertad en general. En este clima, un buen número de Estados europeos, en parte inspirados por la Resolución (10), 1976, del Consejo de Europa y a partir del ejemplo del *community service* británico acogieron en sus ordenamientos la figura de los trabajos comunitarios, cada uno con sus particularidades⁴⁴ (ASÚA 1984:308-9; MIR 1998:66, 2002:692; PARÉS 1998:157; ARÁNGUEZ 2000:8; SANZ MULAS 2000a:343).

1.3.4. Extensión de la pena a partir de los años 1970

⁴³ El Consejo Económico y Social de NNUU requirió mediante su resolución 1986/10 al Secretario General de la organización la preparación de un informe sobre alternativas a la prisión, informe que se discutiría en el VIII Congreso y que sería aprobado por la Asamblea General. Para un comentario pormenorizado de parte de los contenidos, ver SERRANO PASCUAL 1999:109-116. Las reglas de Tokio pueden consultarse en la página oficial de Naciones Unidas: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm.

⁴⁴ Fuera de nuestro entorno, ver McDONALD (1986:8-1, 1995:74-75); TONRY/HAMILTON (1995:69-74); HARLAND (1998); KILCOMMINS (2002:429-431) sobre la aplicación de la pena en Estados Unidos y sus problemas; JUNGER/TAS (1994:26); KILCOMMINS (2002:430-431) sobre la sanción en Canadá.

1. *Década de los 1970*. En la década de los setenta destaca la incorporación de los trabajos comunitarios, además de en el ordenamiento inglés⁴⁵, en los ordenamientos luxemburgués y de algunos estados alemanes.

En 1976 se introdujeron en Luxemburgo los *travaux aux profit de la communauté*, que pueden imponerse, a solicitud del penado, como sustitutivos de una pena de prisión, pero también como obligación impuesta en caso de suspensión (BRANDARIZ 2002:31n.p.).

A partir de la Ley de 13 de junio de 1994, de modificación del CP en materia de penas, pueden imponerse entre 40 y 240 horas de *travail d'intérêt general* como pena principal si a juicio del tribunal la infracción no es merecedora de una pena de prisión de menos de seis meses, con la previsión de que el penado puede rechazar la imposición de esta pena (art. 22 CP luxemburgués). Su incumplimiento lleva aparejado una pena de prisión de dos meses a dos años.

A parte de las experiencias de jueces *ad hoc*, los trabajos en beneficio de la comunidad fueron introducidos formalmente en la legislación alemana en los años 1970. Pueden imponerse como pena alternativa o suplementaria con diversas funciones: como una condición de suspensión del procedimiento penal y de la condena (para. 153ª, sec 1 Código Procesal Penal) o de la *probation* (para. 56b, secc. 2 Código Penal), y finalmente como forma de cumplimiento de la RPSIM (43 Código Penal). Puede asimismo imponerse al penado beneficiado con un indulto en la mayoría de estados (BRANDARIZ 2002:31n.p.). La relevancia práctica de los trabajos comunitarios ha sido bastante limitada (WEIGEND 2001:200; JEHLE 2005:29-32; en contra, JURGEN-TAS 1994:26 para quien la introducción de la pena llevó a una disminución del uso de la prisión de corta duración).

En Alemania ha prevalecido hasta ahora una resistencia a introducir esta sanción como pena principal por el papel central desempeñado por la multa en el sistema de sanciones; porque existen todavía dudas acerca de si una sanción de trabajos comunitarios independiente respetaría la prohibición constitucional de trabajos forzados (Art. 12, Secc. 3 de la Constitución); y finalmente porque en diversos momentos se ha considerado que no era una sanción recomendable dada la situación del mercado de trabajo (WEIGEND:2001:199; KILCOMMINS 2002:428-429). Por otra parte, a menudo se han expresado dudas acerca de la capacidad

⁴⁵ Para el modelo inglés, ver el anexo a este trabajo.

educadora de la pena, de modo que su papel ha sido limitado a la evitación de los efectos negativos de la prisión sobre los internos y a la descongestión de las prisiones (MESSNER/RUGGIERO 1995:141).

2. *Década de los 1980*. En la década de los 1980 destaca la introducción de los trabajos comunitarios en Dinamarca⁴⁶, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos (Holanda), Portugal⁴⁷ y Noruega⁴⁸.

El *travail d'intérêt général* fue introducido en Francia por la ley de 30 de junio de 1983. Consistía en la realización de una actividad no remunerada, de entre 40 y 240 horas (en la actualidad, en virtud de las reformas operadas en 2004 en el CP francés, entre 240 y 210 horas⁴⁹), a cumplir en un plazo de 18 meses en beneficio de una autoridad pública, un establecimiento público o una asociación. Puede imponerse bien como pena sustitutiva de la prisión (art. 131-8 CP); como pena accesoria y como obligación en el marco de una suspensión de condena (art. 132-54 y siguientes CP). En 1987 la aplicación de la pena se extendió a la mayoría de delitos de conducción de hasta seis meses de prisión.

La literatura destaca dos cuestiones de aplicación de la pena: el hecho de que la mayoría de penados lo son por infracciones relacionadas con la conducción que con anterioridad no habrían sido castigadas penalmente; y en segundo lugar, que la pena ha tendido a sustituir a otras penas alternativas, más que a la prisión (GALLO 1995:85).

El *Criminal Justice (Community Service) Act* de 1983 introdujo las *community service orders* en el ordenamiento irlandés, sobre la base del modelo británico. Aparecen, sin embargo, algunas diferencias que impiden hablar de una importación directa, entre las que destaca el hecho de que en Irlanda la pena se concibe expresamente como alternativa a la prisión (KILCOMMINS 2002:433).

⁴⁶ Ver RENTZMANN/ROBERT (1986:12); KALMTHOUT/TAK 1988:20 acerca de la introducción de los trabajos comunitarios en el ordenamiento danés.

⁴⁷ El Código Penal portugués de 1929 recogía ya, como los de Italia, Alemania, Noruega y Suiza la posibilidad de imponer trabajo de interés general como forma de RPSIM (KALMTHOUT/TAK 1988:194-195). Ver KALMTHOUT/TAK 1988:194-237 sobre el proceso de introducción de la pena y los primeros años de su existencia en el ordenamiento portugués. La pena puede imponerse en supuestos de infracción penada con menos de un año de prisión, como forma de RPSIM y como condición de la suspensión.

⁴⁸ Ver JUNGER-TAS 1994:26 acerca de la introducción de la pena en Noruega, donde puede imponerse como sustitutivo de penas de prisión de hasta un año de duración.

⁴⁹ Ley 2004-204 de 9 de marzo de 2004, art. 178, en Journal Officiel del 10 de marzo de 2004.

Sobre la base de la Resolución (76) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la experiencia positiva en Inglaterra, el Comité de Penas Alternativas propuso en 1979 la adopción en el ordenamiento holandés de la pena de trabajos comunitarios, que fue introducida de modo experimental en 1981 (TAK 2001:166-167). Al finalizar el periodo experimental la pena fue introducida en el Código Penal en 1987 (secc. 22b-22j). Puede imponerse como sustitutivo de una pena de prisión incondicional de hasta seis meses o de una pena de prisión parcialmente suspendida cuya porción incondicional sea de hasta seis meses (secc. 22b CP). Para subrayar la función de alternativa a la prisión, antes de imponer una pena de trabajos comunitarios el juez debe pronunciarse acerca de la pena de prisión que en su caso consideraría de imposición (KILCOMMINS 2002:433). Después de un informe del Comité Asesor acerca de las Penas Alternativas en 1991 el fin principal de las penas de trabajos comunitarios, junto con el resto de penas alternativas, dejó de ser el de constituir una alternativa a la privación de libertad, aunque formalmente siguen constituidas como tales, para pasar a fundamentarse en la retribución y la disciplina (VAN SWAANINGEN/DE JONGE 1995:37).

Los trabajos comunitarios son introducidos en Italia en 1981⁵⁰ como forma de RPSIM, aunque en este ámbito no sustituye propiamente la privación de libertad, que no está prevista por haber sido declarada inconstitucional⁵¹, sino a la *probation* (Ley de 24 de noviembre de 1981).

Posteriormente se introdujo la posibilidad de que los jueces de paz lo impusieran, en su ámbito de competencias, además de cómo forma de RPSIM, como sustitutivo de penas no privativas de libertad (Decreto Legislativo de 28 de agosto de 2000, art. 54; Decreto Ministerial de 26 de mayo de 2001), recogándose además en la actualidad como condición para la suspensión de condena (art. 165 CP, en virtud de reforma operada por ley de 11 de junio de 2004).

⁵⁰ Aunque el Código penal italiano de 1889 ya recogió los trabajos de utilidad común con función de sustitución de prisión por impago de multas, aunque con escasa trascendencia práctica (KALMTHOUT/TAK 1988:194-195).

⁵¹ La sentencia de la Corte Constitucional italiana 131/1979, de 16 de noviembre declaró la inconstitucionalidad de la conversión de la multa en pena privativa de libertad cuando el impago respondiera a la insolvencia del penado (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:674), lo que obligó al legislador a arbitrar un sistema alternativo para no dejar sin efecto la multa en estos supuestos.

3. *Década de los 1990*. Durante la última década del siglo XX los trabajos comunitarios fueron introducidos, además de en nuestro país, en Bélgica, Suecia⁵² y Finlandia.

Después de casi una década de existencia como medida para menores, los trabajos de interés general se introdujeron en el ordenamiento penal belga de adultos en 1994; sus funciones iniciales fueron las de opción con la que podía finalizar un proceso de mediación (216ter Código de Instrucción Criminal) o como condición para la suspensión el procedimiento y de la pena (Ley de 10 de febrero de 1994, que reforma la Ley de 29 de junio de 1964 sobre suspensión, condena condicional y *probation*). En 2002 se introducen los trabajos comunitarios como pena autónoma para infracciones de gravedad leve e intermedia, suprimiendo sus funciones anteriores (Ley de 17 de abril de 2002, que instaura la pena de trabajos como pena autónoma en materia correccional y policial).

La pena de servicios comunitarios fue introducida en algunas zonas de Finlandia de modo experimental en 1991 y extendida a todas las jurisdicciones en 1994⁵³. Se impone como sustitutivo de la prisión, asegurándose mediante un sistema de doble decisión (imposición de pena de prisión-sustitución por servicios comunitarios) que sustituye penas de prisión y no otras penas alternativas (LAPPI-SEPPÄLÄ 2001:116). Se considera que su gravedad es equivalente a la de la pena de prisión incondicional (LAPPI-SEPPÄLÄ 2001:98). Su aplicación ha conseguido reducir el recurso a las penas cortas de prisión, en particular las anteriormente impuestas por conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas (LAPPI-SEPPÄLÄ 2001:116-117).

Como se desprende de este breve repaso, los trabajos comunitarios se han extendido desde los años 1970 a la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, con distintas funciones y diversa relevancia práctica, aunque únicamente en el ordenamiento inglés, español y belga se recogen como pena principal autónoma.

Se ha afirmado que la experiencia en la utilización de la pena durante las últimas décadas debe considerarse claramente positiva, y ello en función de tres

⁵² Las penas de trabajos comunitarios se introdujeron en 1992 venciendo considerable resistencia al respecto, pues se consideraba que se carecía de la estructura administrativa y de voluntariado necesarias; sobre el papel de la pena en Suecia ver KALMTHOUT/TAK (1988:279-287); KILCOMMINS (2002:434-435).

⁵³ Ver LAPPI-SEPPÄLÄ 2001:92-150, 2004:8-9 sobre el sistema de penas en general, y el rol de los servicios comunitarios en particular.

razones. En primer lugar, debido a su elevado nivel de utilización, que después de unos primeros momentos de prueba se ha consolidado y ha alcanzado cierto protagonismo en los respectivos sistemas de penas (BRANDARIZ 2002:32); el segundo motivo, ha sido “la buena acogida que ha tenido la sanción, frente a la que podría esperarse a causa de su imagen de benignidad, por parte de los operadores jurídicos y de la propia ciudadanía” (BRANDARIZ 2002:36); y finalmente, debido a su “su favorable acogida en los ámbitos especializados”, lo que ha venido reflejado en distintas resoluciones y recomendaciones de varios organismos internacionales, por una parte, y en el amplio apoyo doctrinal a la pena como alternativa a la prisión por la otra (BRANDARIZ 2002:36-37).

Sin cuestionar el segundo y el tercer motivo⁵⁴, sí quisiéramos matizar la consideración positiva de la extensión de la pena. En primer lugar, porque, junto a las historias de éxito cabe recoger historias de fracasos, como las ocurridas en Portugal, Italia o Suiza, donde la pena ha tenido una aplicación poco más que anecdótica (BRANDARIZ 2002:35), a las que cabe añadir entre otros a Alemania (JEHLE 2005:29-32) y España.

En segundo lugar, porque considerar sin matices las cifras absolutas de aplicación de la sanción no nos parece adecuado. Las penas de trabajo comunitarios se introducen, expresamente o no, como penas alternativas a la prisión, en contextos político criminales en que se pretende una reducción de la tasa de encarcelamiento. Si esto es así, su éxito debe medirse en buena parte según el grado en que ha logrado este objetivo. En este sentido, los datos no permiten una lectura tan optimista.

Tomemos como ejemplo Inglaterra, quizá el lugar donde la aplicación de la pena está más extendida en términos absolutos; después de un tope del 11% en 1993-1995, el uso proporcional de esta sanción para las *indictable offences* (infracciones de cierta gravedad) se ha estancado alrededor del 9% en los últimos años (GELSTHORPE/REX 2004:231). La literatura resalta la disminución del uso de la pena para sujetos reincidentes y un aumento de su uso para delincuentes sin antecedentes, por lo que parece haber perdido su lugar en la escala de gravedad de las penas, pasándose a aplicar en supuestos menos graves, que anteriormente podrían

⁵⁴ Aunque en España una de las posibles explicaciones del limitado grado de aplicación de la pena entre 1996 y 2003 es la falta de credibilidad de la misma para los jueces, que no confían en que su contenido teórico, positivamente valorado, sea efectivamente llevado a la práctica (Roser AIXANDRÍ, Santiago VIDAL, comunicación personal).

haber sido penados con multa; su impacto en el uso de la prisión es, de este modo, menor (ASHWORTH 2001:72; GELSTHORPE/REX 2004:231).

La aplicación del TBC, una pena que consideramos de severidad intermedia, a supuestos que en otro momento serían castigados con multa u otra pena de menor gravedad no puede ser considerado un éxito: no comporta una disminución de la pena de prisión, sino el uso de una pena más grave donde en otra circunstancia se habría impuesto una pena leve o incluso ninguna sanción (*net wiedereing*). Desde este punto de vista, pues, la valoración no puede ser tan positiva.

La proliferación de medidas alternativas en los ordenamientos introduce cambios más aparentes que reales (ALBRECHT 2001:293): efectivamente en algunos lugares, como Alemania o Austria se ha reducido las penas cortas de prisión, pero ese no es el caso, en términos generales, en el resto de Europa; a pesar de la introducción de una mayor diversidad de sanciones en diversos ordenamientos, como el TBC, los AFS, la restitución o el control electrónico, la espina dorsal de los sistemas penales europeos continúan siendo la multa, la suspensión y la *probation*, y la prisión (ALBRECHT 2001:293-294).

1.4. INTRODUCCIÓN DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1.4.1. Hacia la introducción de la pena en el derecho positivo: corrientes doctrinales, pronunciamiento del TC y legislación de menores

La doctrina es prácticamente unánime al poner de manifiesto la novedad que la introducción de esta pena en el CP 1995 representa⁵⁵. Hemos visto que a pesar de que en nuestro derecho histórico encontramos algunas figuras cuyo contenido esencial es el trabajo (apartados 1.2.1. y 1.2.4.1. de este trabajo), sus radicales diferencias con el actual TBC obligan a buscar los orígenes del mismo no tanto en el derecho pretérito, como en ordenamientos, resoluciones internacionales y tendencias doctrinales más cercanos en el tiempo.

Con anterioridad a la introducción del TBC en nuestro ordenamiento, existieron corrientes doctrinales favorables a la misma. Una primera corriente

⁵⁵ LÓPEZ/GARCÍA ARÁN 1996:62; MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:488; MAPELLI/TERRADILLOS 1996:176; MAZA 1996:159; TAMARIT 1996:359; AYO 1997:154; CHOCLÁN 1997:161; GARCÍA ARÁN 1997:52; JORGE 1997a:221, 1997b:77; DE LAMO 1997:153; MANZANARES 1997:1049; POZUELO 1997:333, 1998:77; VAELLO 1997:36; VIDAL 1999:115; ARÁNGUEZ 2000:8; BOLDOVA 2000:125; BRANDARIZ 2002:107; MIR 2002:692; MUÑOZ/GARCÍA ARÁN 2002:537.

doctrinal es la impulsada por Luis SILVELA en su *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1874), primer autor español en aconsejar que la privación subsidiaria al impago de multa fuera de naturaleza parecida a la de la pena patrimonial sustituida (ROLDÁN 1989:863). Más tarde, VILÀ MIQUEL recomendó también el trabajo público como medida sustitutiva en *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, (1917) (ROLDÁN 1989:863). Por otra parte, después de la sustitución en el CP 1932 de las expresas menciones a la privación de libertad sustitutivas de la multa por la expresión “responsabilidad subsidiaria” (ver apartado 1.2.4.1. de este trabajo), LÓPEZ REY y ÁLVAREZ recogieron en su comentario al CP 1932 la idea de que esa responsabilidad no debía cumplirse necesariamente mediante la privación de libertad (ROLDÁN 1989:864).

Más recientemente, y ya referida en concreto a la pena de los trabajos comunitarios, puede identificarse una corriente que desde principio de los 1980 y coincidiendo con un primer intento por introducir esta pena en el ordenamiento español, reclamó su introducción en el CP. Las primeras contribuciones que cabría citar en este sentido son quizás la traducción de Bacigalupo del artículo de HUBER, “‘*Community service order*’ como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra” (1983), así como la contribución de ASÚA “El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas” (1984), que además de a las *community service orders* británicas, presta también atención a la enmienda 933 a la Propuesta de reforma de Código Penal de 1980, con vistas a una futura introducción de esta pena en nuestro ordenamiento.

Dentro de esta corriente debe asimismo citarse el trabajo de DE LA CUESTA (1985), que después de aludir a las virtudes resocializadoras del trabajo, presta atención a las experiencias inglesa, alemana y francesa de la sanción de trabajo en provecho de la comunidad; la monografía de DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL (1986), dedicada más generalmente a las *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*; la contribución del juez de vigilancia penitenciaria DOÑATE MARTÍN a las III Jornadas Penitenciarias Andaluzas, “La “suspensión con puesta a prueba” y “el trabajo social al servicio de la comunidad”. Algunas consideraciones en la perspectiva de su posible incorporación a nuestro ordenamiento” (1987); o el estudio de la regulación de los sustitutivos penales en los textos en que se fundamenta la Reforma penal española (suspensión del fallo,

suspensión condiciones de la pena, arresto de tiempo libre, multa y trabajo en provecho de la comunidad) en la monografía de VALMAÑA (1990).

Estas contribuciones doctrinales reflejan asimismo valoraciones de las experiencias del TBC en derecho comparado, que son en su mayoría positivas y que contribuyen a la creación de un clima favorable a la introducción de esta sanción en nuestro catálogo de penas.

Además de las experiencias de derecho comparado, la doctrina menciona como una suerte de antecedente de la introducción legislativa de este instituto la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988⁵⁶ (LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN 1996:61; VIDAL 1999:115; LANDROVE 2001:433; SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:674⁵⁷). A pesar de reconocer la constitucionalidad del “arresto sustitutorio” por impago de multa, esta sentencia sugiere al legislador la introducción en el ordenamiento de formas de satisfacer la responsabilidad personal subsidiaria distintas a la privación de libertad. Cabe destacar que además de recibir la atención de los autores, este pronunciamiento constitucional estaba presente en la mente de los parlamentarios que en la tramitación de los Proyectos de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 y 1994 propusieron y debatieron la introducción de esta figura⁵⁸, lo que pone de relieve su trascendencia.

Otro antecedente que avala la introducción en el CP del TBC se encuentra en la legislación de menores (JORGE 1997a:221, 1997b:92; PARÉS 1998:157-158; ARÁNGUEZ 2000:8-9; SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:674). Se trata de la primera apuesta del legislador por introducir la figura de los trabajos comunitarios en nuestro ordenamiento, y fue en su momento recogida en el artículo 17.5 LO 4/1992⁵⁹,

⁵⁶ Para un análisis de esta sentencia, ver, por ejemplo, BUENO (1988); RODRÍGUEZ RAMOS (1988); ROLDÁN (1989).

⁵⁷ SERRANO BUTRAGUEÑO (2002a:674) añade, además, la STC 230/1991, y apunta como antecedente de ambos pronunciamientos constitucionales la sentencia de la Corte Constitucional italiana 131/1979, de 16 de noviembre. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo que prescribía la conversión de multa en pena privativa de libertad (hasta un máximo de dos o tres años) cuando el impago viniera provocado por la insolvencia del condenado, y "de algún modo" motiva, según este autor, los mencionados pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional.

⁵⁸ Ver enmiendas 681 (GPIU-IC) y 342 (GPCIU) al Proyecto de LOCP 1992 y a la enmienda 1100 (GPCIU) al PLOCP 1994, en n.p. 66, 68, 84 y 96.

⁵⁹ Artículo 17 LO 4/1992: “El Juez de Menores podrá adoptar, con respecto a éstos, las medidas siguientes:

5. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad” (BOE, núm. 140, 11 de junio de 1992, pp. 19794-19796).

de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, y en el artículo 7.1 de la posterior LO 5/2000⁶⁰, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁶¹.

1.4.2. Propuestas para la introducción del TBC en el CP⁶²

1.4.2.1. Enmienda 933 del Grupo Parlamentario Comunista (1980, 1983)

El primer intento de introducir los trabajos comunitarios en su concepción moderna en nuestro ordenamiento jurídico lo constituye la enmienda número 933 presentada por el grupo parlamentario comunista al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, más tarde incluida en la enmienda a la totalidad al Proyecto de Reforma Parcial del Código Penal de 1982, que el mismo grupo parlamentario presentó⁶³. El *trabajo de utilidad social* que esta enmienda recogía ya prefiguraba algunos de los rasgos con los que el TBC se introducirá posteriormente en el ordenamiento, y en particular su función principal como pena sustitutiva. Sin embargo, también presentaba notables diferencias respecto a los actuales TBC, como la posibilidad de solicitar la sustitución durante el cumplimiento de la pena original o el requisito que su imposición baste

⁶⁰ Artículo 7.1 LO 5/2000: “Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

j) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”. (BOE, núm. 11, 13 de enero de 2000, pp. 1422-1441).

⁶¹ En el ámbito de competencias de la comunidad autónoma catalana, finalizaron las prestaciones en beneficio de la comunidad en 1998 220 menores; en 1999, 301 menores; en 2000, 456; en 2001, 424; en 2002, 457 menores.

⁶² Una tarea análoga fue realizada en su momento por BRANDARIZ (2002:109-121); hemos considerado oportuno llevarla a cabo de nuevo (con escasas modificaciones los resultados han sido prácticamente los mismos) para permitir la continuidad con una tarea equivalente respecto de las modificaciones introducidas en la regulación del TBC en los años 2003-2004, que sin este preludeo carecería de término de comparación.

⁶³ Enmienda 933: “Tanto las penas privativas de libertad inferiores a dos años, como la multa, podrán sustituirse total o parcialmente por el Tribunal, a instancia del condenado, por la prestación de un trabajo de utilidad social, cuando el mismo baste para evitar que el sujeto vuelva a delinquir.

La duración del trabajo será la correspondiente a la de la pena sustituida. El trabajo se realizará con preferencia en hospitales, asilos, centros asistenciales, educativos o similares, y fuera del horario laboral del personal de los mismos. La solicitud de sustitución podrá presentarse también durante el cumplimiento de la pena, aunque por regla general en una sola ocasión.

Si el trabajo no se prestare satisfactoriamente, el Tribunal podrá imponer en su lugar la ejecución de la pena sustituida. Si el sujeto dejare maliciosamente de realizar el trabajo, el Tribunal podrá optar por imponer la ejecución de la pena sustituida o una pena privativa de libertad de la misma duración” (ASÚA 1984:321-2, por donde se cita).

Para un análisis del contenido de esta enmienda, ver ASÚA 1984:321-327; DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:55-56; VALMAÑA 1990:171-193. Más generalmente, es de interés MIR/MUÑOZ (1982) y MIR (1998), para una historia de los sustitutivos de penas privativas de libertad por otras penas en la reforma penal.

para que el penado deje de delinquir. A pesar de que la presentación de esta enmienda no prosperó, su existencia fue a la vez reflejo e impulso del interés de la doctrina por la figura, y a partir de entonces raro es el año en que no aparecen contribuciones teóricas reclamando la introducción de los trabajos comunitarios en nuestro ordenamiento.

1.4.2.2. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1992

Aunque los trabajos de utilidad social no aparecen en ningún texto prelegislativo anterior al Anteproyecto de Ley Orgánica del código penal (en adelante, ALOCP) de 1994, la Memoria a este Anteproyecto recuerda que las enmiendas de casi todos los grupos parlamentarios ya propusieron la introducción del TBC en el Proyecto de 1992 (PLOCP, Madrid 1994:226; con igual contenido, Memoria al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 1994:107). De algún modo, pues, el artículo 49 PLOCP (como el vigente artículo 49 CP⁶⁴) es tributario de aquellos trabajos, no tanto por lo que se refiere a la concreta regulación de la sanción sino a la función que desempeña dentro del sistema de penas (BRANDARIZ 2002:112). Esta deuda justifica que dediquemos cierta atención a esos trabajos.

Aunque con distintos nombres⁶⁵, las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió⁶⁶ (en adelante GPCIU), el Grupo Parlamentario Mixto-Euzkadiko Ezquerria⁶⁷ (en adelante GPMX-EE) y el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya⁶⁸ (en adelante GPIU-IC) buscaban la

⁶⁴ Abundan las referencias a las enmiendas presentadas y discusiones sostenidas alrededor del Proyecto de 1992 en los debates parlamentarios previos a la aprobación del CP 1995; ver, a modo de ejemplo, intervención del diputado Trillo-Figueroa Martínez-Conde en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V legislatura, núm. 495, 17 de mayo de 1995, p. 15042; o la del diputado Camp i Batalla, en *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V legislatura, núm. 157, 22 de junio de 1995.

⁶⁵ Las denominaciones fueron las siguientes: “servicio de utilidad social” (GPMX-EE), “trabajo en beneficio de la comunidad” (GPCIU), “servicios en beneficio de la comunidad” (GPCIU), “trabajos de interés social” (GPCIU, en Justificación, fuera del texto de la enmienda), “servicios comunitarios” (GPMX-EE), “trabajo de utilidad social” (GPIU-IC).

⁶⁶ Enmienda 342 (GPCIU) en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 213.

Enmienda 343 (GPCIU), en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 213.

Enmienda 358 (GPCIU), en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 217).

⁶⁷ Enmienda 280 (GPMX-EE), en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 199.

Enmienda 525 (GPMX-EE), en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 260.

⁶⁸ Enmienda 681 (GPIU-IC). En *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, pp. 303-304.

introducción del TBC en el CP, recogiendo algunas de sus futuras características. Los rasgos principales de las enmiendas pueden resumirse como sigue:

1. Las propuestas recogidas en las enmiendas prefiguran el trabajo comunitario como sustitutivo de penas de prisión, o más generalmente de penas privativas de libertad (GPIU-IC), inferiores a dos años o no graves, así como del arresto sustitutorio o RPSIM (el GPIU-IC va más allá, proponiendo la sustitución total o parcial de la propia multa).

2. La duración de la pena oscila entre las 20-600 horas propuestas por GPMX-EE, las 40-280 horas propuestas por GPCIU y la duración de la pena sustituida, propuesta del GPIU-IC, en consonancia con el contenido de la enmienda 933 del GPC en 1983.

3. La imposición de la pena se condiciona al consentimiento del sujeto (GPMX-EE y GPIU-IC, para quienes la sustitución sería a instancia del condenado), a la conformidad del Ministerio Fiscal (GPMX-EE), a sus posibilidades efectivas de cumplimiento (EE) o a que baste para evitar que el sujeto vuelva a delinquir (GPIU-IC).

4. Los lugares de prestación de los trabajos serán centros educativos, asistenciales o sanitarios (de carácter no lucrativo, puntualiza GPMX-EE), asilos, o similares (añade GPIU-IC); o de modo más general, en servicios públicos o instituciones u organizaciones privadas que persigan fines de interés social (GPCIU).

Cabe destacar asimismo la propuesta de control por parte del juez de vigilancia penitenciaria (GPIU-IC) que se repetirá con insistencia en los debates conducentes a la aprobación del CP 1995, que perdura hoy en la doctrina y que se finalmente se ha plasmado en la nueva redacción dada al artículo 49 CP por la LO 17/2003.

A pesar de que el PLOCP de 1992 no llegó a convertirse en Ley debido a la disolución de las cámaras el 12 de abril de 1993, quedó bien claro el interés de una amplia mayoría de representantes por la introducción de esta pena en el ordenamiento jurídico, interés plasmado posteriormente en la introducción del artículo 48 en el

Enmienda 696 (GPIU-IC), en *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-7, 11 de febrero de 1993, p. 307.

Anteproyecto de LOCP de 1994, en el artículo 49 del Proyecto de 1995 y en su subsiguiente tramitación parlamentaria.

1.4.2.3. Del Anteproyecto de Ley Orgánica del CP de 1994 al Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1994

El Anteproyecto de LOCP de 1994 recoge el TBC en su artículo 48: *“El trabajo en beneficio de la comunidad tendrá una duración mínima de veinte horas y máxima de ciento veinte horas. Las circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente”*.

El CGPJ prestó atención a este artículo en su Informe al Anteproyecto, formulando diversas críticas. El Informe acoge muy favorablemente la introducción de esta sanción considerando que, bien regulada, puede ser útil para reducir la imposición de penas cortas privativas de libertad, aunque “voces autorizadas han advertido que por lo general sustituirá a la multa, de forma que su función en aquel sentido será bastante limitada. Su valor político criminal consistirá en que el reo sería sensiblemente castigado con la pérdida de su tiempo, sin sacrificarse la libertad y el contacto con su habitual medio circundante” (CGPJ 1994:165). Después de destacar su implantación en Europa a partir del ejemplo inglés, el CGPJ señala la improvisación reflejada en la regulación de la figura en el Anteproyecto, empezando por su discutible ubicación entre las penas privativas de derechos y proponiendo un tratamiento diferenciado en una Sección propia en la que su contenido sea suficientemente desarrollado (CGPJ 1994:165).

Las objeciones más serias se centran en la parquedad del precepto que, remitiendo las circunstancias de la ejecución a un posterior desarrollo reglamentario, no recogería en el marco del CP ni siquiera el contenido esencial de la pena, lo que permite hablar de una pena en blanco difícilmente compatible con las exigencias de los artículos 25.1 y 81.1 CE⁶⁹. Además, añade el Informe, esta laguna “pone en entredicho cualquier modelo de equivalencia con los días-multa” (CGPJ 1994:166). El CGPJ advierte sobre la necesidad de recoger previsiones acerca de la ejecución real de la pena, pues debido al desempleo existente hay que evitar la competencia con aquellas personas en busca de empleo y, por otra parte, la relevancia laboral de las

⁶⁹ El Informe del CGPJ cita aquí la sentencia del TC 25/1984, en que se establecía que la condena penal “sólo procederá en los casos previstos y tipificados en las normas penales, y únicamente en la *cuantía y extensión* prevista por dichas normas” (CGPJ 1994:166)

tareas a desempeñar no puede ser tal que fomente el desinterés por una ejecución seria; el Informe acaba haciendo un llamamiento a un “mecanismo de control con los suficientes medios y presupuestos” (CGPJ 1994:166).

Estas críticas motivaron un cambio en la redacción del precepto, que aparecía como artículo 49 del Proyecto con el siguiente contenido: “*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, obligan al mismo a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas. Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente*”⁷⁰. Su función quedaba reservada a modalidad de RPSIM y a pena sustitutiva de AFS, en los artículos 53.1 y 89 PLOCP⁷¹.

1.4.2.4. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1994

El contenido de las enmiendas en relación con el trabajo en beneficio de la comunidad presentadas al PLOCP en el Congreso de los Diputados, y la subsiguiente discusión parlamentaria, puede sistematizarse del siguiente modo:

1. Extensión de la función del TBC a la sustitución de penas de prisión de hasta dos años de duración. Fueron diversos los grupos parlamentarios que propusieron que la función del TBC se extendiese no sólo a la sustitución de los AFS sino a todas las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración, incluyendo así a las penas de prisión, e incluso a otras penas no graves -así las enmiendas 19 (Grupo Parlamentario Vasco, en adelante GPPNV, y GPMX-EE)⁷² y 687 (GPIU-IC⁷³).

⁷⁰ *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, serie A, núm. 77-1, 26 de septiembre de 1994, p. 16.

⁷¹ *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, serie A, núm. 77-1, 26 de septiembre de 1994, pp. 16 y 21.

⁷² La enmienda 19 (GPPNV y GPMX-EE), propone la adición de un nuevo artículo 89 bis con el siguiente texto: “1. *Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa conformidad del Ministerio Fiscal, vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento, en la forma en que reglamentariamente se determine, las penas de prisión que no excedan de dos años u otras penas no graves por un servicio de utilidad social.*

2. *El Servicio de Utilidad Social consistirá en la prestación de una colaboración o trabajo en centros asistenciales, educativos o sanitarios de carácter no lucrativo. Las características de esta prestación se establecerán a través de las reglamentaciones correspondientes del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias.*

3. *El Servicio de Utilidad social supondrá un mínimo de 20 horas y un máximo de 60 para las penas leves y un mínimo de 61 y un máximo de 600 para las menos graves.*

4. *La imposición de esta pena deberá contar con la previa aceptación de esta prestación por parte del condenado*”. Esta enmienda se justifica por la “conveniencia de incluir un Servicio de Utilidad Social entre las sustitutorias de las penas de prisión” (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie

Aunque reconociendo la necesidad de rodaje del TBC, el potencial resocializador de esta pena así como su contrastada experiencia en otros países recomendaba, para los defensores de estas enmiendas, su adopción como sustitutivo de las penas de prisión de corta duración⁷⁴. En contra se esgrimieron argumentos relacionados con la prudencia: el TBC es una “pena todavía novedosa cuya definición tiene que ultimarse, sobre todo en los procedimientos de aplicación”⁷⁵, y la sustitución de penas de prisión de hasta dos años comportaría un periodo excesivamente largo de prestación de trabajos; esta posibilidad, se admitía, podría plantearse en el futuro, aunque quizá reservada para la sustitución de penas de prisión más cortas.

2. Atribución del control de la pena al juez de vigilancia penitenciaria (en adelante, JVP) (enmienda 688 GPIU-IC⁷⁶). La atribución del control de la ejecución de la pena de TBC al JVP fue una cuestión profusamente discutida. Los argumentos esgrimidos en el Congreso a favor de esta atribución abogaban por la potenciación de la figura del JVP, que debería acercarse a la de un “juez de aplicación de la pena, un juez especializado que pueda hacer un seguimiento estrecho de la evolución de la persona

A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, p. 105). La enmienda fue reproducida en el Senado (ver enmienda núm. 53 en *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, núm. 87 (c), 21 de septiembre de 1995, p.119).

⁷³ La enmienda 687 (GPIU-IC) propone modificar el texto del artículo 89.2, introduciendo el siguiente: "2. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas privativas de libertad inferiores a dos años por trabajos en beneficio de la comunidad. Cada semana de prisión y cada arresto de fin de semana serán sustituidos respectivamente, por cuatro y dos jornadas de trabajo", justificándose esta modificación en que sean las penas de prisión y no sólo las de arresto de fin de semana las que puedan ser sustituidas por TBC (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, p. 281). La enmienda fue reproducida en el Senado (ver enmienda núm. 8 en *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, núm. 87 (c), 21 de septiembre de 1995, p.107).

⁷⁴ Ver la defensa que de esta enmienda hace el diputado López Garrido en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 502, 31 de mayo de 1995, p. 15247; ver asimismo la defensa del diputado Olabarría Muñoz, en la misma sede en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 502, 31 de mayo de 1995, p. 15248 y en *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, núm. 157, 22 de junio de 1995, p. 8328. Para la defensa de la enmienda 8 en el Senado ver intervención del senador Martínez Sevilla, en *DSS*, Pleno, V Legislatura, núm. 93, 25 de octubre de 1995, p. 4774. Para la defensa de la enmienda 53 en el Senado, ver la intervención del senador Zubía Atxaerandio, en *DSS*, Comisiones, Comisión de Justicia, V Legislatura, núm. 225, 9 de octubre de 1995, p. 29; en contra, intervenciones del senador Iglesias Marcelo, en *DSS*, Comisiones, Comisión de Justicia, V Legislatura, núm. 225, 9 de octubre de 1995, p. 38 y *DSS*, Pleno, V Legislatura, núm. 93, 25 de octubre de 1995, p. 4783.

⁷⁵ Intervención del diputado De la Rocha Rubí (*DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 502, 31 de mayo de 1995, pp. 15250-15251).

⁷⁶ La enmienda 688 proponía la adición de un nuevo artículo 89 bis: "*Artículo 89 bis*
Corresponde al juez de vigilancia el control de la prestación del trabajo. Si éste no se prestare satisfactoriamente, el Juez de Vigilancia interesará del Tribunal el cumplimiento de la pena sustituida, de acuerdo con el artículo anterior". Motivada "*en la línea de favorecer la figura del juez de aplicación de penas y por la complejidad de la incidencia de la ejecución de una pena como ésta*" (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, p. 281).

condenada, que pueda conocer mejor sus circunstancias, que pueda incluso intervenir más eficazmente en todo el proceso de ejecución”⁷⁷.

Aunque la postura de la mayoría no excluía esta atribución a medio plazo, reconocía que en estos momentos “la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria está enfocada fundamentalmente a la vigilancia, seguimiento y control de las penas de prisión” y que no existía una planta de jueces de vigilancia adecuada, por lo que por prudencia era mejor no asignarla inicialmente⁷⁸. En el Senado se reprodujo una discusión parecida, provocada por una enmienda del GPCIU⁷⁹.

3. Modificación de la duración de la pena. Durante la tramitación parlamentaria se modificó la duración temporal del TBC⁸⁰ (art. 33); cabe citar en este sentido dos propuestas, la primera de las cuales proponía una duración entre las 20 y las 600 horas (enmienda 19 GPPNV), y la segunda entre las 40 y las 280 horas (enmiendas 1092 y 1093 GPCIU⁸¹).

4. Introducción de nuevos aspectos en la regulación de la figura contenida en el PLOCP. Las enmiendas 19 (GPPNV)⁸², 942 (Grupo Parlamentario Coalición Canaria, en adelante, GPCC⁸³) y 1101 (GPCIU⁸⁴), proponían la introducción de diversos

⁷⁷ Ver en este sentido las intervenciones del diputado López Garrido, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 502, 31 de mayo de 1995, pp. 15247-15248 y 15252-15253.

⁷⁸ Ver intervención del diputado De la Rocha Rubí, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 502, 31 de mayo de 1995, p. 15251.

⁷⁹ La enmienda 163 (GPCIU) en el Senado proponía adicionar una condición al artículo 49: “1º. Su ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que a tal efecto... (resto igual)” (*BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, núm. 87 (c), 21 de septiembre de 1995, p. 150). En defensa de su introducción (incluida una propuesta transaccional) ver las intervenciones del senador Vallvé i Navarro, en la Comisión de Justicia y en el Pleno, en *DSS*, Comisiones, Justicia, V Legislatura, núm. 225, 9 de octubre de 1995, p. 29; y en *DSS*, Pleno, V Legislatura, núm. 93, 25 de octubre de 1995, pp. 4775-4776; en contra, las intervenciones del senador Iglesias Marcelo, respectivamente en *DSS*, Comisiones, Justicia, V Legislatura, núm. 225, 9 de octubre de 1995, p. 39, y *DSS*, Pleno, V Legislatura, núm. 93, 25 de octubre de 1995, p. 4785.

⁸⁰ Las enmiendas 1092 y 1093 (GPCIU) en el Congreso proponían añadir un nuevo apartado en el artículo 33.3: “*Son penas menos graves: j) El trabajo en beneficio de la comunidad de 120 a 280 horas*” y al artículo 33.4 “*Son penas leves: e) El trabajo en beneficio de la comunidad de 40 a 120 horas*” (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, p. 376). Estas enmiendas fueron reiteradas en el Senado, con los números 161 y 162 respectivamente (ver *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, núm. 87 (c), 21 de septiembre de 1995, p. 150). Defendió la enmienda en el Pleno del Congreso el diputado Camp i Batalla, ver *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, núm. 157, 22 de junio de 1995, p. 8323. Estas enmiendas fueron transaccionadas en el Senado.

⁸¹ Ver nota anterior.

⁸² La enmienda núm. 19 fue defendida por el diputado Olabarria Muñoz, en su intervención en Comisión, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 31 de mayo de 1995, núm. 502, pp. 15248 y 15253, y en contra, De la Rocha Rubí, *idem*, p. 15251.

⁸³ La enmienda 942 (GPCC), proponía la adición de un artículo 90 bis, con el siguiente contenido:

extremos en la regulación del TBC, algunos de los cuales acabarían incorporándose en el texto mediante una enmienda transaccional propuesta en el Pleno del Congreso, que recogió las cinco condiciones básicas de ejecución de la pena (control del juez o tribunal sentenciador, respeto a la dignidad del penado, trabajo facilitado por la administración, protección equivalente a penados a prisión en materia de Seguridad Social, no supeditación de la pena al logro de intereses económicos)⁸⁵.

5. Crítica a la genérica remisión de la regulación de las circunstancias de ejecución de la pena al desarrollo reglamentario. Esta última cuestión, la remisión a un futuro reglamento para el desarrollo de esta pena, fue ampliamente debatida, tanto en los plenos del Congreso y del Senado como en las comisiones correspondientes de ambas cámaras. La enmienda 665 (GPIU-IC⁸⁶) proponía la supresión de esa remisión y la enmienda 873 (GPIU-IC) proponía, en concordancia, la adición de una Disposición

"Tan sólo podrá acordarse el trabajo en beneficio de la comunidad con el consentimiento del penado. En ningún caso tendrá carácter retribuido y su actividad diaria no podrá exceder de la jornada laboral, estableciéndose las restantes circunstancias en forma reglamentaria" (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 339). Para su defensa ver intervención del diputado Olarte Cullen en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, 31 de mayo de 1995, núm. 502, p. 15240; en contra, ver intervención del diputado De la Rocha Rubí en *idem*, p. 15252.

⁸⁴ La enmienda 1101 (GPCIU), proponía la adición de nuevos apartados al artículo 49: "Artículo 49

1.Los trabajos ... exceder de ocho horas.

2.La duración de esta pena no será inferior a 40 horas ni superior a 280, y su cumplimiento no podrá suponer una interferencia en las actividades formativas y/o laborales del reo.

3.De la observancia del cumplimiento de esta pena y sus incidencias, informarán al Juez o Tribunal los Servicios correspondientes del Ministerio de Justicia o de la Administración autonómica correspondiente.", justificada en coherencia con las enmiendas anteriores; en concreto, la enmienda 1100 proponía la adición de un apartado 5 al artículo 53: "El Juez podrá sustituir el arresto sustitutorio por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad", justificada "en consonancia con las consideraciones expuestas en la diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al sugerir al legislador la posibilidad de aplicar otras fórmulas de responsabilidad subsidiaria, como los trabajos de interés social" (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 378). Ver a favor de esta enmienda, intervención en el Pleno del diputado Camp i Batalla, en *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, 22 de junio de 1995, núm. 157, pp. 8323 y 8324, para cuyo GP los TBC deberían quedar recogidos como "forma sustitutiva de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración". En contra de esta enmienda, intervención en Comisión del diputado De la Rocha Rubí, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 495, 17 de mayo de 1995, p. 15053.

⁸⁵ Diversas intervenciones mencionan esta enmienda transaccional; destaca entre ellas la de De la Rocha Rubí en el Pleno, ver *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, 22 de junio de 1995, núm. 157, p. 8332.

⁸⁶ La enmienda 665 (GPIU-IC) proponía la supresión, en el artículo 49 del Proyecto, de la frase "Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente"; la motivación dada es la siguiente "No cabe remisión reglamentaria genérica. Debe promulgarse una ley de desarrollo de ejecución de penas distintas de la prisión, como se propone en las enmiendas a las Disposiciones Adicionales" (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 276). Esta enmienda fue posteriormente retirada y sustituida por una enmienda *in voce*: "Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán por ley" (*DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, pp. 15045-15046).

Adicional Cuarta disponiendo la elaboración de una LO de ejecución de medidas de seguridad y sustitutivos de la pena de prisión⁸⁷. La primera fue sustituida por una enmienda *in voce* que contemplaba el desarrollo por ley de la pena de TBC. Para los defensores de esta postura, el contenido de estas enmiendas debe “contribuir a situar en el ámbito del principio de legalidad penal la forma de ejecución no solamente de la pena de privación de libertad clásica, la prisión, sino también de las que sustituyen a la prisión”⁸⁸ y las sustanciales modificaciones que el CP introduce, deben implicar una posterior tarea legislativa de considerable abasto, no meramente desarrollos reglamentarios⁸⁹. En contra de estas enmiendas y a favor de la remisión reglamentaria, se esgrimió el encaje constitucional del desarrollo reglamentario del TBC y la mayor operatividad del mismo frente a la regulación legal⁹⁰. Se admitió, sin embargo, la necesidad de incluir en el CP, y quizá en la Ley Orgánica General Penitenciaria⁹¹, aspectos de la regulación de la pena no contemplados en el Proyecto. La cuestión acabó resolviéndose con una enmienda transaccional⁹² según la cual las circunstancias de la ejecución del TBC no reguladas en el CP se establecerían reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que se aplicarían supletoriamente en lo no previsto expresamente en el Código. En el Senado se cuestionó sin éxito este contenido, mediante enmiendas que pretendían suprimir la referencia a la Ley Penitenciaria, considerada improcedente al no tratarse el TBC de una pena privativa de libertad, y remitir la regulación a un reglamento de ejecución de

⁸⁷ La enmienda 873 (GPIU-IC) proponía la adición de una Disposición Adicional Cuarta, con el siguiente contenido: “*En el plazo de tres meses, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica de Ejecución de Medidas de Seguridad y Sustitutivos de la pena de prisión*”; la motivación a la misma era la siguiente: “La fase de ejecución de las nuevas penas y de las medidas de seguridad necesitan desarrollo legal, del mismo modo que existe para la pena de prisión mediante la LO Penitenciaria. La regulación de derechos fundamentales requiere rango de Ley orgánica” (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 321). Enmienda reiterada en el Senado con el número 43 (ver *BOCG*, Senado, Serie II, 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), p. 116).

⁸⁸ En defensa de esta enmienda, intervención del diputado López Garrido, en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, ver *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, pp. 15045-15046.

⁸⁹ Para la defensa de esta enmienda, ver intervención del diputado López Garrido en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, pp. 15055-15056. Ver asimismo, en un sentido parecido, la intervención del diputado Trillo-Figueroa Martínez-Conde, en *idem*, p. 15054. Ver también intervenciones en el Pleno del Congreso de los Diputados, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, 22 de junio de 1995, núm. 157, p. 8320.

⁹⁰ Ver intervención de De la Rocha en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, pp. 15051-15052.

⁹¹ Ver intervención del diputado De la Rocha en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, pp. 15056-15057.

⁹² Intervención de De La Rocha, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, 22 de junio de 1995, núm. 157, p. 8332.

penas no privativas de libertad⁹³, así como mediante la reiteración de la enmienda conminando a la aprobación de una ley orgánica de ejecución de medidas de seguridad y de penas no privativas de libertad⁹⁴.

6. Puesta en duda, en menor medida, de la naturaleza de pena privativa de derechos del TBC. La naturaleza del TBC como pena privativa de derechos fue cuestionada sin éxito por una enmienda que proponía la supresión del artículo 49⁹⁵; se consideraba que el TBC era una modalidad de sustitución de la pena privativa de libertad, debiendo ser regulada en la Sección 2º del Capítulo III, bajo la rúbrica “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, y no en el artículo 49 ni en el artículo 39, sobre penas privativas de derechos.

7. Refuerzo del papel del TBC como sustitutivo de la privación de libertad por impago de multa proporcional⁹⁶.

⁹³ Ver respectivamente enmiendas 234 y 270 (Grupo Parlamentario Mixto-Euzko Askatasuna, en adelante, GPMX-EA) en *BOCG*, Senado, Serie II, 21 de septiembre de 1995, núm. 87 c, pp.168 y 175. Para la discusión sobre las mismas, ver, a favor, intervención de la senadora De Boneta y Piedra, en *DSS*, Comisiones, Justicia, V Legislatura, 9 de octubre de 1995, núm. 225, pp. 26 y 42. En contra, intervención del senador Iglesias Marcelo, *idem*. pp. 36-37. En el Pleno, *DSS*, Pleno, V Legislatura, 25 de octubre de 1995, núm. 93, p. 4771, y en contra, intervención del senador Galán Pérez, ver *DSS*, Pleno, V Legislatura, 26 de octubre de 1995, núm. 94, pp. 4888-4889.

⁹⁴ Ver además intervención de la senadora Vindel López, Pleno, *DSS*, Pleno, V Legislatura, 25 de octubre de 1995, núm. 93, pp. 4779-4780.

⁹⁵ La enmienda 920 (GPCC) pretendía la supresión del artículo 49 de la Sección 3ª, Capítulo I del Título III, y la justificación de la misma se fundamentaba en “razones técnicas ya que esta figura del trabajo en beneficio de la comunidad constituye una modalidad de sustitución de la pena privativa de libertad por lo que, sin perjuicio de mantenerla y corregir el contenido de este precepto que figura como artículo 49 del proyecto, habrá que trasladarlo para su ubicación dentro de la sección 2ª del Capítulo III dentro de la rúbrica, por tanto, “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, como un artículo 90 bis” (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 333). En defensa de esta enmienda, intervención del diputado Olarte Cullen en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17 de mayo de 1995, núm. 495, p. 15048. En contra, ver la intervención del diputado De la Rocha Rubí, en *idem*, p. 15053.

En coherencia con estas enmiendas, ver enmiendas 913 en el Congreso y 113 en el Senado (GPCC) y referidas al contenido del artículo 39, sobre las penas privativas de derechos, en, respectivamente, *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 331, y *BOCG*, Senado, Serie II, 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), pp. 113-114.

Ver asimismo las intervenciones de la senadora Vindel López y del senador Iglesias Marcelo, en *DSS*, Comisiones, Justicia, V Legislatura, 9 de octubre de 1995, núm. 225, pp. 31 y 37-38, en la Comisión de Justicia, y posteriormente en el Pleno, en *DSS*, Pleno, V Legislatura, 25 de octubre de 1995, núm. 93, pp. 4779-4780.

⁹⁶ En este sentido, enmienda 1100 (GPCIU), que proponía la adición de un apartado 5º al artículo 53, con el siguiente contenido: “*El Juez podrá sustituir el arresto sustitutorio por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad*”; los proponentes defendían esta enmienda mencionando la jurisprudencia del TC que sugiere “al legislador la posibilidad de aplicar otras fórmulas de responsabilidad subsidiaria, como los trabajos de interés social” (en *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 378). Para su defensa, ver intervención del diputado Camp i Batalla, en *DSCD*, Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, 17

Como esta exposición ha evidenciado, el interés mostrado por los grupos parlamentarios en legislaturas anteriores se tradujo durante la tramitación parlamentaria del CP 1995 en un importante número de enmiendas, y en las correspondientes discusiones, proponiendo modificaciones en la regulación que del TBC hacía el proyecto, así como en un acuerdo generalizado sobre la introducción de esta pena en nuestro ordenamiento, y de su función como pena sustitutiva. Por otra parte, cabe destacar la prudencia de los grupos mayoritarios a la hora de introducir la figura en el catálogo de penas, prudencia que queda reflejada en la timidez con que el CP la acaba recogiendo: como pena sustitutiva de AFS y como modalidad de cumplimiento de la RPSIM, rechazando su función como sustitutivo de penas de prisión. De esta manera su margen de aplicación previsible es menos extenso, dando oportunidad a la pena de adquirir el rodaje necesario para asumir en un futuro mayores funciones dentro del sistema de penas. Por otra parte, en las discusiones se aprecia el carácter educativo que se pretende de esta pena, muy por encima de la posible lectura reparadora o retribucionista que pueda tener.

1.5. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL TBC EN EL CP: TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LAS LEYES ORGÁNICAS 11/2003, 15/2003 y 1/2004

Las referencias al TBC en el CP permanecieron inalteradas hasta que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo el TBC como pena directa opcional a la prisión para los malos tratos (art. 153 CP).

Unos meses más tarde, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reformó sustancialmente la regulación del TBC y su ámbito de aplicación buscando, de acuerdo con la Exposición de Motivos, potenciar y mejorar “sustantivamente la

de mayo de 1995, núm. 495, p. 15047, y en el Pleno en *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, V Legislatura, 22 de junio de 1995, núm. 157, p. 8323.

Esta propuesta fue reiterada en la enmienda 166 (GPCIU) en el Senado; cabe mencionar asimismo la enmienda 165, que adicionaba al apartado 2º del artículo 53 un texto final: “*En los supuestos ... / ...duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad*” (*BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), p. 151). Aceptada la enmienda 165 en Comisión, la 166 fue retirada.

eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código Penal del régimen jurídico de su incumplimiento”. Esta voluntad se refleja, en primer lugar, en el artículo 33 CP que pasa a clasificar al TBC como pena leve cuando su duración es entre uno y 30 días (art. 33.4.h) CP), y pena menos grave cuando es de 31 a 181 días (art. 33.3.k) CP); en segundo lugar, en modificaciones y adiciones al artículo 49 CP, que regula la pena de TBC; en tercer lugar, en modificaciones en el artículo 88 CP, sobre la sustitución, en parte consecuencia de la supresión de la pena de AFS; finalmente, siete artículos de la parte especial recogen el TBC como pena directa opcional⁹⁷.

⁹⁷ Además de estos preceptos, durante la tramitación del Proyecto de LO de modificación del CP, tanto en los textos del Anteproyecto y Proyecto como en diversas enmiendas, se produjeron otros intentos de introducir el TBC como pena directa para diversas infracciones. De este modo, se intentó introducir en TBC como pena directa alternativa a la multa en el artículo 289 sobre destrucción de cosa de utilidad social o cultural (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 21; enmiendas 117 (GPS) y 199 (GPCIU) en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 91 y 118-119, que no consiguen modificar el texto; enmiendas en el Senado: 79 (GPECP), 153 (GPS) y 207 (GPCIU), en *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 79-80, 99 y 116); el Dictamen de la Comisión en el Senado suprime definitivamente la referencia al TBC en este artículo (*BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), p. 214), pasando con ese contenido al Congreso (*BOCG*, Senado, Serie II, 5 de noviembre de 2003, núm. 145 g), p. 270).

El Anteproyecto y el Proyecto proponían la modificación del artículo 463 CP, penando la incomparecencia en causa criminal con preso preventivo con una pena directa conjunta de TBC y multa (para el Proyecto, ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 27; enmiendas 137 (GPS) y 206 (GPCIU) en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, pp. 97 y 121, que no consiguen modificar el texto; enmiendas en el Senado 173 (GPS), 216 (GPCIU) y 249 (GPP) en *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 105, 119 y 130-131; se introducen modificaciones en el Informe de la Ponencia (*BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 e), p. 179; Dictamen de la Comisión en *BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), p. 222); texto aprobado por el Senado, ya sin TBC en *BOCG*, Senado, Serie II, 5 de noviembre de 2003, núm. 145 g), p. 276, ver además *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 6 de noviembre de 2003, núm. 145-15, p. 217).

En el Anteproyecto y en el Proyecto se propuso modificar el artículo 526 CP, imponiendo para la profanación de cadáveres una pena alternativa de TBC o multa (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 28; enmienda 209 (GPCIU) en el Congreso, en *BOCG* Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 122, que no modifica el texto; enmienda 219 (GPCIU) en el Senado, ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, p. 120; la redacción dada al artículo por el Dictamen de la Comisión en el Senado suprime definitivamente la referencia al TBC, ver *BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), p. 223; texto aprobado por el Senado en *BOCG*, Senado, Serie II, 5 de noviembre de 2003, núm. 145 g), p. 277, ver también *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 6 de noviembre de 2003, núm. 145-15, p. 217, para la justificación de las modificaciones introducidas).

Por otra parte, se intentó la introducción del TBC como pena directa para ciertas infracciones mediante diversas enmiendas que no prosperaron en la tramitación del texto legal. De este modo, las enmiendas en el Congreso 200 y 202 (GPCIU) buscaban modificar el artículo 337 introduciendo el TBC como pena directa alternativa a la multa (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 119-120); lo mismo se repitió en el Senado con la enmienda 208 (GPCIU), sin éxito (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003,

Más recientemente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género, ha introducido en el CP algunas modificaciones que afectan el ámbito de aplicación del TBC. En las páginas que siguen repasaremos la tramitación de estas disposiciones, empezando por las contenidas en los artículos 49 y 88 CP, y siguiendo por la de aquellos preceptos que en la parte especial recogen el TBC como pena directa. Con ello buscamos una mejor comprensión de las modificaciones introducidas.

1.5.1. La modificación del artículo 49 CP

El Anteproyecto de LO propone modificar la redacción del artículo 49⁹⁸ CP, alterando la condición 1ª y añadiendo una 6ª y una 7ª a las ya existentes, que incorporan al CP,

núm. 145, p. 116); las demás enmiendas que proponían la modificación del artículo no buscaban la introducción del TBC como pena para esta infracción. Por otra parte, la enmienda 142 (GPS) al artículo 630 propone que al abandono de jeringuillas u otros objetos peligrosos corresponda una pena alternativa de localización permanente o de multa y TBC (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 98); la propuesta se reitera en el Senado mediante las enmiendas 102 (GPECP) y 178 (GPS) (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 86 y 106).

En el Informe de la Ponencia en el Senado se propone modificar el contenido del artículo 386, penando la tenencia y distribución de moneda falsa recibida con una pena alternativa de prisión o de multa y TBC (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 e), pp. 177-178); esta propuesta, sin embargo, ya no es recogida en el Dictamen de la Comisión en el Senado (ver *BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), pp. 220-221). Asimismo, el Informe de la Ponencia en el Senado propone la introducción de una pena de TBC conjunta con la de multa como alternativa a la pena de prisión por la distribución de sellos falsos por parte del adquirente de buena fe, tipificada en el artículo 389 (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 e), p. 178); esta propuesta también es rechazada por el Dictamen de la Comisión, que no la recoge en su texto (ver *BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), p. 221).

⁹⁸ Redacción propuesta por el Anteproyecto al artículo 49 CP: “*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:*

1ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2º. No atentará a la dignidad del penado.

3º. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4º. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5º. No se supeditará al logro de intereses económicos.

6º. Los Servicios Sociales Penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria el incumplimiento de la pena tan pronto se tenga constancia de que el penado:

- a) Se ausentara del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*
- b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*
- c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.*

respectivamente, el régimen del incumplimiento de la pena y el tratamiento dado a las faltas justificadas al trabajo, ambos aspectos regulados hasta entonces en sede reglamentaria (arts. 8 y 9 RD 690/1996).

En la nueva condición 1ª se atribuye el control de la ejecución de la pena al JVP, en vez de al Juez o Tribunal sentenciador, satisfaciendo así las demandas de buena parte de la doctrina. Se produce, además, otro cambio, pues de acuerdo con la regulación anterior el juez o tribunal sentenciador “podrá requerir” los informes que crea oportunos a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios sobre el desarrollo del trabajo del penado, mientras que de acuerdo con la nueva condición 1ª, el JVP “requerirá” esos informes; de este cambio se deduce la necesidad de que los informes sean requeridos en todo caso, frente a la posibilidad que implicaba la redacción anterior.

En la condición 6ª se recogen las causas que pueden dar lugar al incumplimiento, trasladadas, en buena medida, del artículo 8 RD 690/1996. Por otra parte, y en coherencia con la atribución del control de la ejecución al JVP, la comunicación de estos hechos por parte de los servicios sociales penitenciarios irá dirigida al JVP, que se supone valorará el informe para apreciar si se producen o no los supuestos de incumplimiento.

La redacción propuesta dispone asimismo que en el supuesto de producirse estas circunstancias se deducirá testimonio por un posible delito de incumplimiento de condena, aunque la redacción del Anteproyecto no resulta del todo clara en este sentido (“de dicho incumplimiento se deducirá testimonio”, sin especificarse a qué efectos: si a efectos del artículo 88.3 CP o a efectos de un posible delito de quebrantamiento de condena).

Finalmente, la redacción propuesta por el Anteproyecto para el artículo 49 CP añade una condición 7ª, sobre el tratamiento a dar a las ausencias justificadas, cuyo contenido reproduce literalmente el artículo 9 del RD 690/1996.

d) Por cualquiera otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

De dicho incumplimiento se deducirá testimonio.

7º. Si el penado faltara al trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto” (puede consultarse en http://www.mju.es/Leyes/Anteproyecto_Codigo_Penal.pdf).

El preceptivo Informe al Anteproyecto elaborado por el CGPJ dedica bastante atención a las modificaciones enumeradas. En cuanto a la atribución del control de la ejecución al JVP, el Informe considera que ésta tiene cabida en el artículo 94 de la LOPJ, que atribuye al JVP las funciones jurisdiccionales previstas en la LOGP en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, y demás funciones que señale la Ley. Además, en la medida en que el JVP ya realiza una función de control judicial de la actuación administrativa en materia penitenciaria resulta asimismo razonable atribuirle el control de la ejecución del TBC, que también corresponde a la administración penitenciaria (CGPJ 2003:17).

Respecto a la regulación del incumplimiento, el CGPJ considera que el redactado propuesto soluciona el problema de legalidad planteado por la regulación anterior, en que las causas de incumplimiento de la pena se determinaban en sede reglamentaria: de acuerdo con las exigencias materiales del principio de legalidad, debe ser una ley formal la que determine cuándo debe estimarse incumplida la pena y con ello establezca los presupuestos del hecho punible que constituye el quebrantamiento de condena (CGPJ 2003:18-19).

A pesar de solucionar el problema de legalidad expuesto, la causa d), directamente trasladada del artículo 8 del RD 690/1996, conserva “un importante grado de indeterminación en la descripción del comportamiento, al incorporar una cláusula abierta”, siendo exigible un mayor grado de concreción (CGPJ 2003:19).

El Proyecto de LO mantiene en lo sustancial la redacción vista del artículo 49⁹⁹, pero modificando, de acuerdo con la sugerencia del CGPJ, la redacción de la causa d) de incumplimiento, dándole el texto “su conducta es contraria a las normas de obligado cumplimiento en el centro”, que sustituye a “Por cualquiera otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro”. La nueva redacción es más concreta y no deja en manos del responsable del centro el incumplimiento de la pena.

Dos enmiendas en el Congreso proponen la modificación del artículo 49: las enmiendas 146¹⁰⁰ (Grupo Parlamentario Popular, en adelante, GPP) y 167¹⁰¹ (GPCIU).

⁹⁹ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 6.

¹⁰⁰ Enmienda 146 (GPP), que propone la modificación de la condición 6ª del artículo 49 CP, con el siguiente texto: “*Los Servicios Sociales Penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

En fase de Ponencia se incorpora al texto el contenido de la enmienda 146¹⁰², con un contenido casi idéntico al actual. El dictamen de la Comisión en el Congreso¹⁰³ modifica levemente la propuesta de la Ponencia, clarificando la cuestión del incumplimiento mediante la supresión de la poco clara incisión al final de la causa d) (“De dicho incumplimiento se deducirá testimonio” y el añadido al final de “En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468”, frase con la que la intención del legislador queda mucho más claramente expresada. Este añadido responde a la enmienda transaccional propuesta en el seno de la Comisión de Justicia e Interior por el señor Bueso Zaera, en relación

-
- a) *Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*
 - b) *A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*
 - c) *Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.*
 - d) *Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. De dicho incumplimiento se deducirá testimonio.*
- Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.”*

Con esta enmienda se propone mejorar técnicamente la redacción del precepto, además de atribuir al JVP “un margen de decisión más preciso en relación con el informe sobre las incidencias de la ejecución de la pena (...) de modo que además de las incidencias concretas a que se refieren las letras de la regla 6ª, el Juez podrá tener en cuenta cualquier otra incidencia relevante” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 23 junio 2003, serie A, núm.145-9, p. 100).

¹⁰¹ La enmienda 167 (GPCIU) pretende modificar asimismo el apartado 6, proponiendo la siguiente modificación: “d) *Su conducta es contraria a las normas de obligado cumplimiento del centro.*”

El Juez o Tribunal sentenciador procederá de conformidad con lo que dispone el artículo 468.” La enmienda se justifica con el siguiente texto: “La alusión a una consecuencia meramente procesal puede ser valorada como una insuficiencia técnica que incida en una adecuada definición acerca de si el cumplimiento *ad intra* constituye o no un quebrantamiento *ad extra*” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 23 junio 2003, serie A, núm.145-9, p. 107).

¹⁰² Informe de la Ponencia, en BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 7 de julio de 2003, núm. 145-11, pp. 137 y 142-143.

¹⁰³ El texto que el Dictamen de la Comisión propone para la condición 6ª del artículo 49 CP es el siguiente: “6ª. *Los Servicios Sociales Penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes en la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

- a) *Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*
- b) *A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*
- c) *Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.*
- d) *Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.*

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, pp. 180-181).

con la enmienda 167¹⁰⁴. Y con ello queda definitivamente fijada la regulación del régimen de incumplimiento de la pena.

Ya en el Senado, el artículo 49 ve alterado su párrafo inicial. La enmienda 233¹⁰⁵ (GPP) propone añadir en el mismo una referencia según la cual las actividades de utilidad pública a desempeñar por los penados “podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”; con este inciso se busca, de acuerdo con la justificación de la enmienda, permitir “dentro de una línea reeducadora y de reinserción” que el juez o tribunal que imponga la pena pueda determinar que los trabajos estén relacionados con víctimas de delitos de similar naturaleza al cometido o con tareas de reparación de daños causados por esos delitos. La enmienda queda incorporada al texto incluido en el Informe de la Ponencia¹⁰⁶ así como en el Dictamen de la Comisión¹⁰⁷; con esa redacción se devuelve el texto al Congreso y es definitivamente aprobada.

La redacción del artículo 49 CP, pues, se ha ido modificando y ha ido ganando en contenido a lo largo de los diversos momentos de su tramitación preparlamentaria y parlamentaria. La regulación dada por la LO 15/2003 representa en general una mejora respecto de su anterior redacción, buscada quizá porque el paralelo aumento del ámbito de aplicación del TBC la requería. Por una parte subraya la vertiente resocializadora y reeducadora de la pena, mediante la incisión en el primer párrafo según la cual podrá imponerse una actividad consistente en tareas de reparación del daño causado o de apoyo a las víctimas de infracciones de similar naturaleza a la cometida; por otra parte, y satisfaciendo las demandas de buena parte de la doctrina, así como las expresadas en el mismo sentido durante la tramitación parlamentaria del CP 1995, se atribuye al JVP el control de la ejecución de la pena; también se incorpora la regulación de las faltas justificadas y su relación con la liquidación de

¹⁰⁴ *DSCD*, VII Legislatura, Comisiones, Justicia e Interior, 3 de septiembre de 2003, núm. 802, p. 25333.

¹⁰⁵ *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 125-126. Ver, también, la justificación de las enmiendas introducidas por el Senado cuando devuelve el texto al congreso: *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 5 de noviembre de 2003, núm. 145 (g), p. 249; para la justificación, *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 6 de noviembre de 2003, núm. 145-15, p. 215.

¹⁰⁶ *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 (e), p. 152; ver, además, *DSS*, Pleno, VII Legislatura, 30 de octubre de 2003, núm. 157, p. 9905.

¹⁰⁷ *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 (f), p. 195.

condena; finalmente, al incorporar la regulación de los hechos que pueden ser constitutivos del incumplimiento, así como las opciones con las que cuenta el JVP ante los mismos, se solucionan algunos de los problemas de legalidad apuntados, a pesar de que otros problemas subsisten.

1.5.2. La modificación del artículo 88 CP

Buena parte de los cambios que los textos del Anteproyecto y del Proyecto, de idéntico contenido, pretenden introducir en el artículo 88¹⁰⁸ CP, son consecuencia de la decisión de suprimir los AFS del elenco de penas del CP. Se elimina del apartado primero cualquier referencia al AFS y se posibilita la sustitución de la pena de prisión de hasta un año de duración por multa o TBC; por otra parte, al final del primer párrafo de este primer apartado, se clarifica que las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 podrán imponerse cuando no hayan sido establecidos como pena en la sentencia y con una duración que no podrá ser superior a la de la pena sustituida. Las penas de prisión de hasta dos años de duración podrán ser sustituidas por multa o por multa y TBC conjuntamente. Más allá de estas modificaciones, el funcionamiento del mecanismo de sustitución permanece sustancialmente inalterado.

Se propone suprimir el antiguo apartado segundo del artículo 88 CP, referido a la sustitución de penas de AFS. El nuevo apartado segundo trata los supuestos de incumplimiento de la pena sustituida, omitiendo la antigua referencia al quebrantamiento y disponiendo la ejecución de la pena de prisión inicialmente

¹⁰⁸ Texto propuesto por el Anteproyecto y el Proyecto de LO de modificación del CP para el artículo 88: “1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la pena sustituida.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 10).

impuesta descontando, si las hay, la parte del tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas (pero sin referirse a las jornadas de trabajo cumplidas).

Finalmente el propuesto apartado 3 conserva idéntico contenido que el antiguo apartado cuarto.

En el Congreso se presentaron cuatro enmiendas en relación con este precepto. La enmienda 47¹⁰⁹ (GPMX, Sra. Lagabaster Olazábal) proponía la supresión de la modificación del artículo 88, en coherencia con el rechazo por parte de los enmendantes a la supresión de la pena de AFS; con ello, el margen de actuación del TBC quedaría reducido, como pena sustitutiva, a su función primitiva.

En segundo lugar, la enmienda 94¹¹⁰ (Grupo Parlamentario Socialista, en adelante, GPS) propuso modificar el artículo 88, manteniendo el AFS pero añadiendo la posibilidad de sustituir penas de prisión de hasta un año de duración también por TBC, y de hasta dos años por TBC conjuntamente con multa o por TBC solamente, estableciendo criterios de equivalencia propios; propuso además la posibilidad de sustituir penas de AFS por multa o por TBC.

¹⁰⁹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 70.

¹¹⁰ La enmienda 94 (GPS) la siguiente redacción para el artículo 88 CP: “1. (...), las penas de prisión que no excedan de un año por arrestos de fin de semana, o multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas /.../, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituido (sic.) por dos arrestos de fin de semana; cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo.

(...)

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir por arrestos de fin de semana, o multa, o por trabajos en beneficio de la comunidad, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas /.../ establecidos en el párrafo anterior. Cuando se impongan conjuntamente multa y trabajos en beneficio de la comunidad, cada día de prisión será sustituido por una cuota de multa y una jornada de trabajo.

1 bis. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

2. (...) la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta.

(...)

3. (...)” (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 86). La defensa en Comisión de esta enmienda la lleva a cabo el diputado López Garrido, ver *DOCD*, Comisiones, VII Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, 3 de septiembre de 2003, núm. 802, p. 25320.

En tercer lugar, la enmienda 149¹¹¹ (GPP) proponía la adición de un párrafo según el cual la pena de prisión impuesta a los autores del delito tipificado en el artículo 173.2 del CP sólo podrá sustituirse por TBC, y no por multa, imponiendo a los penados, además, la sujeción a programas de reeducación y tratamiento y la observancia de una o más obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 CP. La finalidad de esta propuesta, de acuerdo con la justificación que la acompaña, es evitar que en los supuestos de delito de violencia doméstica la pena de prisión pueda sustituirse meramente por multa, de conformidad con las conclusiones de la Subcomisión de violencia doméstica.

Finalmente y de modo parecido, la enmienda 177¹¹² (GPCIU) proponía añadir al artículo 88 un párrafo impidiendo la sustitución por multa de las penas de prisión impuestas por delitos de violencia doméstica, debiéndose imponer además las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83.3 y 1.bis. La Ponencia asume el contenido de la enmienda 149, recogida en su Informe¹¹³.

En la Comisión de Justicia e Interior del Congreso se presenta una enmienda transaccional a las enmiendas 149 (GPP), incorporada en Ponencia, y 177 (GPCIU), de modo que “en violencia doméstica, cuando se prevea la sustitución de la pena de prisión, sea obligatorio imponer adicionalmente la observancia de las obligaciones previstas en los números 1 y 2 del apartado 1 del artículo 83”. El Dictamen de la Comisión, así, modifica levemente el párrafo añadido al apartado primero del artículo

¹¹¹ El texto que la enmienda 149 (GPP) propone añadir como párrafo tercero al final del apartado primero del artículo 88 es el siguiente: “*En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 del presente Código*” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 101).

¹¹² El texto que la enmienda 177 (GPCIU) propone añadir al artículo 88, apartado primero, es el siguiente: “3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras. En los supuestos de violencia doméstica no se podrá sustituir la pena de prisión por la de multa y además el Juez o Tribunal deberá imponer al penado, al menos, las obligaciones o deberes previstos en el punto 1 y 1 bis del artículo 83 de este Código.” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 110). La defensa en Comisión de esta enmienda la lleva a cabo el diputado Pigem i Palmes, ver DSCD, Comisiones, VII Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, 3 de septiembre de 2003, pp. 25314-25315.

¹¹³ Ver BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 7 de julio de 2003, núm. 145-11, p. 147.

88 CP¹¹⁴. Esta será la redacción definitiva del texto, que no variará en el resto de su tramitación parlamentaria¹¹⁵.

En el Senado, las enmiendas 56 (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, en adelante, GPECP) y 129¹¹⁶ (GPS), de idéntico contenido, proponen la modificación del primer párrafo del artículo 88.1 reintroduciendo la pena de AFS, pero manteniendo la posibilidad de sustitución de penas de prisión de hasta un año por TBC; esta enmienda asimismo propone modificar el último párrafo del artículo 88.1, posibilitando la sustitución excepcional de penas de prisión de hasta dos años de duración por AFS, multa, TBC o multa y TBC, ampliando las posibilidades de aplicación del TBC, que en el proyecto sólo puede sustituir penas de prisión de hasta dos años conjuntamente con la multa; se propone asimismo la adición de un apartado 88.1 bis, posibilitando la sustitución de penas de AFS por multa o TBC.

A pesar de la existencia de estas enmiendas, el contenido del artículo, como se ha apuntado más arriba, no se modificará¹¹⁷.

¹¹⁴ Redacción que se da al último párrafo del apartado primero del artículo 88 CP en el Dictamen de la Comisión: “*En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 del presente Código*” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, p. 185).

¹¹⁵ Ver BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, pp. 12-13.

¹¹⁶ Las enmiendas 56 (GPECP) y 129 (GPS), de idéntico contenido, proponen la siguiente modificación en la redacción del artículo 88 del Proyecto: “1. (...), las penas de prisión que no excedan de un año por arrestos de fin de semana, o multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas /.../, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituido [sic.] por dos arrestos de fin de semana; cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo.

(...)

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir por arrestos de fin de semana, o multa, o por trabajos en beneficio de la comunidad, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas /.../ establecidos en el párrafo anterior. Cuando se impongan conjuntamente multa y trabajos en beneficio de la comunidad, cada día de prisión será sustituido por una cuota de multa y una jornada de trabajo.

1 bis. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

2. (...) la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta.

(...)

3. (...).” (BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 74-75 y 94).

¹¹⁷ Ver Informe de la Ponencia en el Senado, en BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 (e), pp. 157-158; Dictamen de la Comisión en el Senado en BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 145 (f), pp. 200-201; y texto aprobado por el Senado, en BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 145 (g), 5 de noviembre de 2003, pp. 254-255.

Del mismo modo que el artículo 49 CP, el artículo 88 CP también gana en contenido durante su tramitación parlamentaria. Las modificaciones más importantes se deben a la supresión de la pena de AFS; y a la introducción del TBC en su lugar como sustitutivo de la prisión. Consecuencia de esta nueva función, podrán imponerse junto a la pena de TBC en los supuestos en que actúe como pena sustitutiva deberes u obligaciones contenidos en el artículo 83 CP.

La segunda gran novedad se recoge en el último párrafo del apartado primero del artículo 88 CP; de acuerdo con las recomendaciones de la Subcomisión sobre violencia doméstica, en los supuestos de comisión de un delito tipificado en el artículo 173.2, las penas de prisión no podrán ser sustituidas por multa, por lo que sólo podrán serlo por TBC, debiéndose imponer además de programas de reeducación o tratamiento específicos, los deberes u obligaciones contenidos en los apartados 1 y 3 del artículo 83 CP.

Esta disposición ha sido modificada por la LO 1/2004: la referencia a las condenas por delito tipificado en el artículo 173.2 CP ha sido sustituida por una referencia a los supuestos de violencia de género¹¹⁸; el resto de la redacción permanece inalterada. De este modo, en los supuestos de condena por violencia de género la pena de prisión impuesta únicamente podrá ser sustituida por TBC, imponiéndose adicionalmente programas de reeducación y las obligaciones previstas en el artículo 3.2.1ª y 2ª CP. En la tramitación parlamentaria no hemos podido encontrar una justificación de esta modificación que obedece, a nuestro entender, a la especial protección que la ley busca otorgar frente a los supuestos de violencia de género por encima de la violencia doméstica u otro tipo de violencia interpersonal, además de a las consideraciones que apuntan a la supresión de la multa en el contexto de la violencia doméstica.

1.5.3. Introducción del TBC en la parte especial del CP¹¹⁹

¹¹⁸ Esta modificación no se recogía en el Proyecto presentado ante el Congreso (*BOGG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 1 de julio de 2004, núm. 2-1); el nuevo párrafo se incorpora por primera vez y en su redacción actual en el texto del Dictamen aprobado por al Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 7 de octubre de 2004, núm. 2-7, p. 51), siguiendo la discusión en tal comisión (*DSCD*, Comisiones, VIII Legislatura, 30 de septiembre de 2004, núm. 91, p. 5). Con esa misma redacción pasa al Senado *BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 18 de octubre de 2004, núm. 1(a), p. 13); hasta dónde llega nuestro conocimiento allí no es enmendado y acaba aprobándose definitivamente con el mismo contenido.

¹¹⁹ Además de los reseñados, en la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003 diversas enmiendas propusieron la introducción de los TBC en diversos preceptos. Así la enmienda 112 (GPCC) en el

Congreso, reproducida mediante enmienda 58 en el Senado pretende añadir un nuevo párrafo al artículo 88 CP de acuerdo con el cual las penas de prisión impuestas por razón del artículo 153 sólo serán sustituibles por TBC, imponiéndose además de la sujeción a programas educativos específicos, obligaciones o deberes recogidos en el artículo 83 CP (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 59; para la enmienda 58 en el Senado, ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 33-34); la enmienda 117 (GPCC), reproducida en el Senado como enmienda 62, propone asimismo para el maltrato sin lesión a personas referidas en el artículo 153 una pena de AFS o de TBC, además de en todo caso la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, pp. 61-62, ver asimismo la profusa justificación a esta enmienda, en el mismo lugar; para la enmienda en el Senado, ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 35-36); la enmienda 118 (GPCC), análoga a la enmienda 63 en el Senado, propone adicionar un nuevo párrafo al artículo 620 CP según el cual cuando el ofendido por la falta sea una de las personas enumeradas en el artículo 153 CP la pena será de AFS o TBC, y en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 62; para la enmienda 63 en el Senado, ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), p. 36); la enmienda 151 (GPCIU), reproducida en el Senado con el número 172 (GPCIU), pretende modificar el artículo 244.1 CP, entre otras cosas proponiendo que el hurto de uso de vehículo a motor se castigue con una pena directa opcional de prisión o TBC (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 75; en el Senado, ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 78-79); la enmienda 175 (GPS) propone la adición de un cuarto apartado al artículo 171 CP, castigando la amenaza leve a personas referidas en el artículo 173.2 CP con una pena opcional de AFS y TBC, y en todo caso la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 85); la enmienda 176 (GPS) propone la adición de un nuevo apartado al artículo 172 CP, castigando la coacción de carácter leve a alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 CP con una pena directa opcional de AFS o TBC, y en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 85); finalmente, la enmienda 184 (GPS), y en el Senado las enmiendas análogas 117 (GPECP) y 148 (GPS), propuso la introducción en el apartado segundo del artículo 620 CP de un párrafo según el cual cuando la víctima de injurias o coacciones de carácter leve fuera alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2, la pena a imponer sería de AFS o TBC (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 88; ver para las enmiendas 117 y 148 en el Senado *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 55 y 68). En el Senado, las enmiendas 109 (GPECP) y 139 (GPS) proponen un nuevo apartado al artículo 171 según el cual la amenaza leve será castigada con una pena directa opcional de AFS o TBC, cuando el ofendido sea una de las personas referidas en el artículo 173.2 CP, y en todo caso la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, además de, en su caso, inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 52 y 65); las enmiendas 110 (GPECP) y 140 (GPS) propone la adición de un nuevo apartado al artículo 172 CP, castigando la coacción de carácter leve a alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 CP con la pena directa opcional de AFS o TBC, y en todo caso la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y en su caso la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 52-53 y 65-66).

En las discusiones habidas durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003 no hemos podido hallar ninguna discusión sustancial sobre la oportunidad de penar los malos tratos en el ámbito doméstico con TBC. Para seguir los debates habidos durante la tramitación parlamentaria de esta LO, ver *DSCD*, VII Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, 10 abril de 2003, núm. 245, pp. 12541-12563; *DSCD*, VII Legislatura, Comisiones, Justicia e Interior, 17 de junio de 2003, núm. 776, pp. 24650 y 24666-24690; *DSS*, VII Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, 26 de junio de 2003, núm. 264, pp. 13733-13741 y 13749; *DSS*, VII Legislatura, Comisión de Justicia, 10 de septiembre de 2003, núm. 500, pp. 1-13; *DSS*, VII Legislatura, Pleno, 17 de septiembre de 2003, núm. 148, pp. 9192-9222. Por su parte, tampoco el Informe al Anteproyecto emitido por el CGPJ trata sobre la idoneidad del TBC como pena para el nuevo delito tipificado en el artículo 153.

1. Artículo 153 CP, delito de malos tratos. La LO 11/2003 modificó la redacción del artículo 153 CP; el texto propuesto para el artículo 153 en el Anteproyecto y en el Proyecto ya recogía el TBC con la misma función (pena directa opcional a la prisión) y con la misma intensidad (de 31 a 80 días)¹²⁰. Diversas enmiendas presentadas en el Congreso pretenden la modificación o la supresión del mencionado artículo¹²¹; de ellas, las enmiendas 115 y 174 afectan expresamente al TBC. La primera lo pretende suprimir como pena para la infracción, sin mencionar motivo alguno en el escrito de justificación a la enmienda¹²²; por su parte, la enmienda 174 propone castigar la infracción con una pena de arresto de siete a 24 fines de semana o una pena de TBC de 96 a 384 horas, más la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, en todo caso¹²³. Ambas enmiendas son rechazadas.

El Informe de la Ponencia incorpora la enmienda 129, que proponía que la imposición de una pena de prisión, alternativa al TBC, de seis meses a un año (mientras en el Proyecto se proponía prisión de tres a seis meses); la intensidad de la pena opcional de TBC no se ve modificada¹²⁴.

El Dictamen de la Comisión modifica el texto del Informe de la Ponencia, adquiriendo el precepto una redacción equivalente a la final, excepto por cuestiones de estilo¹²⁵.

De las enmiendas presentadas en el Senado referidas al artículo 153 CP¹²⁶ cabe destacar la número 60, que propone para la infracción una penalidad de la que se suprime el TBC¹²⁷; esta enmienda no prosperó.

¹²⁰ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 21 de marzo de 2003, núm. 136-1, pp. 5-6.

¹²¹ Son las enmiendas 24 (GPV-EAJ-PNV), 25 (GPV, EAJ-PNV), 40 (GPMX), 115 (GPCC), 129 (GPP), 142 (GPCIU) y 174 (GPS) (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, pp. 21-94).

¹²² Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, p. 60.

¹²³ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8, pp. 84-85.

¹²⁴ Para el texto del Informe de la Ponencia ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de junio de 2003, núm. 136-11, p. 108.

¹²⁵ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 24 de junio de 2003, núm. 136-12, pp. 117-118; el Pleno aprueba una redacción idéntica a la propuesta por el Dictamen de la Comisión (ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 3 de julio de 2003, núm. 136-13, pp. 127-128).

¹²⁶ Enmienda 8 (GPMX), de supresión y enmiendas 60 (GPCC), 95 (GPSNV), 108 (GPECP), 138 (GPS) (ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 15-88).

¹²⁷ Ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 10 de septiembre de 2003, núm. 138 c), pp. 34-35.

El texto aprobado por el Senado no introduce ninguna modificación respecto del texto remitido por el Congreso¹²⁸. El texto final castigaba con una pena de prisión de tres meses a un año o una pena de TBC de 31 a 80 días, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso del ejercicio de la patria potestad.

Posteriormente la LO 1/2004 dio al precepto su redacción actual, según la cual se castigan los malos tratos (violencia de género) con una pena de prisión de seis meses a un año o de TBC de 31 a 80 días, junto con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso del ejercicio de la patria potestad (art. 153.1 CP); y los mismos hechos cometidos contra otras víctimas (violencia doméstica) con pena de prisión de tres meses a un año o de TBC de 31 a 80 días, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso del ejercicio de la patria potestad (art. 153.2 CP).

Por lo que respecta al TBC, la LO 4/2004 no ha introducido ninguna modificación respecto de la redacción dada al artículo 153.1 y 2 CP por la LO 11/2003, ni se presentó enmienda alguna que lo afectase¹²⁹.

2. Artículo 171.4 y 5 CP, delitos de amenaza leve (violencia de género) y amenaza leve con armas (violencia doméstica). La penalidad recogida en estos preceptos fue ya propuesta en el artículo 31 del Proyecto¹³⁰, y con la misma redacción se mantiene durante la tramitación del Proyecto en el Congreso y el Senado, hasta su aprobación definitiva.

¹²⁸ Ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 15 de septiembre de 2003, núm. 138 d), p. 89; para los votos particulares, ver en id. pp. 90-91; y *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 22 de septiembre de 2003, núm. 138 e), p. 93.

¹²⁹ No se propusieron modificaciones en este sentido en el Proyecto de ley (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 1 de julio de 2004, núm. 2-1, p. 12); por su parte, ninguna de las enmiendas presentadas en el Congreso al propuesto art. 153.1 (enmiendas 91 y 92 (GPV-EAJ-PNV), enmienda 384 (GPERC), enmienda 421 (GPC-CIU), enmienda 463 (GPS) que propone la elevación del mínimo de pena de prisión prevista, de tres a seis meses), altera la referencia al TBC de 31 a 80 días, excepto la enmienda de supresión 424 (GPC-CIU) (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 24 de septiembre de 2004, núm. 2-4); en consecuencia, en ningún momento posterior de la tramitación en el Congreso de los Diputados se propone la modificación de la referencia al TBC en el precepto; con esta misma redacción, respecto del TBC, pasa al Senado (*BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 18 de octubre de 2004, núm. 1(a), p. 14). Las enmiendas propuestas en el Senado respecto del art. 153.1 CP (enmienda 20 (GPMX), enmienda 124 (GPC-CIU), de sustitución y supresión respectivamente) abogan por el mantenimiento, por lo que respecta a nuestra pena, de la penalidad de la redacción del art. 153 dada por la LO 11/2003 (*BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 11 de noviembre de 2004, núm. 1(c), p. 56, 92). Respecto de la pena de TBC, el texto no sufre ninguna modificación en su tramitación en el Senado, pasando al Congreso con idéntica penalidad, y siendo aprobado definitivamente sin modificación en este sentido (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 29 de diciembre de 2004, núm. 2-10, p. 206).

¹³⁰ Ver *BOGG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 1 de julio de 2004, núm. 2-1, p. 12.

De las enmiendas al precepto presentadas en el Congreso la mayoría son de supresión (37 (GPMX), 93 (GPV-EAJ-PNV), 127 (GPMX), 267 (GPP), 424 (GPC-CIU)); del resto de enmiendas, la número 422 (GPC-CIU) no afecta a la previsión sobre el TBC y la número 384 (GPERC) prevé las penas directas de prisión o multa, omitiendo toda referencia al TBC sin que en la justificación se mencione ningún razonamiento al respecto¹³¹. No hemos podido encontrar mención alguna de la pena en las discusiones entorno a la emisión del Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales¹³².

En las enmiendas propuestas en el Senado se busca suprimir la referencia al TBC, sustituyéndola por otra a una pena alternativa de multa (enmienda 22 (GPMX), sin que se razone en la justificación el cambio propuesto; la supresión del tipo específico y su sustitución por una agravante genérica (enmienda 124 (GPCS-CIU)), supresión del artículo (enmienda 183 (GPP)) y la adición al art. 169 CP de dos números sobre lesiones en que se mantiene la penalidad referida al TBC (enmienda 184 (GPP))¹³³. Ninguna de estas propuestas es introducida en el texto.

3. Artículo 172.2 CP, delito de coacciones leves (violencia de género). El Proyecto presentaba idéntico contenido al del texto definitivamente aprobado respecto del TBC¹³⁴. Las enmiendas presentadas en el Congreso proponen bien la supresión del precepto (enmienda 38 (GPMX), 94 (GPV-EAJ-PNV), 128 (GPMX), 424 (GPCS-CIU)), bien la previsión de una forma agravada de coacciones sin mención al TBC (enmienda 180 (GP Izquierda Verde-IU-ICV)), suprimen la referencia al TBC (enmienda 384 (GPERC)), o proponen cambios que no afectan a la previsión de imposición de esta sanción (enmienda 269 (GPP)); en ninguna de las justificaciones se alude a la pena objeto de estudio¹³⁵. Tampoco hemos podido encontrar referencias

¹³¹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 24 de septiembre de 2004, núm. 2-4, pp. 47, 66, 75-76, 123, 186-187, 167-170.

¹³² Ver *DSCD*, Comisiones, VIII Legislatura, 30 de septiembre de 2004, núm. 91, pp. 2-10; dictamen en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 7 de octubre de 2004, núm. 2-7.

¹³³ Ver *BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 11 de noviembre de 2004, núm. 1(c), pp. 58, 92, 111.

¹³⁴ Ver *BOGG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 1 de julio de 2004, núm. 2-1, p. 12.

¹³⁵ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 24 de septiembre de 2004, núm. 2-4, pp. 47-48, 66, 76, 93-94, 124, 167-170, 187.

al TBC en las discusiones tendentes a la elaboración del Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales¹³⁶.

Con el mismo contenido por lo que se refiere al TBC el texto pasa al Senado¹³⁷, donde las enmiendas presentadas proponen suprimir la referencia al TBC, sustituyéndola por la pena de multa (enmienda 24 (GPMX), la supresión total del precepto (enmienda 124 (GPCS-CIU) o modificaciones que mantienen la referencia al TBC (enmienda 185 (GPP)¹³⁸. En las distintas fases de la tramitación en el Senado y por lo que se refiere al TBC, no se introduce ninguna modificación, de manera que el texto es devuelto y aprobado definitivamente por el Congreso con la misma penalidad, en lo que nos interesa, que figuraba en el Proyecto.

4. Artículo 244.1 CP, delito de hurto de uso de vehículo a motor. El Anteproyecto no contemplaba la modificación de este precepto, que fue introducida en el Proyecto¹³⁹. El texto del Proyecto recogía las mismas penas con las que se ha aprobado el texto definitivo, a pesar de que la redacción del precepto ha variado en otros aspectos.

Las enmiendas 113 (GPS), 191 y 192 (GPCIU) propusieron cambiar las penas para la infracción tipificada, pero en todos los casos se mantenía una pena de TBC como pena directa alternativa a otras¹⁴⁰. En el Informe de la Ponencia se propuso transaccionar sobre la enmienda 191¹⁴¹ y tanto en el texto remitido al Senado (de idéntico contenido al definitivo) como en las distintas enmiendas allí propuesta para su modificación, la referencia al TBC como pena directa alternativa se mantiene intacta¹⁴².

5. Artículo 379 CP, delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. El Anteproyecto proponía modificar este precepto, penando la infracción con una pena

¹³⁶ Ver *DSCD*, Comisiones, VIII Legislatura, 30 de septiembre de 2004, núm. 91, pp. 2-10; dictamen en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 7 de octubre de 2004, núm. 2-7.

¹³⁷ Ver *BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 18 de octubre de 2004, núm. 1(a).

¹³⁸ Ver *BOCG*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 11 de noviembre de 2004, núm. 1(c), pp. 58-59, 92, 112.

¹³⁹ Ver *BOCG*, Congreso, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 17.

¹⁴⁰ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, pp. 90, 115-116.

¹⁴¹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 7 de julio de 2003, núm. 145-11, pp. 137 y ss.

¹⁴² Ver, respectivamente *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, p. 21 para el texto remitido al Senado, y *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 97, 113-114, para las enmiendas 149 (GPS), 200 y 201 (GPCIU).

de multa de seis a diez meses o con un TBC de 31 a 60 días y la redacción del Proyecto no modifica en lo que aquí nos interesa este contenido¹⁴³. Las enmiendas que proponen la modificación del precepto mantienen la pena de TBC como pena directa alternativa a otras, entre ellas penas privativas de libertad, con la misma intensidad, de 31 a 60 días¹⁴⁴. Estas enmiendas no prosperan, por lo que el texto remitido al Senado mantiene una redacción idéntica a la del Proyecto¹⁴⁵.

Diversas enmiendas presentadas en el Senado afectan el TBC: las enmiendas 210 y 211 (GPCIU) proponen suprimir el TBC como pena para esta infracción y sustituirlo por una pena de prisión y de privación del derecho a conducir¹⁴⁶; la enmienda 245 (GPP) introducía la pena de prisión, y mantenía la posibilidad de imponer alternativamente una pena de multa conjuntamente con una pena de TBC de 31 a 90 días¹⁴⁷. El Informe de la Ponencia de la Comisión en el Senado asume la redacción propuesta por la enmienda 245¹⁴⁸. Es en el Dictamen de la Comisión en el Senado donde, manteniéndose la pena de prisión, se modifica la configuración de la multa y el TBC, otorgando al precepto su redacción definitiva¹⁴⁹.

No se ha podido encontrar ninguna referencia en los debates parlamentarios que justifique la particular posición del TBC en este precepto, en que se contempla como pena que se impondrá, “en su caso”, además de una multa alternativa a la prisión.

6. Artículo 618.2 CP, falta de incumplimiento de obligaciones familiares. El texto que el Anteproyecto y el Proyecto propusieron para este artículo recogía una pena directa y única de TBC¹⁵⁰. De las enmiendas presentadas a este precepto en el Congreso, interesa destacar la número 34 (GPMX), que propone la imposición de TBC como

¹⁴³ Ver *BOCG*, Congreso, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 26.

¹⁴⁴ Ver enmienda 135 (GPS) y 203 (GPCIU) en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, pp. 96-97, 120.

¹⁴⁵ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, p. 32; la enmienda 135 es retirada, ver *DSCD*, Comisiones, VII Legislatura, Justicia e Interior, 3 de septiembre de 2003, núm. 802, p. 25326.

¹⁴⁶ Ver *BOGG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, p. 117.

¹⁴⁷ Ver *BOGG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, p. 129.

¹⁴⁸ Ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 20 de octubre de 2003, núm. 145 e), p. 177.

¹⁴⁹ Ver *BOCG*, Senado, Serie II, 28 de octubre de 2003, núm. 145 f), p. 220 y *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 6 de noviembre de 2003, núm. 145-15, p. 216 para la justificación de las modificaciones introducidas.

¹⁵⁰ Ver *BOCG*, Congreso, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, pp. 30-31.

pena principal y única también en el apartado primero del artículo¹⁵¹, y que no prosperó.

Es en el Dictamen de la Comisión en que se introduce la pena de multa como alternativa al TBC y el precepto adquiere su redacción definitiva, que conserva intacta en su paso por el Senado¹⁵².

7. Artículo 620 CP, falta de amenazas, injurias o vejaciones leves (violencia doméstica). Ni el Anteproyecto ni el Proyecto contemplan la modificación de este precepto, que es propuesta por primera vez en el Dictamen de la Comisión, con idéntico texto al definitivo¹⁵³. En el Senado conserva el mismo contenido¹⁵⁴, a pesar de la existencia de enmiendas que propusieron la supresión de la pena de TBC para esta infracción, sustituyéndola por multa o localización permanente¹⁵⁵. De este modo, las amenazas, injurias o vejaciones leves a persona incluida en el artículo 173.2 CP cuando no constituyan delito se penan mediante localización permanente de cuatro a ocho días o TBC de cinco a diez días.

La redacción actual del precepto viene dada por la LO 1/2004, cuya modificación, por lo que nos interesa, consiste en eliminar del ámbito de aplicación del precepto los supuestos de violencia de género, para dejar como falta penada con TBC o localización permanente los supuestos en que la víctima es algún otro sujeto del 173.2 CP.

8. Artículo 626 CP, falta de deslucimiento de bienes inmuebles. La modificación de este precepto no figura en el Anteproyecto; es introducida en el texto del Proyecto, en el que el TBC se contempla como pena directa y única a la infracción tipificada¹⁵⁶. Las enmiendas 56 (de supresión, GPMX) y 214 (GPCIU) presentadas en el Congreso

¹⁵¹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 66.

¹⁵² Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, pp. 207-208. En el Senado, ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, p. 38.

¹⁵³ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, p. 208.

¹⁵⁴ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, pp. 38-39.

¹⁵⁵ Son las enmiendas 101 (GPEC) y 177 (GPS), en *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, . 121); se presentó además una enmienda que propuso la desaparición total del artículo (enmienda 222, GPCIU en *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 86 y 106.

¹⁵⁶ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 31.

proponen en el primer caso suprimir el artículo y en el segundo adicionar otra pena directa alternativa al TBC, poniendo de manifiesto ambas en sus respectivas justificaciones que al necesitarse el consentimiento no es posible imponer el TBC como pena única¹⁵⁷. En fase de ponencia se propone transaccionar sobre la enmienda 214¹⁵⁸, y en el Dictamen de la Comisión se introduce como pena directa alternativa al TBC la de localización permanente, adquiriendo así el texto su redacción definitiva, que mantiene en su paso por el Senado¹⁵⁹.

9. Artículo 632 CP, faltas de destrucción de flora amenazada y maltrato de animales. El Anteproyecto y el Proyecto proponen la modificación del artículo 632 en sus dos apartados; en ambos casos se impondría una pena alternativa de multa o de TBC, aunque de distinta intensidad a las que se recogen en el texto definitivo¹⁶⁰. La enmienda 143 (GPS), propone en el número primero, la imposición directa conjunta de una pena de multa y de TBC, y en el número segundo la imposición alternativa de una pena de multa o de TBC, modificando la intensidad de ambas respecto de la redacción del Proyecto¹⁶¹.

La enmienda 163 (GPP) propone dar al número primero la redacción que se ha convertido en definitiva; las modificaciones que introduce respecto del número segundo serán asimismo las reflejadas en el texto final¹⁶²: se castiga así la destrucción de flora amenazada y el maltrato de animales con penas alternativas de multa o TBC. El Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión asumen el contenido de la enmienda 163¹⁶³, con el que el texto pasa al Senado¹⁶⁴. En la cámara baja las

¹⁵⁷ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, pp. 73 y 123-124.

¹⁵⁸ Ver Informe de la Ponencia, en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 7 de julio de 2003, núm. 145-11, pp. 137 y ss.

¹⁵⁹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, p. 208. En el Senado, ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, p. 39; allí la enmienda 19 (GPMX) propone sin éxito la supresión del artículo (*BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, p. 63).

¹⁶⁰ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 5 de mayo de 2003, núm. 145-1, p. 32.

¹⁶¹ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 99.

¹⁶² Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de junio de 2003, núm. 145-9, p. 106.

¹⁶³ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 7 de julio de 2003, núm. 145-11, p. 170 y *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 11 de septiembre de 2003, núm. 145-13, p. 209.

¹⁶⁴ Ver *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie II, 20 de septiembre de 2003, núm. 145, p. 40.

enmiendas 103 (GPECP) y 179 (GPS) reproducen la misma propuesta que se contenía en la enmienda 143 presentada en el Congreso, sin éxito¹⁶⁵.

A pesar de la importancia de las modificaciones introducidas en el CP por las disposiciones estudiadas, especialmente por la LO 15/2003, no hemos podido hallar en los debates parlamentarios una discusión de fondo acerca del TBC del calado de la que se produjo durante la elaboración del CP. Sí hemos podido encontrar referencias en la presentación del proyecto de ley, aunque poco claras, a la franja de delincuencia que se pretende abordar mediante el TBC “las infracciones menos graves, las leves”, los autores de las cuales “tienen la responsabilidad de reparar el daño social causado”¹⁶⁶; con la potenciación del TBC se busca una “alternativa real” a las penas de prisión de corta duración, no “imaginaria” como lo fue el AFS, señalándose asimismo el contenido fundamentalmente rehabilitador y resocializador de la pena, aunque sin profundizar en la materia¹⁶⁷.

Por otra parte, desde la oposición se puso también de manifiesto la necesidad de disponer de los medios materiales suficientes para que la pena de TBC pueda efectivamente ejecutarse y no acabe convirtiéndose en una “pena imaginaria”¹⁶⁸.

La voluntad del legislador de potenciar el TBC, pues, queda reflejada en la Exposición de Motivos y en buena medida en las modificaciones aprobadas, pero no se refleja en el contenido de los debates parlamentarios. Tampoco en los Diarios de Sesiones Congreso y Senado que recogen los debates habidos durante la elaboración de la LO 11/2003 y la LO 1/2004 hemos podido hallar ninguna intervención sustancial acerca del TBC que pueda aportar algo más allá del contenido de las enmiendas o su justificación.

¹⁶⁵ Ver *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, 11 de octubre de 2003, núm. 145, pp. 86-87 y 106.

¹⁶⁶ Intervención del ministro de justicia Michavilla Núñez, en *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 255, 29 de mayo de 2003, p. 13175.

¹⁶⁷ Intervención del diputado Bueso Zaera (PP), en el debate sobre el dictamen de la Comisión: *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 275, 11 de septiembre de 2003, p. 14414.

¹⁶⁸ Intervención de la senadora Boneta y Piedra en la discusión del dictamen de la Comisión de Justicia, en *DSS*, Pleno, VII Legislatura, núm. 157, 30 de octubre de 2003, p. 9906.

2. CAPÍTULO II: EL TBC Y LAS TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

2.1.1. Introducción

En este capítulo se pretende examinar la capacidad del TBC de satisfacer los fines tradicionalmente atribuidos a las penas para valorar finalmente cuál resulta la más sólida fundamentación para esta sanción; se examinarán asimismo las exigencias o matices que cada uno de estos fines imponen a la configuración normativa, imposición y concreta ejecución de la pena objeto de estudio.

No se pretende aquí aportar una solución definitiva al debate acerca de *la* fundamentación del castigo. Al abordar “el problema más clásico de la filosofía del derecho”, la cuestión de la fundamentación del castigo, las primeras preguntas a formular son *si* y *por qué* castigar, es decir, “¿existen, y si las hay, cuáles son las razones que hacen *justo*, o *justificado*, o *aceptable moral y/o políticamente* que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena?” (FERRAJOLI 1997:247, cursivas añadidas). Aquí no buscamos dar una respuesta directa a estas preguntas, y por diversas razones, entre las cuales cabe destacar dos: la primera es que no vemos *a priori* la existencia de una justificación única y final al castigo, sino que únicamente existen “argumentos a favor y contra el mismo, que tienen una aplicación y un significado distintos no únicamente en sistemas políticos diferentes sino también según las condiciones sociales y económicas de las distintas sociedades en que existan las instituciones” (LACEY 1988:15).

La segunda razón por la que no buscamos *la* respuesta a la pregunta es porque no creemos que sea un debate con *un final*, sino que “el debate entre las distintas filosofías del castigo no se resolverá nunca porque todas las razones [tradicionalmente esgrimidas] para castigar infractores son funciones que los miembros de una sociedad esperan que el sistema penal satisfaga” (HUDSON 2003:4).

Pretendemos únicamente exponer las distintas teorías justificadoras de la pena y, sin prejuzgar su bondad u oportunidad, examinar, en el marco de cada una de ellas, si la sanción objeto de nuestro estudio tiene capacidad para satisfacer sus requisitos.

En consecuencia no se ha considerado necesario un tratamiento exhaustivo que comprenda todas y cada una de las formulaciones de las distintas doctrinas de justificación de la pena, considerándose suficiente un breve resumen.

Hemos optado por distinguir a grandes rasgos entre *teorías de la prevención* (prevención general, rehabilitación, incapacitación) y *teorías de la justicia/retributivas*; esta división es aproximadamente equivalente a otras, igualmente válidas, como consecuencialistas/no consecuencialistas (DUFF/GARLAND 1994) o teorías que miran hacia el futuro/pasado (LACEY 1988:16); o teorías utilitaristas/no utilitaristas.

Hemos incluido en este capítulo numerosas referencias a investigaciones empíricas cuyos resultados pueden ayudar a contextualizar o matizar la discusión. Quizá la inclusión de referencias sociológicas o criminológicas en un capítulo dedicado a la fundamentación teórica deba ser justificada. Aunque ciertamente distintos, los discursos filosófico y sociológico (o criminológico) pueden operar en relación los unos con los otros. Si procedemos como si se tratase de compartimentos estancos que pueden desarrollarse ignorando su mutua existencia, el resultado será “que las discusiones filosóficas a menudo estarán muy distanciadas de las realidades de la práctica penal, mientras que la penología y la sociología del castigo a menudo son parcas o evasivas en su modo de tratar cuestiones normativas complejas (...) las filosofías del castigo deben, por ello, valorarse no meramente tal como aparecen sobre el papel, sino tal como se encuentran (o podrían ser) plasmadas en prácticas específicas” (DUFF/GARLAND 1994:1).

Es bueno que ambos tipos de discurso se relacionen porque la tarea más importante de las teorías del castigo no es quizá la justificación teórica del sistema penal, sino aportar los elementos críticos necesarios “para garantizar que la enorme maquinaria penal del estado esté sujeta a un escrutinio y crítica normativos constantes, articulando los valores según los que debe juzgarse, y cuestionando las premisas sobre las que se basa” (DUFF/GARLAND 1994:6). Debe ser pues una teoría de la pena capaz de fundamentar y a la vez que servir de medida ideal de lo que la pena debe ser en la realidad.

Por otra parte, ya dentro del marco concreto de una teoría justificadora de la pena, los estudios penológicos y sociológicos son necesarios si se quieren fundamentar correctamente sus postulados y aplicarlos al mundo real (DUFF/GARLAND 1994:23). Ello es obvio para las teorías de la prevención (utilitaristas), que justifican la pena como instrumento para la reducción de la delincuencia, ya que si resultan no ser útiles para la consecución de ese fin, las penas pierden su legitimidad. Pero también sucede en el caso de las teorías retributivas,

respecto de las cuales es necesario examinar, por ejemplo, si la pena es el instrumento idóneo para comunicar censura o, si se considera que el castigo supone la privación justa de una ventaja injustamente adquirida mediante el delito (DUFF/GARLAND 1994:23).

2.1.2. La necesidad de justificar las penas en general

Sin intención de entrar en polémica sobre las distintas definiciones de pena ni profundizar en la cuestión, sí resulta necesario partir de una definición mínima de aquello que se está intentando justificar. A estos efectos es suficiente la definición ofrecida por NINO (2001:427) que distingue las sanciones penales de las demás sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado “por implicar la finalidad, no necesariamente última, de poner a sus destinatarios en una situación desagradable, de infligirles sufrimiento”¹.

La necesidad de justificar el castigo penal surge porque éste es moralmente problemático, pues comporta la imposición de un *mal*² y es precisamente el sufrimiento que conlleva la pena lo que ha “movido a filósofos y juristas a buscar una justificación moral de ella que sea suficientemente convincente” (NINO 2001:427-428).

Además de la relevancia teórica del debate acerca de la justificación de la pena, inextricablemente vinculado al debate sobre el estado y sus fines (LACEY 1988:14; MIR 1994:29), este debate tiene una relevancia práctica de gran importancia. Aunque un conjunto de teorías justificadoras de la pena en abstracto no constituyen garantía alguna de que en la práctica de una sociedad en particular las penas van a regularse y aplicarse de un modo moralmente aceptable, o acorde con esas teorías (LACEY 1988:15), en tanto que teorías ideales, las teorías de justificación de la pena proporcionan un conjunto de valores y objetivos frente a los cuales contrastar el sistema de penas real: “de hecho, una función crucial de las teorías normativas de la pena consiste en proporcionar un estándar crítico frente al que contrastar las prácticas reales y encontrar sus carencias” (DUFF/GARLAND 1994:5). Proporcionan en un

¹ Para otras definiciones de castigo, ver por ejemplo LACEY (1988:11-12); WALKER (1991:1-3); BETEGÓN (1992:139-204); HUDSON (2003:1-2).

² Este mal es tal desde casi todas las perspectivas morales; tanto las que se basan en los derechos (la pena afrenta o limita derechos básicos del sujeto), como las que se basan en obligaciones (el que impone la pena estaría violando los deberes de no interferencia y contención) o las que se basan en los fines (la consecuencia inmediata de una pena es infligir dolor o una privación, algo inadmisibles si con ello no se logran bienes que compensan estos males) (LACEY 1988:13).

“plano meta-ético y meta-político los criterios de valoración de los sistemas penales positivos o de cada una de sus normas o instituciones” (FERRAJOLI 1997:236-237).

En conclusión, abordamos el debate acerca de la fundamentación de la pena no tanto por su interés teórico sino con tres objetivos: comprobar si el TBC es capaz de satisfacer los fines que tradicionalmente se asignan a las penas, cómo los mismos condicionan su configuración, y qué teoría justificadora la fundamenta mejor. La utilidad práctica de este tipo de discusión consiste en proporcionar elementos que pueden ayudar al legislador a configurar o delimitar la institución; y por otra parte, estos elementos pueden ayudar a resolver dudas de interpretación a los jueces o intérpretes en el momento en que el derecho penal se aplica a sujetos concretos (GARCÍA ARÁN 1997:23).

En los párrafos precedentes hemos adoptado una definición somera de pena, buscado explicar la necesidad de su justificación por su condición de mal moralmente problemático y hemos subrayado la que para nosotros es una tarea fundamental de las teorías de justificación de la pena, proporcionar un rasero ético con el que medir y guiar la práctica punitiva del estado. Seguidamente, veremos en concreto por qué consideramos necesario justificar en particular la pena objeto de estudio.

2.1.3. La necesidad de discutir el fundamento justificador del TBC en particular

Se ha repetido en numerosas ocasiones, en diversos contextos y respecto de distintos ordenamientos desde la introducción de la pena de *community service* en Inglaterra y Gales en 1972, que una de las ventajas de la misma es la de ser capaz de satisfacer las distintas doctrinas de justificación de la pena³. El informe Wooton contenía ya un párrafo en este sentido, representativo de este conjunto de afirmaciones⁴ y ampliamente reproducido en la literatura:

“En general la propuesta de que se exija a algunos delincuentes la realización de trabajos en favor de la comunidad debería resultar atractivo para los partidarios de diversas filosofías de la pena. Para algunos de ellos, sería simplemente una alternativa más constructiva y económica a penas cortas de prisión; para otros, representaría la introducción en el sistema penal de una nueva dimensión que subrayaría la reparación

³ Se ha vinculado esta ambivalencia alrededor de los fines del TBC con el hecho de que, junto con otras alternativas, fue impulsada a la vez por el movimiento descarceratorio que defendía la reducción del uso de la prisión, por los partidarios de las teorías del merecimiento (*just deserts*) y por aquellos que exigían cierta severidad de las alternativas con el fin de hacerlas creíbles para la generalidad de la ciudadanía (CID/LARRAURI 1997:18; BRANDARIZ 2002:62-63).

⁴ Lo mismo sucedió respecto de la introducción de la pena en el ordenamiento escocés en 1978 (ver DUGUID 1982:1; McIVOR 1992:9).

a la comunidad; otros a su vez la considerarían como un medio de hacer efectivo el viejo adagio de que el castigo debe corresponderse con el delito cometido; y todavía otros subrayarían la importancia de promover un estrecho contacto entre los delincuentes y aquellos miembros de la comunidad que tienen una mayor necesidad de ayuda y apoyo” (HOME OFFICE 1970:12-13, para. 33).

En Inglaterra la introducción de la pena se produjo en un contexto en que cuestiones de inmediatez política impidieron un análisis detenido acerca de los fines de la pena y su función dentro del sistema de penas (YOUNG 1979:33); tampoco en España la doctrina ni los debates parlamentarios previos a la introducción de la pena reflejaban una discusión detenida al respecto, únicamente una valoración positiva de sus posibilidades. Parece, pues que la pena de TBC “simplemente *es*. Como si no necesitara de ninguna justificación, o su legitimidad no necesitara ser defendida. Puede ser todo lo que deseamos que sea. Es la cara complaciente del castigo en la comunidad” (WORRALL 1997:100).

Esta aceptación de la pena como opción positiva, sin excesiva reflexión penológica acerca de la misma, está vinculada a la tendencia más general de considerar que las penas alternativas no necesitan justificación porque se perciben como más benignas que la prisión a la que pretenden suplantar, ignorándose o minimizándose así su efectiva carga punitiva.

Por otra parte, los discursos alrededor de la flexibilidad/versatilidad de la pena de TBC han adoptado generalmente un sentido positivo, considerando esta cualidad ‘camaleónica’ de la misma como una característica que permite el apoyo a su uso desde distintas perspectivas⁵, algo que en principio se asume que debería potenciar su uso.

Otra manifestación de la flexibilidad de la sanción viene dada por el hecho que la pena presente en diversos lugares distintas características y que permanezca reconocible como la misma sanción: por ejemplo, la introducción del requisito de un trabajo especialmente duro cuando se quiere subrayar el carácter punitivo de la pena, o de trabajos en contacto con personas necesitadas cuando se pretende subrayar su contenido rehabilitador. Incluso dentro de un mismo ordenamiento y en un mismo momento, la pena tiene distintos significados para los distintos individuos que la

⁵ La flexibilidad de la pena en el sentido de poder satisfacer distintos fines se ha visto reflejada, por ejemplo, en las diversas ediciones de los *National Standards* británicos (HOME OFFICE 1992, 1995a, 2000), que han priorizado uno u otro fin de la pena, subrayando más o menos su carácter punitivo, según los vaivenes de la política criminal de los gobiernos del momento (ver apéndice).

imponen, gestionan y supervisan su ejecución (WINFIELD 1977:126; PEASE 1985:59).

Numerosos autores han puesto de manifiesto que tal flexibilidad implica *confusión* alrededor de los fines de la pena y su posición en el sistema de penas, que se refleja tanto en el momento legislativo de otorgar a la pena un determinado contenido y funciones como en su aplicación judicial y puede afectar negativamente la credibilidad de la sanción (entre otros, WINFIELD 1977:127-128; YOUNG 1979:33ss; GODSON 1981:125; REX 2005:2, 5).

De este modo, la reflexión sobre, y el estudio empírico⁶ de cómo, esos distintos fines podrían satisfacerse en un mismo marco legislativo y administrativo y el grado en que podrían entrar en conflicto ponen de manifiesto las contradicciones y los impedimentos que la ambigüedad y la confusión en la filosofía penal del TBC pueden comportar (WILLIS 1977:120; WINFIELD 1977:126; YOUNG 1979:33); contradicciones e impedimientos relacionados con cuestiones como el modelo, flexible o rígido, seguido para los supuestos de incumplimiento, los criterios que deberían guiar la imposición de la pena en un caso determinado o su duración.

En conclusión, se considera particularmente relevante discutir acerca del fundamento del TBC porque, a diferencia de la prisión y precisamente en contraste con la misma, su carácter punitivo a menudo aparece minimizado o ignorado; porque la discusión puede contribuir al esfuerzo del legislador de situar claramente la sanción en un sistema de penas y porque puede ofrecer al juez guías válidas para su aplicación (YOUNG 1979:34; McDONALD 1995a:73-74) .

2.2. TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN

2.2.1. Prevención general

2.2.1.1. Resumen

⁶ Destaca por su planteamiento global el estudio de YOUNG (1979), que desarrolla el tema formulando tres preguntas que pretende contestar mediante un estudio empírico del funcionamiento en diversas zonas de Inglaterra y Gales (Suffolk, Kent, Nottinghamshire, Bedfordshire y Cambridgeshire):

1. - ¿cómo se han desarrollado estas filosofías y relacionado con la pena en la práctica, y hasta qué punto y de qué modo son relevantes en la ejecución de la pena?
- 2.- ¿qué fundamento filosófico toma como base el *Probation Service* para ejecutar la pena y qué argumentos y objetivos se manejan a la hora de recomendar su imposición a los tribunales mediante los informes técnicos?
- 3.- ¿Hasta qué punto y cómo se distinguen las distintas administraciones en su gestión práctica de la pena? (YOUNG 1979:33-34).

La prevención general⁷ negativa justifica el castigo como medio para inducir a la generalidad de los ciudadanos distintos del penado que desistan de cometer hechos delictivos por miedo al castigo: la pena, pues, encontraría su fundamento en la necesidad de intimidación de la ciudadanía para que no cometa delitos. Las objeciones tradicionales a esta finalidad apuntan que la creación de esta intimidación puede requerir, en determinadas circunstancias, la imposición de un castigo más severo que el merecido: bien el castigo del inocente y bien el castigo ejemplar, de severidad superior a la que correspondería en relación con el delito cometido (ASHWORTH 1992:55).

Actualmente se apunta, sin embargo, que la intimidación negativa no es la única forma de prevención general, y una corriente doctrinal sostiene que la prevención debe buscarse también “mediante la afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho” (MIR 2004:92; ver también MIR 1994:121-140). Un correcto entendimiento de esta vertiente positiva la concebiría “como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal”⁸ (MIR 2004:92).

2.2.1.2. Hipótesis sobre la capacidad preventivo general del TBC y resultados de las investigaciones

La prevención general negativa puede ser inicial o marginal; la prevención inicial versa sobre los efectos de prohibir una conducta permitida con anterioridad; la prevención marginal, en cambio, se refiere a la mayor o menor prevención que resulta de la alteración en las penas u otros elementos del sistema penal en relación con conductas previamente prohibidas (VON HIRSCH/BOTTOMS/BURNEY/WIKSTRÖM 1999:5). Buena parte de las hipótesis específicas que alcanzaremos a formular giran alrededor del concepto de prevención marginal, es decir, hasta qué punto pueden verse afectadas las conductas, mediante la prevención, por cambios en la probabilidad de detección, condena y/o en la severidad de las penas, en nuestro caso del TBC. Las hipótesis formuladas de acuerdo a este modelo son las siguientes:

⁷ Para una crítica a la prevención general ver MIR (2004:91-93); sobre los pronunciamientos del TC acerca de la prevención general en nuestro sistema constitucional, ver GARCÍA ARÁN (1997:32).

⁸ Para una discusión acerca de las diversas concepciones de prevención general ver MIR (1994:132-138); más recientemente, ver FALCÓN/FALCÓN (2005:178-191).

1.- El TBC tiene suficiente capacidad intimidante como pena debido a las privaciones y a la obligación de hacer que comporta.

2.- El TBC puede realizar una función sustitutiva de la prisión, resultando innecesarias en muchos casos penas más graves.

3.- Puede dotarse de tanta credibilidad al TBC como a cualquier otra sanción en el elenco de penas.

4.- El contenido simbólicamente reparador de la pena puede contribuir a la percepción de restauración de la conciencia jurídica dañada por el delito.

5.- Hipótesis negativa: la prevención general puede dotar a la pena de contenidos no deseables.

1.- El TBC tiene suficiente capacidad intimidante como pena debido a las privaciones y a la obligación de hacer que comporta. El contenido punitivo del TBC, tanto las privaciones (de tiempo libre, de libertad de movimientos, de remuneración por el trabajo realizado, todos ellos bienes preciados en nuestra sociedad y las sociedades contemporáneas de nuestro entorno cultural) como la obligación de hacer que comporta, es suficiente como para que la perspectiva de su imposición resulte suficientemente desagradable y pueda constituir, en la misma medida que otras sanciones, un desincentivo para la comisión de determinadas infracciones.

Un obstáculo a la aplicación de la pena de TBC es su concepción como opción 'blanda', carente de contenido punitivo real. Esta concepción, sin embargo, no se corresponde con la realidad del contenido y la ejecución de la pena, ni siquiera con la percepción de los sujetos que están en disposición de ser penados o que la han cumplido. En el apartado dedicado a la retribución en este capítulo (en particular 2.3.2.1.) se analizará detenidamente el contenido punitivo de la pena; baste aquí adelantar que la mayoría de penados a TBC subraya los aspectos punitivos de la sanción, en especial la falta de remuneración, la dedicación que requiere y las consecuencias que comporta su incumplimiento (McIVOR 1992:100; KELK 1995:16), conclusiones corroboradas por encuestas a penados que expresan su preferencia por cumplir una pena corta de prisión antes que un TBC u otro tipo de pena alternativa que implique supervisión en libertad o califican ciertas penas alternativas como de mayor severidad que la prisión (OLDFIELD 1993:45-46; McDONALD 1995b:76; CLEAR/BRAGA 1998:218; PETERSILIA 1998:25).

Aunque no existen investigaciones empíricas realizadas en nuestro país, sí hemos constatado que en ocasiones algunos penados han aceptado inicialmente la imposición de un TBC como forma de RPSIM, pero ante una explicación detenida por parte del juez acerca del verdadero contenido de la pena se ha procedido a revocar ese consentimiento y satisfacer el pago de la multa, de ser posible fraccionadamente (Roser AIXANDRÍ, comunicación personal; en el mismo sentido, ROIG/COSMELLI 2005:32).

2.- *El TBC puede realizar una función sustitutiva de la prisión, resultando innecesarias en muchos casos penas más graves.* La mayoría de penólogos no dudan que las penas tengan ciertos efectos intimidadores para la generalidad de los ciudadanos; de lo que dudan es más bien de si la severidad y naturaleza de las mismas influye en esos efectos intimidadores (WALKER 1991:15). En este sentido, es tradicional distinguir entre los efectos de la *certeza* del castigo y los efectos de su *severidad*. Parece que las investigaciones empíricas, tanto las más recientes (FARRINGTON/LANGAN/WIKSTRÖM 1994; LANGAN/FARRINGTON 1998) como las anteriores (BEYLEVELD 1992), apuntan a que es más la certeza de los castigos que su severidad lo que puede en todo caso tener efectos preventivo generales (confirmando lo que pensaban los clásicos). De acuerdo con estos resultados, será más efectivo en términos preventivo generales un sistema con penas menos severas pero que se cumplan⁹.

Esto significa que para muchos supuestos no será necesario el recurso a la prisión, bastando para lograr los efectos disuasorios buscados sanciones de severidad intermedia, como el TBC (en contra, ROBERTS 2002:34 subraya que la mayoría de ciudadanos y no pocos jueces consideran que las penas alternativas no son apropiadas debido a su falta de severidad).

3.- *Puede dotarse de tanta credibilidad al TBC como a cualquier otra sanción en el elenco de penas.* Si los efectos disuasorios de un sistema de penas no están tan relacionados con la severidad de las sanciones como con su certeza, ello tiene consecuencias para el funcionamiento del sistema de penas en general (en cuestiones

⁹ Los estudios muestran que la severidad de las penas no afecta el índice general de delincuencia, pero sí puede reducir algunas formas agravadas de delito, por ejemplo, HARDING (1990) apunta que penas más elevadas disuaden a autores de robo de usar armas de fuego en sus actividades delictivas.

como la efectividad del trabajo policial o el funcionamiento de los juzgados), pero también tiene consecuencias concretas para cada una de las sanciones penales. Así, en aquellos supuestos en que los sujetos afectados subrayan el contenido punitivo de la pena (especialmente McDONALD 1995b:76; CLEAR/BRAGA 1998:218; PETERSILIA 1998:25), en la ejecución de la misma se ponía especial cuidado en una estrecha supervisión y en un mecanismo de incumplimiento que comportaba serias consecuencias. Puede, por tanto, dotarse al TBC de suficiente credibilidad en este sentido asegurando una correcta supervisión de su ejecución, limitando al máximo las disfunciones de su complejo mecanismo de funcionamiento, que en ocasiones pueden desembocar en la prescripción de la pena y regulando un correcto régimen de incumplimiento que prevea una sanción de refuerzo de suficiente entidad.

4.- *El contenido simbólicamente reparador de la pena puede contribuir a la percepción de restauración de la conciencia jurídica dañada por el delito.* Una de las posibles lecturas positivas del TBC subraya el contenido reparador de la pena. De acuerdo con esta perspectiva, mediante un trabajo no remunerado en favor de la colectividad, los penados están de algún modo reparando a la comunidad por los daños causados por su delito; de este modo la pena contribuiría al restablecimiento de la paz jurídica rota por el delito y a la resolución del conflicto penal, cumpliendo así una función preventivo general positiva (ver por todos BRANDARIZ 2002:97-99). En la medida en que realizan una prestación socialmente positiva previa prestación del consentimiento del penado, “funcionan simbólicamente como una modalidad de reparación de los daños causados por el delito que contribuye al restablecimiento de la paz jurídica perturbada” (BRANDARIZ 2002:103-104; en contra del carácter reparador de la pena, PEASE 1985:59-60; BERNAL 1999:27).

5.- *Hipótesis negativa: la prevención general puede dotar a la pena de contenidos no deseables.* Se trata en particular elementos degradantes, como la obligación de realizar tareas especialmente penosas o degradantes, reservándolas para penados (KAHAN 1998:706) o la imposición de uniformes a los penados para aumentar su visibilidad (declaraciones de máximos responsables del *Home Office* en mayo de 2005, entre las

más recientes¹⁰); estos elementos, indeseables desde la perspectiva del respeto a la dignidad del penado, abundarían en el contenido desagradable de la pena, aumentando el desincentivo que la amenaza de su imposición supone.

2.2.1.3. Consecuencias para la regulación y para la ejecución de la pena

Para derivar consecuencias concretas de las exigencias de la prevención general para la regulación y la ejecución del TBC debe tenerse en cuenta que para establecer el efecto preventivo general de una sanción es necesario demostrar que la misma ha evitado la comisión de infracciones, y que este efecto se ha debido a la influencia de la sanción en el cálculo de utilidad personal de los potenciales destinatarios de la sanción. Una pena únicamente puede ejercer tal influencia si se dan ciertas condiciones: el delincuente potencial debe ser capaz de actuar sobre la base de un cálculo de utilidad personal, y no debe evitar el delito por otras consideraciones, debe conocer de la existencia de la sanción y debe tener una opinión específica sobre la misma (BEYLEVELD 1992:78). Claramente la regulación y ejecución del TBC no puede afectar ni la actuación del sujeto basada en la utilidad personal ni las demás consideraciones que influyan su comportamiento; sin embargo, y a pesar de la ausencia de estudios acerca de cuánto saben los ciudadanos sobre los cambios en la severidad o en la certidumbre de las penas (VON HIRSCH/BOTTOMS/BURNEY/WIKSTRÖM 1999:46), creemos que el conocimiento y la concepción de la pena que tenga la ciudadanía sí puede ser relevante¹¹.

¹⁰ Esta propuesta ha sido formulada en numerosas ocasiones en la política inglesa (la anterior en 2003), y en esta ocasión se ha producido sólo unos días después de que el Primer Ministro Blair subrayara que un tema clave de su tercer mandato sería afrontar los comportamientos antisociales. La propuesta ha sido valorada negativamente por responsables de entidades de defensa de los derechos civiles, así como por responsables del cuerpo de policía y del *National Offender Management Service*, fundido con el antiguo Servicio de Prisiones). Así por ejemplo, Chris Fox, presidente de la Asociación de Jefes de Policía considera loable el fin de realzar la percepción pública de la pena, pero más positivo que la obligación de llevar uniforme sería la publicidad sobre el trabajo realizado por los penados en las comunidades (eg. mediante carteles que señalen que un determinado parque infantil ha sido restaurado por penados). Por su parte, Harry Fletcher, subsecretario general de la Asociación Nacional de Agentes de *Probation* (sindicato mayoritario de los Agentes de *Probation* en el Inglaterra y Gales), considera la propuesta degradante y con posibles efectos contraproducentes, provocando resentimiento entre los penados, más que apoyo por parte del público. Ver, por ejemplo, <http://society.guardian.co.uk/print/0,3858,5195982,00.html>, o <http://www.politics.co.uk/domestic-policy/community-service-uniforms-nasty-gimmick.html>.

¹¹ No obstante, en el contexto de la prevención general no importa tanto cómo sean las condiciones reales alrededor del castigo sino cómo son percibidas por los potenciales delinquentes, y debido a este importante componente subjetivo los efectos de la publicidad serán necesariamente limitados (ASHWORTH 1992:58; BEYLEVED 1992:81).

De acuerdo con estas ideas:

1.- Debe publicitarse suficientemente la pena¹²: su contenido, la supervisión durante su ejecución, las consecuencias de su incumplimiento, con el fin de que sea conocida y que pueda ejercer los efectos disuasorios propios de cualquier pena, disipando falsas concepciones del TBC como opción fácil o pena blanda; pero también con el fin de que la generalidad de la ciudadanía pueda confiar en su cumplimiento (efectivo, que aporta beneficios sociales tangibles) y así contribuir a pacificar la conciencia jurídica rota por el delito.

2.- Con el fin que pueda desarrollar sus fines preventivo generales, la pena debe ser correctamente supervisada y debe estar dotada de un régimen que prevea una consecuencia jurídica de suficiente entidad para los supuestos de incumplimiento de la pena.

3.- Intuitivamente, parece que la prevención general exige penas severas, y que cuanto mayor sea la duración de la pena, mayor capacidad disuasoria tendrá. Sin embargo, como hemos visto, los estudios empíricos no evidencian una mayor prevención marginal con el aumento de la severidad de las penas. Por ello, una larga duración de la pena no estaría justificada por fines preventivo generales.

4.- La posibilidad de dotar a la ejecución de la pena de contenidos degradantes, que aumentarían su capacidad estigmatizante y disuasoria, debe excluirse en base a criterios distintos de la prevención general.

2.2.2. Prevención especial positiva - rehabilitación

2.2.2.1. Resumen

La prevención especial positiva tiende a prevenir que una persona que ya ha delinquido vuelva a hacerlo, mediante su corrección. Bajo este marco amplio caben distintas opciones: rehabilitación, reintegración, resocialización. A los efectos de verificar la credibilidad del TBC como pena, y a riesgo de simplificar, emplearemos en estas páginas especialmente el término rehabilitación, según la cual las penas se

¹² No obstante, en el contexto de la prevención general no importa tanto cómo sean las condiciones reales alrededor del castigo sino cómo son percibidas por los potenciales delincuentes, y debido a este importante componente subjetivo los efectos de la publicidad serán necesariamente limitados (ASHWORTH 1992:58; BEYLEVED 1992 (1979):81).

justifican principalmente con el fin de lograr cambios en las actitudes y comportamientos de los penados para lograr su comportamiento conforme a derecho, contribuyendo a su bienestar y satisfacción, pero también a minimizar la incidencia del delito en la sociedad; esta definición de mínimos a su vez puede dar cabida a la miríada de expresiones del ideal rehabilitador (ALLEN 1981:2).

Los conceptos relacionados con la prevención especial han sufrido una importante crítica desde diversos puntos de vista (ver, entre otros, MARTINSON 1974; MUÑOZ CONDE 1979; ALLEN 1981), y la concepción dominante en nuestro país apunta a que la rehabilitación debería entenderse principalmente como no desocialización. Esta concepción parte de poner en cuestión la capacidad resocializadora de la prisión, pero también ha sido aplicada a las penas alternativas, llevando a la consideración de que su principal objetivo debería ser limitar en lo posible la desocialización producida por una sanción penal¹³. Aunque la crítica a la capacidad rehabilitadora de la prisión tiene el efecto de reforzar el fundamento no-desocializador de las alternativas (con el argumento de que la desocialización es mayor cuando se cumple una pena de prisión que cuando se cumple una pena en libertad), se trata de un “fundamento más débil ... pues argumentar que éstas no desocializan no parece tan convincente como la promesa de que pueden facilitar la resocialización de la persona” (CID/LARRAURI 2005:27). En las páginas que siguen veremos si puede hablarse de capacidad rehabilitadora del TBC, y qué sentido y consecuencias puede tener.

2.2.2.2. Cuestión previa: estudios sobre la reincidencia

Antes de examinar las hipótesis sobre la capacidad rehabilitadora de la pena nos detendremos en los resultados más recientes y significativos de los estudios sobre reincidencia de los penados a TBC. Los índices de reincidencia han sido tradicionalmente la medida tomada para valorar la capacidad rehabilitadora de una pena. En el marco de un sistema de penas fundamentado en la utilidad rehabilitadora de las mismas la primera pregunta a contestar en relación con una pena concreta será si tiene o no capacidad rehabilitadora, lo que obligará a valorar los índices de reincidencia de los sujetos que la han cumplido. Si una pena determinada, en nuestro caso el TBC, no tiene índices de reincidencia favorables en relación con otras penas,

¹³ Ver GARCÍA ARÁN 1997:34 acerca de la posición sobre este extremo del Tribunal Constitucional.

la rehabilitación no podría ser su fundamentación única, y la pena debería hallar otro fundamento alternativo.

Entre los primeros estudios sobre reincidencia¹⁴ destacan PEASE/DURKIN/EARNSHAW/PAYNE (1977); más recientemente, cabe mencionar McIVOR (1992); LLOYD/MAIR/HOUGH (1994); RAYNOR/VANSTONE (1997); MAY (1999); KILLIAS/AEBI/RIBEAUD (2000); SCOTTISH EXECUTIVE (2001); REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN (2003)¹⁵.

LLOYD/MAIR/HOUGH (1994); RAYNOR/VANSTONE (1997) y MAY (1999) llegaron a la conclusión que el índice de reincidencia (en particular el índice de condenas subsiguientes) de sujetos que habían cumplido la pena de TBC era inferior al que resultaba de aplicar los modelos de predicción al uso teniendo en cuenta la edad, sexo e historial criminal de los sujetos. Un sujeto que cumplía la pena de TBC tenía, así, menos posibilidades de cometer un delito en el futuro que un sujeto sometido a otra pena.

Estos resultados deben tratarse con cautela, pues podrían explicarse por algún otro factor en la experiencia previa de los grupos condenados a TBC no tomado en consideración por el modelo de predicción empleado (REX/GELSTHORPE 2002:315); a pesar de ello, los autores concluyen que “el bajo índice de sucesivas condenas [de los condenados a *community service*] no podía explicarse por el historial criminal y las circunstancias sociales conocidas de los delincuentes [lo que sugiere] que la pena en sí misma puede haber tenido un efecto positivo en el índice de sucesivas condenas” (MAY 1999:40).

¹⁴ A pesar de que durante las primeras décadas de existencia de la pena de TBC las investigaciones empíricas realizadas se centraban, salvo notables excepciones, en los efectos de la sanción *en el sistema de penas*, especialmente su viabilidad y efectividad como alternativa a la prisión, más que en sus efectos *sobre el penado*, sus actitudes y su comportamiento delictivo posterior (en este sentido, McIVOR 1992:151; RAYNOR 2002:1177), por lo que buena parte de las primeras afirmaciones sobre su capacidad rehabilitadora se basaban en aquellos momentos en opiniones de jueces y *probation officers* más que en evaluaciones rigurosas, existen algunos estudios tempranos sobre reincidencia. De estudios sobre reincidencia anteriores, algunos concluyen que los penados a TBC no reinciden (son arrestados o condenados posteriormente) más que penados a prisión o a *probation*, mientras que otros han encontrado menores niveles de reincidencia en penados a TBC (McIVOR 1992:151). Según estos resultados y de acuerdo con nuestros planteamientos, pues, la pena de TBC no carecería de fundamento rehabilitador en mayor medida en que lo harían otras penas, como la prisión o la *probation*.

¹⁵ REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003 realiza una evaluación de proyectos piloto de TBC en diversas circunscripciones inglesas; su estudio definitivo sobre reincidencia todavía no ha sido publicado; sin embargo parece que los índices de reincidencia de los grupos experimentales y los grupos de control son parecidos, por lo que se espera que el resultado no difiera en exceso de anteriores estudios de reincidencia (RAYNOR 2004:209).

El estudio publicado por McIVOR en 1992 merece la pena ser destacado porque indaga sobre los concretos factores que hacen que la pena pueda tener efectos rehabilitadores, tratando así de averiguar no únicamente si la pena de TBC rehabilita sino además por qué y cómo lo hace. Según esta autora es la '*calidad de la experiencia*' de los penados durante el cumplimiento de la pena lo que produce efectos beneficiosos. Parecía existir una relación entre la calidad de esa experiencia y la frecuencia y carácter de la reincidencia de los penados en los tres años siguientes a la imposición de las penas; así, los penados tenían menos posibilidades de volver a ser condenados en los casos en que habían considerado especialmente valiosa su experiencia del *community service* y era menos probable que sujetos de este grupo fuesen condenados en el futuro por infracciones en las que la falta de honestidad está implicada, como los robos (a personas y en domicilios) (McIVOR 1992:178); y los penados consideraban su experiencia 'especialmente valiosa' sobre todo cuando les había brindado la oportunidad de aprender un nuevo oficio o cuando podían comprobar que su trabajo resultaba efectivamente beneficioso para la comunidad. Sin embargo, la propia autora reconoce que sus resultados no son concluyentes, y apunta la posibilidad que pueda existir algún factor en las características y origen social del penado que lo predisponga a la conformidad o a disfrutar de una visión positiva del TBC; en este sentido, REX/GELSTHORPE (2002:316) subrayan que las diferencias en la valoración de la experiencia eran especialmente importantes en aquellos sujetos que estaban desempleados o tenían historial de supervisión por parte de los servicios sociales.

El estudio de KILLIAS/AEBI/RIBEAUD (2000) resulta especialmente importante, además de por los resultados y matices que aporta, por cuestiones metodológicas, pues se trata de la primera valoración del potencial del TBC para evitar la reincidencia mediante la asignación aleatoria de sujetos bien a esta pena bien al cumplimiento de una pena corta de prisión. Volveremos a este estudio más tarde, pero de momento cabe apuntar que una de sus conclusiones es que aquellos destinados a penas de trabajos comunitarios eran menos propensos a delinquir en el futuro (según datos policiales) que los sujetos del grupo de control, que cumplieron penas cortas de prisión; y parece que la mayor capacidad de reducción de la reincidencia del TBC está relacionada con la ayuda que esta pena presta a los penados para que perciban su

condena y la pena misma como resultado de su propio comportamiento y no como culpa del juez u otro tercero¹⁶ (KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:51, 54).

En contra de estos resultados relativamente positivos, otros estudios de reincidencia sugieren que cuando se controlan factores como el sexo, la edad o la historia criminal, los índices de condenas subsiguientes de los penados a TBC, *probation* o multa, y de penados a prisión eran parecidos (SCOTTISH EXECUTIVE 2001:3). Estos resultados han recibido una lectura positiva, según la cual, como mínimo, las penas alternativas no son menos efectivas en términos de rehabilitación que la prisión; por otra parte, es probable que si se hubieran comparado las alternativas con penas de prisión de menor duración (en el estudio se incluyeron penas de prisión de hasta doce años), los resultados hubieran favorecido más las penas alternativas (McIVOR 2004:176).

Parece, pues, que la pena de TBC tiene *cierta* capacidad rehabilitadora en términos absolutos y en relación con otras penas al uso, notablemente con la pena de prisión: en global, los estudios apuntan a una reducción de la reincidencia de aproximadamente un 3 puntos porcentuales más que en las penas de prisión.

Sin embargo, los estudios sobre reincidencia no son instrumentos carentes de problemas técnicos y conceptuales: la reincidencia se mide en los distintos estudios mediante índices de arrestos, condenas, o condenas de determinada gravedad, por lo que a menudo resultará difícil o inadecuado comparar resultados; por otra parte y sea cual sea la medida tomada, ésta no equivaldrá al número de delitos realmente cometidos por sujetos que han cumplido una pena, por lo que cierta infraestimación siempre estará presente; otras cuestiones metodológicas influyen en estos índices, como el periodo de seguimiento de los grupos, el momento en que éste empieza a contar, el lapso de tiempo entre la comisión de un delito, el arresto y la condena por el mismo, las prácticas policiales en un momento y lugar determinado, la base de datos empleada; finalmente, también han sido calificados de instrumentos ‘burdos’ o crudos, en el sentido de que existen otros datos significativos, además de la comisión de ulteriores delitos, como el tipo de delito cometido posteriormente a la pena (MAIR/LLOYD/HOUGH 1997:37-39).

¹⁶ Este resultado apunta en la misma dirección que la conclusión del estudio realizado por PATERNOSTER/BROME/BACHMAN/SHERMAN (1997:193), según el cual “las percepciones de un tratamiento procesal injusto debilitan el apoyo al sistema legal que, a su vez, reduce inhibiciones frente o proclividades hacia una actividad ilegal futura”.

Por otra parte, el hecho de que un gran número de los factores que afectan el comportamiento delictivo de los sujetos, como la familia o el barrio en que se reside, están más allá del ámbito de acción de la intervención penal debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la capacidad rehabilitadora de cualquier pena (CORBETT 1998:211).

Con todas las cautelas y matices a las que obligan las líneas anteriores, pues, parece que de los resultados de los estudios enumerados podría concluirse que la capacidad rehabilitadora de la pena de TBC es algo superior a por lo menos las penas cortas de prisión. Consideramos que esta medida es la más significativa, más que la comparación del TBC con otras penas no privativas de libertad, porque la función que el TBC está llamado a desempeñar en el sistema de penas es la de constituir una alternativa a la prisión y no a otras penas no privativas de libertad.

Una forma más matizada de valorar los resultados preventivo especiales de la pena que los índices de reincidencia ha sido la de medir y valorar los cambios en las actitudes pro-delictivas de los sujetos y la percepción de sus propios problemas criminógenos. En este sentido, resulta especialmente revelador el estudio publicado por REX/GELSTHORPE (2002) de acuerdo con el cual el cumplimiento del TBC reducía significativamente estas actitudes y percepciones tanto según las valoraciones de los propios penados como las de los técnicos responsables de supervisar el cumplimiento. Tanto 3/4 de los primeros como 1/3 de los segundos consideraban que la pena de TBC había reducido sus posibilidades de reincidir, más que modificar el modo en que percibían las cosas o cómo se comportaban. El análisis de los resultados sugiere, en la línea apuntada por McIVOR (1992), que los aspectos de la pena vinculados a los resultados positivos de la misma se centran en la percepción del trabajo desempeñado como útil tanto para los beneficiarios del mismo como para los propios penados (REX/GELSTHORPE 2002:321).

Seguidamente pasaremos a revisar las aportaciones de estos y otros estudios en relación con cada una de las hipótesis formuladas sobre el potencial rehabilitador del TBC.

2.2.2.3. Hipótesis sobre la capacidad rehabilitadora del TBC y resultados de las investigaciones

La pena de TBC no es generalmente considerada una sanción *explícitamente* rehabilitadora (no *es* tratamiento), como puede serlo la suspensión de la pena con

imposición de reglas de conductas que conlleven el seguimiento de un programa educador o de tratamiento, en nuestro sistema de penas (arts. 80 y 83 CP) o la *probation* del ámbito anglosajón; sin embargo, ya desde sus orígenes se puso de manifiesto la posibilidad de que el contenido de la pena pudiera en algunos casos lograr ciertos cambios en las actitudes de los penados (HOME OFFICE 1970:para. 34; McIVOR 1992:150, 1998b:53; en contra de la utilidad rehabilitadora del TBC, WASIK/VON HIRSCH 1988:567). Como ha quedado plasmado en el capítulo anterior también en España se ha querido subrayar el potencial rehabilitador de la pena, en mayor medida en que lo fue en el ámbito británico por lo menos hasta mediados de la década de los 1990.

Si, como se ha afirmado, el contenido de la pena no es el tratamiento, cuyo objetivo es directa y explícitamente la rehabilitación del penado, ni se abordan, como en el supuesto de la *probation* los problemas criminógenos del penado (WEST 1976:73) es necesario explicitar en qué modo puede la pena de TBC rehabilitar, y cuáles son los elementos de la pena en los que se ha identificado capacidad rehabilitadora.

Para abordar la primera cuestión, el modo en que el potencial rehabilitador de la pena opera, resulta especialmente esclarecedor distinguir, siguiendo a YOUNG (1979:40-41) cómo lo hace una pena expresa y directamente rehabilitadora, como la *probation* o la suspensión con programas de tratamiento, y cómo la sanción objeto de estudio:

1.- Los programas de tratamiento y la *probation* se centran en la búsqueda de soluciones a los problemas del delincuente identificados como integrantes de la masa causal de su actividad delictiva. Por su parte, el TBC se centra en el empleo de los atributos positivos del delincuente: más que orientarse a la resolución de problemas, se centra en las habilidades del penado, de modo que más que en recipientes de ayuda personal y material, los penados se convierten en dispensadores de la misma. Sería un modo de operar más centrado en los aspectos constructivos y positivos del penado que en sus carencias y problemas (WEST 1976:73).

2.- A diferencia de la *probation order*, cuyos requisitos se satisfacen en el marco relativamente privado de las relaciones entre el penado y el técnico responsable de su supervisión (agente de *probation*), en el espacio físico del domicilio del penado o de

las oficinas de la administración, el trabajo que normalmente conlleva el TBC tiene lugar en el ámbito público, ante la comunidad en general y el resto de trabajadores de la entidad de interés público en que se desarrolle el trabajo o los beneficiarios del mismo¹⁷. Ello obliga al penado a comportarse responsablemente; es más, la pena trata en principio al penado como un sujeto responsable de su comportamiento ante la comunidad, que no necesita ser resguardado de ella.

3.- Mientras los objetivos de una *probation order* son a menudo vagos, difusos o generales, el contenido del TBC es fijo, limitado y dirigido a la satisfacción de un objetivo definido por la condena: el cumplimiento de un determinado número de horas de trabajo en un destino bajo cierta supervisión. Frente al tratamiento en sentido amplio, ello proporciona una medida clara del éxito del cumplimiento de las penas.

De este modo, mediante una pena de contenido claro y delimitado, que parte de la consideración del penado como sujeto responsable y capaz de aportar un trabajo positivo, se ofrece al penado la posibilidad de alcanzar, mediante el cumplimiento del contenido de la pena, una fuente alternativa y legítima de logro personal y status (WEST 1976:72-74).

La concepción de la pena de TBC como una ‘multa en tiempo’ ha sido claramente hegemónica en el contexto anglosajón durante décadas, considerándose los efectos rehabilitadores no un objetivo de la pena sino en su caso un ‘efecto colateral’ de la misma (NICHOLSON 1985:100). Sin embargo, especialmente a partir de mediados de los años 1990 y en buena medida como consecuencia del movimiento *what works* y de los proyectos *Pathfinder*, el interés en el potencial rehabilitador de la pena ha aumentado, lo que se ha venido a reflejar tanto en las investigaciones empíricas sobre la cuestión como en las decisiones políticas y de gestión de la pena, que en ocasiones han decidido potenciar los elementos identificados como rehabilitadores en la sanción.

¹⁷ El trabajo se desarrollará en algunos casos públicamente, como cuando consisten en tareas que comportan la reparación de mobiliario urbano, retirada de *grafitis*, arreglo de parques... todos ellos espacios públicos; en otros casos por su naturaleza la tarea se desarrollará más privadamente, pero siempre se producirá en un marco relacional y físico más amplio y a la vista de más sujetos que la *probation* o los programas de tratamiento.

Una vez descrito el *modo* en que puede operar la capacidad rehabilitadora del TBC, la siguiente cuestión consistirá en identificar los contenidos de la pena con potencial rehabilitador, las que se han venido a llamar hipótesis específicas sobre el potencial rehabilitador de la pena. Con este fin se ha partido de las propuestas por YOUNG (1979:39), redefiniendo su contenido de acuerdo con la literatura más reciente sobre la materia y añadiendo una sexta y una séptima hipótesis, que a continuación se examinarán:

1. La pena de TBC desarrolla en los sujetos hábitos necesarios en la vida laboral;
2. La pena de TBC desarrolla habilidades útiles que pueden mejorar las posteriores posibilidades de empleo del penado;
3. La pena de TBC desarrolla la capacidad para un uso constructivo del tiempo libre;
4. La pena de TBC promueve el desarrollo de la responsabilidad hacia el colectivo, hacia la sociedad [mediante el contacto con los beneficiarios];
5. La pena de TBC promueve actitudes y comportamientos pro-sociales [mediante el contacto con trabajadores voluntarios o supervisores];
6. En sentido negativo, cabría añadir asimismo el hecho de que a diferencia de la pena de prisión, la pena de TBC no implica la interrupción de la normalidad de las relaciones familiares y de la vida laboral y social del penado; y
7. También en sentido negativo, el TBC no resulta una pena tan individualizable como la *probation*.

1.- *La pena de TBC desarrolla en los sujetos hábitos necesarios en la vida laboral.* La imposición de un cierto número de horas de trabajo, en un horario y en un lugar determinados, a menudo en colaboración con otras personas, bajo la dirección de otro sujeto, con el fin de cumplir una tarea específica, son elementos del contenido del TBC que hasta cierto punto reproducen las circunstancias en que se desarrollan las relaciones laborales no penales. Esta característica de la pena representa un elemento educativo y un reto para aquellos penados sin experiencia laboral previa o que han tenido dificultades para desarrollar una vida laboral estable, posibilitando la adquisición y el ejercicio de autocontrol, el trabajo en equipo y la disciplina (WINFIELD 1977:126; MORRIS 1993:16). Si se tiene en cuenta que la mayoría de penados son jóvenes (por lo tanto necesariamente con poca experiencia laboral) o

están en situación de desempleo, esta característica del TBC puede ser de beneficio directo para un buen número de ellos.

Los estudios empíricos que conocemos y los esfuerzos en el diseño de protocolos de cumplimiento de la pena no se centran tanto en esta hipótesis general, sino más bien en la siguiente.

2. La pena de TBC desarrolla habilidades útiles que pueden mejorar las posteriores posibilidades de empleo del penado: más allá de los hábitos y aptitudes descritas en el apartado anterior, el trabajo desempeñado puede comportar el aprendizaje o la adquisición de experiencia en técnicas útiles en la vida laboral del penado (por ejemplo, jardinería, pintura, reparaciones, primeros auxilios).

Especialmente en la década de los 1970 y en menor medida posteriormente, las esperanzas más optimistas alrededor del TBC apuntaban a la posibilidad de que gracias al cumplimiento de la pena el penado identificara habilidades e inquietudes propias de las que no era consciente, relacionadas con la ayuda a los sectores sociales más necesitados y continuara la tarea desempeñada durante el cumplimiento de la pena como trabajador remunerado de la entidad para la que prestó sus servicios u otra análoga (YOUNG 1979:47¹⁸). Aunque abundan las anécdotas en este sentido, los individuos que han sido capaces de reorientar hasta ese punto su vida profesional han resultado en la práctica una minoría, aunque quizá más cuantiosa que las oportunidades de permanencia que se les brinda (WEST 1976:77; McIVOR 1992:98). Más frecuentes son los casos en que después del cumplimiento de la pena se continúa desempeñando la labor realizada como voluntario en la misma institución, aunque en la mayor parte de los supuestos durante poco tiempo; en los estudios de McIVOR (1992:98-99) la mitad de los sujetos entrevistados expresaron su deseo de continuar trabajando voluntariamente para las asociaciones en que desempeñaron su tarea como penados, intención que en algunos casos se llevó a cabo y en otros no, a veces por compromisos laborales, a veces por imposibilidad, a veces por falta de voluntad real o continuada.

¹⁸ Estas aspiraciones iniciales están relacionadas con el movimiento de las 'new careers', que comenzó en los EEUU dentro de los programas de lucha contra la pobreza en los años 1960s, en los que personas de grupos socialmente desaventajados eran empleadas para trabajar en sus propias comunidades y superar así la distancia entre los profesionales del trabajo social y sus clientes. Este movimiento tuvo cierta influencia en Gran Bretaña a principios de los 1970s, lo que llevó a la implantación de algunos programas de ámbito reducido, como el uso de un centro de menores en Bristol para la formación como trabajadores sociales de jóvenes delincuentes (YOUNG 1979:47).

Más allá de estas expectativas, de modo más realista se espera que durante el cumplimiento de la pena el penado adquiriera habilidades prácticas que aumenten su capacidad de ser empleado en el futuro.

Los estudios empíricos permiten una valoración positiva en este sentido: la mayoría de los penados consideran que han tenido la oportunidad de emplear técnicas y conocimientos que poseían con anterioridad o que la pena les había brindado la posibilidad de adquirirlos, y más de un tercio consideró que la pena había mejorado sus posibilidades de empleo (McIVOR 1992:84-85¹⁹). La adquisición de nuevos conocimientos y técnicas estaba relacionada con una valoración positiva de la experiencia del TBC (McIVOR 1992:87) y con el trabajo en grupo de penados, más que con los destinos individuales en asociaciones de interés general, especialmente cuando el trabajo a desempeñar en ellas era de tipo práctico (McIVOR 1992:90).

A menudo se ha sostenido que para conseguir un mayor potencial rehabilitador de la pena es conveniente que las tareas a desempeñar por el penado sean de tipo personal (por ejemplo, asistencia directa a personas necesitadas) más que tareas prácticas (por ejemplo, pintura, restauración de parques, jardinería), a menudo realizadas, en el ámbito anglosajón, en el contexto de partidas de trabajo formadas exclusivamente por penados, suponiéndose que el contacto con los beneficiarios que las primeras comportan potenciarían esos efectos. En el estudio de McIVOR ambos tipos de tareas eran percibidos como igualmente agradables, valiosas y que permitían en la misma proporción el uso de habilidades que el penado ya poseía y la adquisición de habilidades nuevas (McIVOR 1992:91).

Entre los tres factores que de acuerdo con las investigaciones de McIVOR contribuyen a convertir la pena de TBC en una ‘experiencia provechosa’ (valoración, recordemos, directamente relacionada con la disminución de la reincidencia), la autora identificó, además del contacto con los beneficiarios de la actividad y la percepción del trabajo como beneficioso para los recipientes del mismo, la

¹⁹ Un 74,6% de los penados de la muestra consideraban que habían tenido la oportunidad de emplear en la actividad en que consistió en TBC conocimientos y técnicas que poseían con anterioridad y un 68,7 % consideró que había adquirido nuevos conocimientos y técnicas, prácticos o interpersonales. Algunos de los que consideraban que no habían adquirido nuevos conocimientos era bien porque ya los tenían, bien porque el trabajo a desempeñar no los requería; algunos penados sostenían que aunque no habían adquirido nuevos conocimientos y técnicas, sí habían ‘desempolvado’ los que ya tenían los que tenían; un 37,7% pensaban que su experiencia de TBC había mejorado sus posibilidades de empleo, y relacionaban estas posibilidades con el hecho de que el trabajo desempeñado durante el cumplimiento de la pena les había permitido adquirir nuevos conocimientos y técnicas (McIVOR 1992:84-85).

adquisición de nuevas habilidades (o la posibilidad de ‘desempolvar’ y poner en práctica algunas ya existentes) (McIVOR 1992:92, 178).

Diversos estudios apuntan que buena parte de los penados carecen de la formación básica para el empleo y que existe una significativa relación estadística entre el desempleo y la reincidencia (eg. MAY 1999²⁰). Sobre la base de los mismos se han desarrollado, en el ámbito del movimiento *What Works*, y más concretamente de los *Pathfinder Projects* en Inglaterra y Gales, proyectos que fomentan la adquisición por parte de los penados de conocimientos y técnicas para el empleo²¹.

El objetivo de estas medidas es la mejora de las posibilidades de empleo de los penados mediante el aumento de su capacidad para ser empleado y de su motivación para la búsqueda de empleo, algo que se espera que consiga bien por medio de la estructura de la asistencia social institucional bien gracias a las redes informales con que pueda contar el penado, con la esperanza de que ello pueda reducir su comportamiento delictivo futuro (REX/GELSTHORPE 2002:317/318).

La evaluación que se ha llevado a cabo de los *Pathfinder projects* brinda la posibilidad de aislar esta hipótesis como variable y valorar si la formación procurada durante el cumplimiento de la pena del TBC mejora la vida laboral del penado y en última instancia reduce su comportamiento delictivo futuro. Los resultados publicados hasta la fecha apuntan al hecho de que más de un tercio de los penados consideró que sus conocimientos y técnicas para el empleo mejoraron mucho o bastante, casi la misma proporción expresó la firme o bastante firme posibilidad de continuar la formación para el empleo, y el 40% consideró que el cumplimiento de la pena lo ayudaría a encontrar un nuevo empleo (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:63). Parece que el modelo de cambio propuesto por estos proyectos encuentra cierto fundamento en los resultados, pero estas conclusiones son provisionales y tentativas, a la espera de la próxima publicación de los estudios de seguimiento para

²⁰ Sin embargo, y como apuntan REX/GELSTHORPE (2002:318) existe escasa evidencia de que proporcionar a los penados formación para el empleo conduce directamente a la adquisición de empleo y por ello a la disminución de la reincidencia, quizá porque las redes informales de los propios sujetos son más útiles para satisfacer sus necesidades laborales que los esfuerzos de la asistencia social institucionalizada.

²¹ A efectos prácticos esto significa que los penados a más de 60 horas de trabajos tendrán la posibilidad, si así lo desean, de obtener estas acreditaciones, estudiando para ello en parte en tiempo de trabajo y en parte en sus horas libres, computando el tiempo dedicado al estudio y la realización de ejercicios para la obtención de estas calificaciones hasta un 10% de la pena, “descontándose” de tiempo efectivo de trabajo a desempeñar, de modo que esta posibilidad no comporte un agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la pena y proporcionando a la vez un claro estímulo para llevarla a cabo (Baden Gooch, comunicación personal).

valorar los índices de reincidencia (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:74).

3. La pena de TBC desarrolla la capacidad para un uso constructivo del tiempo libre.

Una de las características de la pena de TBC es que debe cumplirse en tiempo de ocio del penado (de hecho, su contenido punitivo consiste en buena parte, como hemos visto, en la privación de tiempo de ocio del penado); este tiempo se dedica a tareas que deben redundar en beneficio de la comunidad, tareas que en otras circunstancias coinciden con las desempeñadas por voluntarios en su tiempo de ocio y que se consideran constructivas. Esta ocupación constructiva del tiempo de ocio por parte de aquellos que de otro modo podrían dedicarlo a actividades antisociales ha sido conceptualizada desde una perspectiva incapacitadora (ver apartado correspondiente de este capítulo) pero también desde una perspectiva preventivo especial positiva. Desde este punto de vista, existe la hipótesis que de que la ocupación constructiva del ocio reducirá la *motivación* para cometer delitos (YOUNG 1979:46-47; McIVOR 1992:179).

Esta hipótesis, vinculada con aquellas formulaciones criminológicas que relacionan la comisión de hechos delictivos, especialmente entre los jóvenes, con el aburrimiento y la falta de objetivos (YOUNG 1979:47), no ha sido objeto de ningún estudio empírico que haya llegado a nuestro conocimiento.

4. La pena de TBC promueve el desarrollo de la responsabilidad hacia la sociedad o sus colectivos más necesitados.

Esta hipótesis ha sido desarrollada en dos direcciones. En primer lugar, se sostiene que el TBC crea una situación en que el penado puede realizar una contribución positiva a las circunstancias de los beneficiarios del trabajo desempeñado, y de este modo experimentar una sensación de logro y desarrollar una mejor concepción de sí mismo y del propio valor como miembro de la sociedad, lo que llevándolo a actitudes más responsables y sociales hacia los demás, reduciría sus posibilidades de cometer delitos en el futuro (WINFIELD 1977:127; YOUNG 1979:39-40; McIVOR 1992:179; TOCH 2000:271). De acuerdo con esta perspectiva, para que la contribución del penado sea rehabilitadora debe trascender del beneficio reparador que pueda comportar: “El penado debe preguntarse sobre la continua relevancia del bien que está haciendo, más que centrarse en compensar sus ciertamente deplorables actos. La desistencia del delito presupone el rechazo a la

propia identidad anterior como delincuente pero también requiere que uno evolucione hacia una nueva identidad y un nuevo yo y un nuevo conjunto de metas” (TOCH 2000:276; sobre el camino hacia la desistencia del delito).

En segundo lugar, se considera que el contacto con los beneficiarios del trabajo desempeñado, generalmente personas más necesitadas que los propios penados (como ancianos, niños o adultos con discapacidades físicas o psíquicas) facilitará al sujeto la adquisición de una mayor comprensión de sí mismo y de otras personas, y con ella de una nueva perspectiva sobre sus problemas, su papel en la sociedad y las consecuencias de su conducta delictiva, promoviendo así su responsabilidad social (HOME OFFICE 1970:para. 33-35; YOUNG 1979:39; CARNIE 1990:30; McIVOR 1992:178-179²², 1998b:55).

Esto podría llevarnos a pensar que aquellos trabajos que implican la asistencia personal, frente a los que conllevan la realización de tareas prácticas, y por ello un mayor contacto directo con los beneficiarios de los mismos, son los que mejor permiten que el penado tome conciencia de las necesidades de los demás, de la contribución que su trabajo representa al alivio las mismas (percepción de su trabajo como útil) y de su posición en relación con todo ello.

Sin embargo, los resultados de las investigaciones apuntan a lo siguiente:

- Efectivamente, un gran contacto con los beneficiarios hace más probable que el penado considere la tarea asignada y el trabajo más agradable e interesante, y su experiencia de TBC más provechosa;
- Sin embargo, no existe ninguna relación entre la visión del trabajo como útil para los beneficiarios y un mayor o menor contacto con los beneficiarios durante el desempeño de los mismos;
- Aunque era más probable que los destinos que comportaban trabajo personal fueran considerados muy interesantes (54,1 frente al 32,2%), las tareas prácticas y las personales eran percibidas en la misma medida como agradables y provechosas (McIVOR 1992:90)

²² Esta conclusión sobre los efectos positivos del contacto con los beneficiarios en las actitudes de los penados viene reforzada por el hecho de que la reincidencia de los penados a TBC disminuya en particular en relación con delitos que resultan en daños o pérdidas para las víctimas, delitos que implican violentar la honradez de las personas (robos, estafas) y delitos violentos premeditados (McIVOR 1992:178-179), de manera que parece que se estará intentando evitar comportamientos especialmente lesivos para sus víctimas.

Así, los puestos de trabajo mejor valorados por los penados eran además de los que permitían el aprendizaje de nuevos conocimientos y técnicas, los que maximizaban los contactos con los beneficiarios y los que comportaban la realización de tareas fácilmente identificable como beneficiosas para los recipientes, aunque esta identificación no estuviera relacionada con un mayor contacto con los beneficiarios (McIVOR 1992:86-92). Cuando se produce una interacción *directa* entre los penados y los recipientes su trabajo, los primeros muestran una mayor dedicación, motivación e implicación personal y orgullo en el trabajo desempeñado, algo que se pierde en destinos en se instruye a los penados a realizar tareas sin un sentido aparente o en las que la ‘comunidad’ es una entidad vaga e impersonal (VASS 1984:113).

5. *La pena de TBC promueve actitudes y comportamientos pro-sociales*, gracias al contacto que se produce con otros trabajadores voluntarios, otros penados y el supervisor.

El Informe Wooton subrayó la importancia, en relación con el valor preventivo especial positivo de la pena, de ‘saludable influencia’ para los trabajadores penados de su asociación con otros voluntarios no penados que realizarían tareas similares; en este sentido, el Informe priorizaba el trabajo individual de penados en entidades de interés social, junto con otros voluntarios, por encima del trabajo desarrollado exclusivamente por grupos de penados bajo supervisión, que daría un ‘aire’ más punitivo a la ejecución de la pena (HOME OFFICE 1970:13). Esta asociación, se sostenía, facilitaría un cambio de valores tendente a la reforma del comportamiento del penado hacia el respeto al derecho.

Sin embargo, durante mucho tiempo este aspecto ha sido considerado relativamente menor, poco realista y de escasa relevancia (YOUNG 1979:46). Por otra parte, puesto que en Inglaterra y Gales la ejecución de la pena se ha desarrollado mayoritariamente en grupos de trabajadores esta esperanza ha sido reformulada, de modo que lo que en estos momentos se considera positivo y con potencial rehabilitador es el contacto y el trabajo junto a otras personas en general, no única ni principalmente voluntarios sino otros penados y en particular los supervisores del trabajo a desempeñar. El lenguaje de toda esta discusión, más que su fondo, ha sido transformado por el auge que ha cobrado en el ámbito anglosajón el *pro social*

*modelling*²³ (papel de modelo pro-social que pueden ejercer los agentes de *probation* o los supervisores de la ejecución de una pena).

Las expresiones y conductas pro-sociales que se ha considerado importante reforzar y promover en los sujetos bajo supervisión son el mantenimiento de las citas (es decir, la no suspensión de los encuentros con los agentes de *probation*), la puntualidad, el desempeño de trabajos comunitarios y el cumplimiento de otras condiciones impuestas, como las relacionadas con los programas de tratamiento de toxicomanías, el empeño en la solución de los problemas criminógenos identificados, la discusión abierta de los conflictos, el reconocimiento del daño causado por el comportamiento delictivo, la aceptación de la responsabilidad por las propias acciones, la comprensión de otros puntos de vista, el respeto por los sentimientos de los demás, la valoración de las relaciones personales y familiares, la búsqueda de empleo y el control de la bebida y de la agresividad.

En resumen, el rol de modelo pro-social de los supervisores “implica alentar activamente a las personas a comportarse de un modo positivo y conforme a derecho dando indicaciones claras para lograr una conducta pro-social, y reconociendo y premiando el esfuerzo y el logro. El supervisor actúa como un modelo positivo – reforzado por la escucha efectiva y estrategias de resolución de problemas para tratar con comportamientos que puedan impedir un desarrollo pro-social” (TROTTER 1993:22; en el mismo sentido, GELSTHORPE 1998).

TROTTER (1993) estudió si los agentes responsables de la supervisión de penas comunitarias formados en el uso de técnicas pro-sociales las llevaban de hecho a la práctica y si los penados a *probation* bajo su supervisión reincidían en la misma medida que penados de otros grupos de control, bajo la supervisión de agentes no formados en estas técnicas. Se puso en evidencia que los agentes ponían en práctica las técnicas aprendidas en sus tareas de supervisión, y que los penados del grupo experimental eran menos proclives al incumplimiento de la pena y tenían un menor índice de encarcelamiento posterior que los penados en grupos de control. Se puso pues de manifiesto una relación estadística significativa entre la actuación de los

²³ El concepto de rol como modelo pro-social fue desarrollado en sus orígenes en el contexto de la *probation* especialmente en Australia por TROTTER, que lo definió como “la práctica que consiste en ofrecer elogios y premios por... expresiones y acciones pro-sociales... El agente de *probation* se convierte en un modelo positivo que actúa para reforzar el comportamiento pro-social y no criminal” (TROTTER 1993:4). En su sentido más amplio significa que “...la existencia de modelos y de refuerzos anti-delictivos, la resolución de problemas y la calidad de las relaciones interpersonales son características importantes de la práctica correccional efectiva” (TROTTER 1993:5).

supervisores como modelos pro-sociales y los índices de reincidencia, relación que se sostuvo durante un período de seguimiento de cuatro años (BOTTOMS/REX 1998:19).

A partir de estos resultados se ha cuestionado *por qué* la supervisión por parte de técnicos pro-sociales hace que los penados sean más proclives a aceptar esos supervisores como modelo de comportamiento, a aceptar y cumplir los diversos requisitos de una pena y a ser influidos más positivamente hasta el punto en que ello afecte los niveles de reincidencia (REX 2002b:719). Parece que la respuesta está relacionada con el hecho de que el ejercicio legítimo de la autoridad tiende a generar una conducta conforme a derecho (TYLER 1990; BOTTOMS 2001).

En relación con el TBC, las dos fuentes más evidentes de modelos anti-delictivos son los beneficiarios de los trabajos prestados y los supervisores (McIVOR 1998b:58), y su influencia puede operar de los siguientes modos:

- a. Cuando la pena se cumpla en grupos formados exclusivamente por penados éstos pueden llegar a desarrollar un concepto ‘microcósmico’ de la comunidad, centrado en el equipo de trabajo y cierto sentido de la responsabilidad hacia los demás miembros del mismo (YOUNG 1979:45). Sin embargo, también en este contexto será más fácil que los penados se refuercen mutuamente valores y actitudes pro-criminales, por lo que supervisores adecuadamente formados pueden contrarestarlas (McIVOR 1998b:58).
- b. En segundo lugar, se considera fundamental el trabajo con un supervisor adecuado que, como figura de autoridad, puede enseñar al penado a adoptar una actitud más realista hacia sus obligaciones sociales y laborales. En particular, se percibe como modo de superar actitudes sistemáticamente contrarias a la autoridad y de promover la aceptación de las normas sociales (YOUNG 1979:45). Se espera asimismo que el supervisor juegue un papel esencial en la configuración de la reacción general del penado a la experiencia del trabajo. En concreto, puede ser capaz de ayudar al penado a interpretar el valor del trabajo para sus destinatarios – quizá explicando el sentido, contexto y destinatarios del mismo cuando no son evidentes (YOUNG 1979:45-46).

Sin participar todavía del lenguaje del PSM, el *tipo de supervisión* ejercida sobre el penado ha sido identificado como el factor más influyente en el logro del cumplimiento satisfactorio de la pena en el concreto análisis del desarrollo de las sesiones de trabajo (VASS 1984:114); en este sentido se han identificado como

positivos el ejercicio de la autoridad despojado de autoritarismo y la capacidad de compartir el trabajo con los penados, además de dirigirlo (VASS 1984:114).

c. En tercer lugar, los beneficiarios del trabajo desarrollado por los penados pueden desempeñar una importante función como modelos pro-sociales, aunque sea de modo informal, mostrando a los penados unos valores, puntos de vista, actitudes y modos de vida distintos a los suyos (McIVOR 1998b:58).

En 1998 la importancia de la utilización de modelos pro-sociales aumentó exponencialmente al ser definido en un manual destinado a los agentes de *probation* y supervisores de TBC como práctica obligatoria en la ejecución de programas²⁴ (REX 2002b:718). Por otra parte, en los Proyectos *Pathfinder* se desarrollan formas de supervisión de penados que incorporan expresamente los principios de la actuación pro-social. Estos programas buscan explotar lo que se percibe como un medio 'natural' para promover el desarrollo de comportamientos socialmente responsables: por una parte, el desarrollo de tareas prácticas da la oportunidad a los penados de desarrollar comportamientos pro-sociales mediante la finalización de las tareas asignadas, el trabajo en equipo y la posibilidad de aprender los unos de los otros; por otra parte, se reconoce el potencial de los supervisores del *community service* para actuar como modelos de comportamiento positivos (REX/GELSTHORPE 2002:316-317).

Más allá de los estudios empíricos originales (TROTTER 1993) y de la reinterpretación de los resultados de sus investigaciones elaborada por McIVOR a la luz de estos nuevos desarrollos conceptuales (McIVOR 1992, 1998b), los únicos datos empíricos sobre el impacto de la actuación pro-social de los supervisores en la rehabilitación de penados se recogen en la evaluación encargada por el *Home Office* de los Proyectos *Pathfinder*.

Los resultados de estas investigaciones apuntan (tentativamente a la espera de la publicación de los estudios sobre reincidencia) a que aquellos programas que se centraron en la adquisición por parte de los penados de técnicas útiles para el empleo tuvieron mejores resultados que los que priorizaron el PSM, aunque los costes del PSM fueron menores; parece ser que lo más efectivo es una combinación de ambos objetivos (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:4).

²⁴ Se trata de *Evidence-Based Practice: A Guide to Effective Practice*, HMIP, Londres: 1998.

6. *En sentido negativo, cabría añadir asimismo el hecho de que a diferencia de la pena de prisión, el cumplimiento de la pena de TBC no implica la interrupción de la normalidad de las relaciones familiares y de la vida laboral y social del penado. Es decir, no desocializa, ni comporta el ingreso en una institución total, con las consecuencias negativas y desestructuradoras que se han descrito en este sentido.*

KILLIAS/AEBI/RIBEAUD (2000) evaluaron los efectos comparativos de la prisión *de corta duración* frente a sus alternativas mediante la asignación aleatoria de penados a prisión o a TBC. Como los propios autores ponen de manifiesto, la falta de evaluaciones empíricas es sorprendente especialmente porque las alternativas a la prisión se han desarrollado casi siempre basándose en la asunción que la prisión de corta duración es perjudicial para el penado y debe evitarse en lo posible²⁵ (KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:40).

Los estudios comparativos sobre la reincidencia de los penados a distintas sanciones son susceptibles de ser criticados por el hecho de que los grupos de muestra y control pueden diferir en algún aspecto significativo pero no controlado en el estudio, que sea el que determine el distinto índice de reincidencia de unos y otros (KILLIAS 1991:493-5; KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:41). Ello puede llevar a cuestionar, en opinión de KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000, una de las tradicionales justificaciones de las alternativas a la prisión en Europa, a saber, que las penas cortas de prisión son perjudiciales. Sin embargo, y como los propios autores ponen de manifiesto, las penas de prisión a las que era condenado el grupo de control en su estudio eran de *hasta catorce días*, un periodo quizá excesivamente breve como para que la estancia en prisión afecte negativamente las circunstancias familiares, personales y laborales del penado de un modo significativo. Por otra parte, deberá tenerse en cuenta asimismo las condiciones de cumplimiento de la pena en las prisiones suizas, que pueden no resultar comparables a las de otros países europeos con mayores problemas de masificación.

²⁵ Esta opinión se popularizó en Europa a partir del siglo XIX, mediante los escritos de Von Listz, Van Hamel, Prins, Bonneville de Marsangy y otros, y se basa en la idea de que el encarcelamiento de penados durante semanas o meses sería demasiado breve para lograr cambios en sus actitudes y habilidades sociales pero suficientemente largo para interferir en su vida familiar y profesional y para sufrir la influencia negativa de delincuentes con carreras criminales de mayor entidad (KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:40-41).

7.- También en sentido negativo, el TBC no resulta una pena tan individualizable como la probation. Debe así ponerse de manifiesto la menor calidad individualizable del TBC respecto de otras sanciones, como la *probation* o la suspensión con reglas de conducta, que permiten determinar los problemas del penado relacionados con su actividad delictiva y configurar un programa de cumplimiento especialmente dirigido a abordarlos. Ello no podría lograrse mediante el cumplimiento de las horas de trabajo que el TBC implica, pero podría hacerse mediante el añadido de reglas de conducta de tipo rehabilitador.

2.2.2.4. Consecuencias para la regulación y para la ejecución de la pena

Del desarrollo de las hipótesis sobre la capacidad del TBC para cumplir los fines de rehabilitación, y de su revisión a la luz de los resultados de las investigaciones empíricas llevadas a cabo pueden extraerse diversas consecuencias. Así, el sostenimiento de la rehabilitación como fundamento de la pena de TBC tendría las siguientes consecuencias para su regulación y ejecución:

1. Como corolario de las conclusiones de McIVOR (1992), los programas de TBC que busquen rehabilitar deberán potenciar aquellas condiciones que hacen del cumplimiento de la pena una experiencia positiva y enriquecedora: deberá elaborarse una red de puestos de trabajo que maximicen el contacto entre los penados y los beneficiarios de su trabajo, siempre teniendo en consideración el problema del riesgo (McIVOR 1992:179; 1998b:58); ello debe llevar a la exclusión de destinos que impliquen una experiencia de aislamiento o incluso de alineación de los penados, algo que es especialmente posible cuando se trata de destinos individuales en entidades de interés social y a la vez la tarea asignada no es de tipo personal, por ejemplo, trabajos de cocina o limpieza en esas entidades (McIVOR 1998b:58-59).

Por otra parte, los supervisores deberán ser especialmente cuidadosos al tratar de evitar situaciones de distancia entre los penados y los beneficiarios de su trabajo (VASS 1984:90); esta distancia puede verse potenciada en la práctica por la actitud de supervisores que instruyen a los penados a no sobrepasar ciertas barreras en su relación con el resto de ciudadanos (VASS 1984:90-91). Estas consideraciones están hechas con base en un estudio de observación participante en grupos de trabajo formados por penados y dirigidos por un supervisor, no en destinos individuales en entidades de interés social; sin embargo, el autor considera extensibles a estos últimos

supuestos sus consideraciones (VASS 1984:91). Hay que tener en cuenta que en el ámbito anglosajón en que se desarrolló este estudio el penado siempre trabaja *como penado* a los ojos de los demás; en otros lugares, como Finlandia o Cataluña, sin embargo, los penados se integrarán como uno más en sus destinos, de modo que en la entidad en que desarrolle su trabajo únicamente su responsable sabrá de su condición de penado. Hay que concluir, pues, que por lo menos en relación con destinos en entidades públicas o privadas de interés social será conveniente desde una perspectiva preventivo especial facilitar la integración sin barreras del penado junto a los demás trabajadores, y en relación con los beneficiarios del trabajo, y ello es especialmente fácil manteniendo reservada la condición de penado del sujeto.

2. Una consecuencia práctica de las conclusiones del estudio de KILLIAS/AEBI/RIBEAUD (2000), en relación con PATERNOSTER/BROME/BACHMAN/SHERMAN (1997), según las cuales la mayor capacidad del TBC de reducir la reincidencia puede estar relacionada con el hecho que esta sanción contribuya a que el penado perciba su condena y la propia pena como resultado de su comportamiento y no de factores ajenos, es que los jueces y otros partícipes en el proceso de aplicación y ejecución del TBC deben esforzarse en explicar a los reos los motivos de sus decisiones y en potenciar su sentimiento de haber sido tratados con justicia (KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:53).

3. En congruencia con los resultados del estudio de McIVOR (1992:179), de los estudios que relacionan reincidencia y falta de empleo (MAY 1999) y de las evaluaciones de los proyectos *Pathfinder* (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:4) los programas que busquen la rehabilitación del penado deberán prestar atención a la formación para el empleo. Esto puede hacerse de dos modos distintos y complementarios:

Por un lado, asegurando una red de destinos que permitan al penado aprender o poner en práctica habilidades técnicas, que conlleven la realización de trabajo de algún modo cualificado (McIVOR 1992:179). Ello podría poner en cuestión, por ejemplo, buena parte de las tareas de mantenimiento y limpieza que desempeñan alrededor del 80% de los penado en el ámbito catalán.

Por otro lado, mediante la puesta a disposición de los penados de programas formativos (por ejemplo en habilidades sociales o en habilidades básicas de

ocupación) de valor en el mercado laboral que aumenten sus posibilidades futuras de empleo. La participación en estos programas por parte de los penados sería voluntaria, y en ningún caso debería suponer un aumento en la carga punitiva de la condena (por ejemplo, computando como tiempo de cumplimiento de la pena el tiempo dedicado a la formación, como sucede en Cambridgeshire, donde a los penados se les puede llegar a ‘descontar’ un 10% de las horas de trabajo si en su tiempo libre realiza los ejercicios conducentes a la obtención de las acreditaciones).

4. En relación también con las conclusiones de McIVOR (1992:179), debería promoverse que las tareas a desempeñar por los penados sean fácilmente identificables por los mismos como beneficiosas para los necesitados. Esto tiene diversas implicaciones y limitaciones: la definición de necesidad sostenida por la administración no necesariamente coincidirá con la de los penados; habrá que tener en cuenta que existen bastantes casos en que una situación de necesidad resulta obvia y universalmente reconocible (por ejemplo, las personas desvalidas como niños con deficiencias o ancianos abandonados). Debe potenciarse la percepción por parte del penado de la necesidad del trabajo desempeñado para su beneficiario, mediante explicaciones directas y permitiendo al penado la expresión de su definición de la situación sobre la que va a actuar.

Por otra parte y en un plano más pragmático, existen mayores posibilidades de percibir la utilidad de una tarea cuando esa tarea *se completa*. Convendría así planificar el trabajo de modo que el penado pudiera empezar y terminar una tarea en particular: esto abundaría, además de en la percepción de utilidad para el destinatario, en la sensación de logro que se ha apuntado como importante.

5. Los estudios empíricos muestran que los delincuentes que experimentaban problemas personales o sociales durante el cumplimiento de sus penas de TBC son más propensos a ausentarse del trabajo y tienen un índice de reincidencia superior; esta evidencia es coherente con los resultados de investigaciones más generales que apuntan a que si los problemas del penado relacionados directa o indirectamente con su actividad delictiva no se resuelven el índice de reincidencia es superior (McIVOR 1992:179-180). Esto pone de relieve la importancia de que los penados tengan acceso a los servicios de asistencia correspondientes para la resolución de este tipo de problemas. Como se pone de manifiesto en el capítulo dedicado a la regulación y la

ejecución de esta pena, esto se lleva a cabo en Cataluña, pues los técnicos que supervisan el cumplimiento de la pena facilitan la conexión entre los penados que lo necesiten y las agencias de asistencia social competentes en cada caso.

Por otra parte, quizá ello también pone de manifiesto que el TBC no necesariamente es la pena más adecuada desde este punto de vista para penados con importantes carencias o necesidades rehabilitadoras (toxicomanías, situaciones de desestructuración).

Finalmente, y teniendo en cuenta la posibilidad que existe en nuestro ordenamiento de imponer reglas de conducta (art. 83 CP) junto con el TBC cuando ejerce funciones sustitutivas de la prisión, los servicios sociales penitenciarios deberán tener en cuenta las necesidades preventivo especiales del penado a la hora de elaborar el plan de cumplimiento de la pena, lo que a veces supondrá anteponer el cumplimiento de las reglas de conducta (especialmente programas formativos o terapéuticos) a las jornadas de TBC impuestas.

6. A pesar de que los resultados iniciales de la evaluación de los Proyectos *Pathfinder* apuntan que la formación en el empleo arroja mejores resultados en relación con la reducción de la reincidencia que el PSM (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:4), la formación en valores pro-sociales de los técnicos y supervisores no deja de tener cierta influencia. Con anterioridad al auge del PSM ya se apuntó la importancia de una correcta supervisión para el cumplimiento satisfactorio de la pena (YOUNG 1979; VASS 1984).

6'. Teniendo en cuenta su rol como modelos, cabe poner de manifiesto la necesidad por parte de aquellos responsables de la supervisión de la pena de una 'práctica reflexiva' (GELSTHORPE 1998:48) que tenga en cuenta el vagaje de valores culturales que aporta el técnico a su relación con el penado y cómo esos mensajes pueden ser recibidos por éste de modo que le parezcan legítimos y con sentido; el técnico debe saber identificar y respetar en sus actuaciones las diferencias culturales, étnicas, religiosas o de género que puedan haber, respetando la individualidad del penado y evitando prácticas homogeneizadoras (GELSTHORPE 1998:48-49).

6''. Cabe tener en cuenta que en los destinos individuales en entidades de interés social, las tareas de supervisión las desarrollará de hecho una persona designada como responsable en la asociación de que se trate. Esta persona no tendrá necesariamente formación en PSM, con lo que pueden perderse oportunidades en este sentido. En

estos casos, los técnicos de la administración no deben limitarse a ejercer su supervisión de forma mediata (FEELEY/BERK/CAMPBELL 1993:171, 173-175) sino que deben asesorar y apoyar al sujeto responsable de la entidad en su tarea²⁶.

6'''. Cuando la pena se ejecute en grupos de penados, deberá prestarse atención a la composición de los mismos, procurando que los sujetos que los conformen puedan aportarse entre sí cosas y se equilibren formando una buena dinámica, en vez de que se potencien entre sí las tendencias pro-criminales o anti-sociales (Mike LOGAN, comunicación personal). Por otra parte, para que las dinámicas de grupo den frutos debe haber cierta estabilidad en su composición, así como coordinación de horarios y tareas.

7. El trabajo en grupos formados exclusivamente por penados no se puede excluir sobre la base de argumentos preventivo especiales, como muestran las investigaciones empíricas llevadas a cabo en el ámbito anglosajón, especialmente británico, en que la mayoría de penados desempeñan su trabajo en grupo y no en destinos individuales. En nuestro ámbito no se ha planteado esta posibilidad, excluida en diversos lugares con el argumento de que conlleva inevitablemente la visibilidad de los penados y con ello atenta a su dignidad (Tapio LAPPI-SEPPÄLÄ, comunicación personal).

8. En líneas anteriores se ha subrayado la importancia de que los penados perciban la utilidad de su trabajo y su contribución a mejorar la vida de los más necesitados; además si se busca que la pena promueva cierto sentido de la responsabilidad social permitiendo a los penados participar en la satisfacción de las necesidades de la comunidad, éstos deben compartir esa percepción del trabajo (YOUNG 1979:43). Desde una perspectiva preventivo especial debería, pues, asegurarse que la percepción del penado acerca del trabajo y su utilidad es acorde con la de la administración, y que encuentra sentido a su trabajo en relación con su propia comunidad (YOUNG 1979:42); se trata de un factor a tener en cuenta por parte de los servicios sociales penitenciarios tanto al construir una red amplia de puestos de trabajo como al asignar uno de ellos a un penado en particular.

²⁶ En este sentido, el Convenio entre el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, la Federación de Municipios de Catalunya y la Asociación catalana de Municipios y Comarcas de 26 de octubre de 2005 prevé entre sus pactos el asesoramiento y apoyo técnico constante de los técnicos de la administración, incluso su presencia física, en las entidades locales que provean plazas de trabajo para penados.

9. Hemos apuntado que el TBC no es una pena individualizable al extremo de la *probation*. Los modos más obvios de conseguir una mayor individualización de la pena pasarían por seleccionar el tipo de trabajo para que se adapte a las necesidades preventivo especiales del penado, y en segundo lugar, por añadir al cumplimiento del TBC la obligación de seguir reglas de conducta, algunas de las cuales tienen finalidades preventivo especiales, como la obligación de seguir cursos formativos o programas terapéuticos; ambas posibilidades se recogen en nuestro ordenamiento.

10. Una de las ventajas que se apuntan a las penas alternativas en relación con la prisión es que con ellas no se aparta completamente al penado de su vida familiar, social y laboral. Cuando la dificultad de cumplimiento de la pena se ve acentuada por su larga duración o por el añadido de reglas de conducta que redunden en un aumento de su carga punitiva pueden ocasionarse una serie de problemas en relación esa vida familiar, social y laboral. De esta situación pueden extraerse dos tipos de conclusiones. Un primer grupo apuntaría a la especial sensibilidad que deben tener los supervisores en asistir a los penados en la resolución de este tipo de problemas, lo que podría incluir una valoración amplia de la justificación en supuestos de ausencia del puesto de trabajo, facilitar un horario no disruptivo en el plan de cumplimiento de la pena (algo que en los casos de individuos con hijos resultará particularmente difícil) o una aplicación flexible del régimen disciplinario.

Un segundo tipo de conclusiones apuntaría a la necesidad de limitar la cantidad y el tipo de requisitos extraordinarios que se añaden a la pena, para que la carga punitiva adicional que supone su cumplimiento no resulte más disruptiva de lo necesario de la vida familiar, social y laboral del penado.

11. Por las exigencias que su cumplimiento impone, esta pena no funcionará para personas con especiales necesidades rehabilitadoras (como toxicomanías, alcoholismo, tendencia a la violencia o agresividad o necesidades de educación no sexista o no racista). Aunque tiene cierta capacidad para resultar rehabilitadora, no es en sí misma tratamiento ni aborda directamente los problemas criminógenos del penado. No es una pena, en este sentido, universalmente aplicable, y en particular no lo será para sujetos con especiales necesidades preventivo especiales. Ello permite reflexiones sobre su adecuación a los tipos penales que la prevén como pena directa.

2.2.3. INCAPACITACIÓN

2.2.3.1. Resumen

La incapacitación o inocuización como justificación del castigo se centra en la posibilidad de que el mismo restringe al delincuente, imposibilitándole, durante un periodo de tiempo al menos, para la comisión de más delitos. El fin del castigo sería entonces la incapacitación física de los delincuentes, bien convirtiéndolos en inofensivos físicamente bien retirándolos de la circulación (HUDSON 2003:31). Mediante un castigo incapacitador se interponen obstáculos que impidan la comisión de delitos futuros; normalmente esos obstáculos son los muros de las prisiones, pero existen otras técnicas inocuizadoras, como el arresto domiciliario o el destierro (VON HIRSCH 1998:88), o la pena de muerte, que convierte en absolutamente imposible la comisión de futuros delitos por parte del penado.

La prevención especial parte de la posibilidad humana de cambio, y la prevención general, de la racionalidad humana, la capacidad de cálculo de costes y beneficios. Sin embargo, la incapacitación opera mediante la restricción física del penado, no mediante su estado subjetivo: no afecta a la motivación para sino a la oportunidad de delinquir (WILSON 1998 (1983):113-114; ZIMRING/HAWKINS 1997:42).

2.2.3.2. Hipótesis sobre la capacidad incapacitadora de la pena y resultados de las investigaciones

Se ha sostenido que una debilidad en las penas no privativas de libertad es su inhabilidad para cumplir fines de incapacitación de los penados: el penado se encuentra en la sociedad, y nada impedirá 'físicamente' que cometa subsiguientes delitos durante el tiempo de cumplimiento de la pena. Este discurso pone de relieve las cuestiones de riesgo y peligrosidad que para la seguridad de la comunidad supone condenar a delincuentes en libertad, algo sin duda a tener en cuenta a la hora de diseñar un sistema punitivo satisfactorio.

Por su propia definición la pena de TBC no ofrece incapacitación física, pues se trata de una pena que se cumple en situación de libertad. Sin embargo pueden ofrecerse diversas hipótesis sobre la capacidad incapacitadora en sentido amplio de la pena objeto de estudio:

1. La ocupación del tiempo de ocio reduce la oportunidad para la comisión de delitos;
2. Posibilidad de imposición de control electrónico; e
3. Hipótesis negativa: exclusión de la aplicación de la pena a sujetos que supongan un alto riesgo para la comunidad.

1.- Es una característica de la pena que las horas de trabajo impuestas se cumplan en tiempo de ocio no ocupado por obligaciones laborales o sociales del penado. Esta característica ofrece en ciertos casos un potencial incapacitador, en el sentido de que la *ocupación* del tiempo de ocio puede reducir la *oportunidad* de cometer infracciones (YOUNG 1979:46). Ello puede tener lugar en la generalidad de los casos, pero es particularmente relevante en supuestos en que la actividad delictiva del sujeto esté especialmente relacionada con una situación determinada, pues el TBC evita que entre en contacto con ésta²⁷.

2.- En determinados ordenamientos es posible la imposición de la pena de TBC y *además* durante el tiempo de cumplimiento de la misma, sujetar al penado a control electrónico²⁸. La introducción de esta posibilidad en el ordenamiento británico ejemplifica la tendencia hacia el aumento de la importancia de la incapacitación en las penas alternativas y supone un agravamiento de la carga punitiva de las mismas; aunque no constituye propiamente parte del contenido de la pena, sino entre otras cosas una posibilidad de reforzar su cumplimiento, la cuestión se abordará brevemente en las conclusiones de este trabajo en clave de tendencia de futuro.

Las investigaciones empíricas demuestran que una vigilancia más detenida de los penados en libertad, por ejemplo mediante control electrónico, tiene como consecuencia el aumento del índice de incumplimiento de las penas en modos no relacionados con la reducción de la delincuencia; los datos empíricos, pues, no apoyan una vigilancia más estrecha para lograr los fines de prevención del delito y aumento del comportamiento conforme a derecho (CLEAR/BRAGA 1998:215).

²⁷ Esta posibilidad debe ponerse en relación con las teorías criminológicas de las actividades rutinarias y sus propuestas de política criminal (FELSON/CLARKE 1998:9-11; ver asimismo CID/LARRAURI 2001:48-52).

²⁸ Así, el *Criminal Justice Act* 2003 permite entre otras cosas la imposición de una pena comunitaria (*community order*) que conlleve la obligación de realizar trabajo no remunerado (*unpaid work requirement*) y de sujetarse a control electrónico.

Cabría concluir, pues, que desde el punto de vista de la incapacitación del penado como forma de prevenir la comisión de más delitos, el uso del control electrónico en penados a TBC no ha tenido resultados positivos.

3.- Hipótesis negativa referida a la exclusión de la aplicación de la pena a ciertos supuestos en que la incapacitación puede resultar necesaria. Debido al propio contenido de la pena, los penados a menudo (siempre en el caso español) trabajaran cerca de los beneficiarios de su trabajo o de otros trabajadores voluntarios o pertenecientes a la entidad en que se desarrolle la actividad, lo que en principio impide la aplicación de la pena a sujetos con un historial violento o los que de otro modo supongan un riesgo grave para la comunidad (MAHER/DUFOUR 1987:24).

Pero más allá de aquellos casos en que el riesgo es evidente, cabe poner de manifiesto que los estudios realizados sobre la población a la que se aplican penas alternativas demuestran que son responsables únicamente de una proporción muy reducida de la criminalidad, de modo que las implicaciones para la seguridad de las comunidades en que residen son únicamente marginales (CLEAR/BRAGA 1998:217).

2.2.3.3. Consecuencias para la regulación y la ejecución de la pena

1.- En relación con la hipótesis primera, en los casos en que la infracción cometida esté claramente relacionada con determinadas situaciones, sería conveniente posibilitar que los jueces determinasen que la pena debería cumplirse en un horario y/o lugar que permitiese evitar esas situaciones de riesgo. Esto es lo que sucede en ciertas jurisdicciones inglesas en que existe un acuerdo informal entre el *Probation Service* y los jueces locales según el cual si se considera conveniente la imposición de una pena de TBC a sujetos cuya actividad delictiva está relacionada con los disturbios provocados por *hooligans* seguidores de equipos de fútbol, la pena será impuesta por el tribunal con el entendimiento de que el trabajo deberá realizarse en un horario que coincida con el de la celebración de los partidos, y en un lugar distinto del de celebración de los mismos, de modo que se impida así *físicamente* la participación del sujeto en esas actividades (YOUNG 1979:46).

Esta posibilidad también podría resultar interesante en relación con infracciones relacionadas con el consumo de alcohol, especialmente cuando se trata de una actividad social rutinaria, lo que facilitaría la determinación de los horarios o

momentos de riesgo. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas está penada, además de la privación del permiso de conducir, con prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y, en su caso, TBC de 31 a 90 días (art. 379 CP); la imposición de horarios de trabajo que coincidan con los horarios en que el sujeto tiende a beber (fines de semana) impediría el consumo de alcohol y una posterior conducción bajo su influencia. Ello también puede ser relevante en aquellos supuestos que en nuestro ordenamiento se prevé la imposición de TBC para infracciones relacionadas con la violencia de género.

2.- La imposición durante el cumplimiento de la pena de medidas de control y vigilancia estrictas, como el control electrónico, no parece recomendable por lo menos a la vista de los resultados de las investigaciones que apuntan a que no aporta beneficios en términos de la reducción de la delincuencia o de un mayor índice de cumplimiento de la pena.

3.- El empleo de la sanción de TBC para sujetos inicialmente penados a prisión que no supongan un alto riesgo para la comunidad no comportaría un aumento de la delincuencia: el empleo de penas alternativas en estos casos no supondría una disminución de la seguridad (CLEAR/BRAGA 1998:217). La cuestión estribaría, pues, en establecer un mecanismo que permitiese descartar como potenciales penados a TBC sujetos con alto riesgo, mecanismo que podría articularse mediante la exigencia o la posibilidad de los jueces de solicitar un informe técnico que valorase la adecuación del sujeto para el cumplimiento del TBC con anterioridad a la imposición de la pena. Esta posibilidad es práctica corriente en buena parte de los ordenamientos de nuestro entorno, y ha sido introducida como posibilidad en el nuestro por el artículo 28 RD 515/2005.

2.3. TEORÍAS DE LA JUSTICIA/RETRIBUTIVAS

2.3.1. Resumen

De acuerdo con el retribucionismo la pena se justifica no como medio para minimizar males sociales futuros sino como respuesta a un mal pasado; la justificación retribucionista de la pena exige en primer lugar “que el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena retribuye” y en segundo lugar “que el mal

implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (...) y al grado de responsabilidad del agente” (NINO 2001:429)²⁹.

Cabe añadir una tercera exigencia del retribucionismo, según la cual el castigo debe respetar en todo caso la dignidad de los penados³⁰ (VON HIRSCH 1990:167).

2.3.2. Hipótesis sobre la capacidad retributiva del TBC y resultado de las investigaciones

En un sistema de penas cuyo fundamento sea la retribución, la capacidad de una sanción determinada para constituir un ‘castigo’, un mal proporcional a la infracción cometida por razón de la cual se impone, será determinante para poder defender su existencia.

En este sentido, partimos de las siguientes hipótesis iniciales en relación con el TBC, que llevan a la conclusión provisional de que sería una pena capaz de satisfacer los fines a ella asignados en un sistema fundamentado en la retribución:

1. El TBC tiene en sí mismo suficiente carga punitiva como para ser considerado castigo; en particular, para ser considerado pena alternativa/sustitutiva de la prisión;
2. El TBC puede por su naturaleza modularse para adaptarse proporcionalmente a la gravedad de la infracción por razón de la cual se impone; y
3. Como consecuencia del necesario respeto a la dignidad del penado deben excluirse en la configuración y ejecución del TBC todos aquellos elementos que puedan vulnerarla.

Desarrollaremos seguidamente el contenido de cada una de ellas, y examinaremos las aportaciones que las investigaciones empíricas realizadas en la materia, para comprobar si estas hipótesis son sostenibles.

1.- El TBC tiene en sí mismo suficiente carga punitiva como para ser considerado castigo. En primer lugar, intentaremos definir la carga y el contenido punitivo de la pena para lograr una idea aproximada de su (relativa) severidad. En segundo lugar,

²⁹ Para una sistematización de las distintas variantes de retribucionismo, ver FALCÓN/FALCÓN (2005:152-157); para sus principales construcciones doctrinales, FALCÓN/FALCÓN (2005:165-177).

³⁰ Las penas deben ser de tales características que puedan ser sobrellevadas con dignidad por los penados; los individuos pueden soportar con dignidad la privación de distintos bienes y derechos, pero esta privación no debe verse acompañada de rituales de degradación: existe un concepto tal de contenido penal aceptable, elaborado en el marco de las doctrinas retribucionistas de la pena (VON HIRSCH 1990:167).

será necesario valorar si esa carga punitiva se considera *suficiente* como para constituir un castigo.

1'.- Respecto de la primera cuestión, cabe poner de manifiesto previamente que existen diversos modos de calibrar la severidad de la pena y de elaborar una escala de gravedad de las penas que permita comparaciones y sustituciones entre ellas. Diversos penólogos lo han intentado hacer mediante encuestas de opinión en que se preguntaba a los sujetos de la muestra sobre la severidad relativa de distintos castigos, y los resultados de estas encuestas mostraban un grado de consenso notable sobre la severidad comparada de las penas (WASIK/VON HIRSCH 1988:563³¹); sin embargo, estos estudios no profundizan en el significado de 'gravedad' para los sujetos de la muestra, ni los razonamientos que subyacen a las respuestas que dan: carecen, en definitiva, de una teoría de la severidad de la pena (WASIK/VON HIRSCH 1988:563).

Una posible concepción de la misma consiste en el grado de dolor o incomodidad que sienten aquéllos a quienes el castigo se aplica o puede aplicarse (WASIK/VON HIRSCH 1988:563), de modo que el castigo más severo será el experimentado como más oneroso; sin embargo este método plantea el problema de hallar sujetos que respondan significativamente (por ejemplo en sujetos que consideran poco probable que se les aplique una pena, las respuestas pueden verse influidas por la ignorancia de cómo se ejecutan éstas en realidad, o la indiferencia hacia el sufrimiento ajeno; WASIK/VON HIRSCH 1988:563-4 proponen introducir penados o antiguos penados en las muestras para corregir este efecto). Los estudios que aquí mostramos no tienen en su mayoría este problema, pues las muestras están constituidas enteramente por penados.

Una posibilidad distinta para medir la severidad relativa de las penas sería partir de la importancia normativa de los intereses personales afectados por la imposición de las penas, de modo que cuanto más básicos sean los intereses afectados

³¹ WASIK/VON HIRSCH (1988:563, n.p.) citan los siguientes estudios: Sebba, L. (1978): "Explorations in the scaling of penalties", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 23:274; L. Sebba/G. Nathan (1984): "Further explorations in the scaling of penalties" *British Journal of Criminology* 23:221; A. Kapardis, D. Farrington (1981): "An experimental study if sentencing by magistrates" *Law and Human Behaviour* 5:107; K. Pease (1988): Judgments of Crime Seriousness: Evidence from the 1984 British Crime Survey (HO Research and Planning Unit Paper); N. Walker, N. Marsh (1984): "Do sentences affect public disapproval?" *British Journal of Criminology* 24:27.

y mayor su grado de afectación, más severa se considerará la pena (WASIK/VON HIRSCH 1988:564)³².

En esta línea, se ha afirmado que la imposición de la pena priva al sujeto del derecho al disfrute del tiempo libre (en la proporción afectada por las horas de trabajo impuestas), restringe sus movimientos durante los lapsos de tiempo en que el penado desarrolla su actividad (y además los lapsos de tiempo en que se prepara para ello) y lo priva del derecho a percibir una remuneración por el trabajo realizado (WINFIELD 1977:127; WASIK/VON HIRSCH 1988:567; CID 1997:107, entre otros).

El cumplimiento efectivo de la pena comporta además exigencias básicas como la asistencia regular, el mantenimiento de la puntualidad y el desempeño satisfactorio del trabajo (McIVOR 1992:103; en el mismo sentido WINFIELD 1977:127; YOUNG 1979:36). En numerosas ocasiones, especialmente cuando el cumplimiento de la pena coincide con cargas laborales y responsabilidades familiares del penado, completar condenas de hasta 240 horas de trabajo (o 300, para no hablar de las autóctonas 1440) puede resultar una carga notable cuyo cumplimiento requiere de considerable auto-disciplina (YOUNG 1979:36; McDONALD 1995b:75-76).

1''.- Después de perfilar la magnitud punitiva de la pena, debe pasarse a considerar si el contenido de la misma tal como ha sido definido en las páginas precedentes puede considerarse *suficiente* como para constituir *castigo*.

Son ciertamente minoritarias las voces que apuntan a la insuficiencia del instituto para ser considerado pena (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:675-676). Los argumentos en este sentido apuntan por una parte a que la necesaria prestación del consentimiento para la imposición de la pena equivale a otorgarle a la misma un carácter voluntario, de manera que un sujeto siempre podrá evitar su imposición; y por otro lado, a que toda pena consiste en un *mal* impuesto al penado, y el TBC no constituye un mal sino un bien para el penado, que además de mejorar “su nivel educativo y su solidaridad, pasa de tener que cumplir una pena privativa de libertad, o sea, de una situación mala a otra mucho mejor, cual es la de trabajar, aunque de forma no retribuida, en determinadas actividades de utilidad pública” (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:675).

³² Sin embargo, podría objetarse que la cuestión del grado de intromisión o incomodidad difícilmente será estrictamente normativa: las distintas esferas no tendrán la misma importancia para todos los sujetos, dependiendo de su situación y condición.

Nos remitimos al capítulo tercero de este trabajo para el desarrollo de la cuestión de la conformidad del sujeto en relación con la imposición de esta pena, pero desde aquí cabe adelantar que esa prestación de consentimiento, como bien reconoce el propio SERRANO BUTRAGUEÑO (2002a:675) no es libre, sino condicionada por la amenaza que representa la imposición alternativa de otra pena (en nuestro ordenamiento de una pena de prisión o una pena de multa, en otros de una pena de prisión).

La exigencia del consentimiento no obsta a la consideración del TBC como pena. Esta exigencia no implica que el reo pueda elegir voluntariamente la consecuencia jurídica de su infracción; se trata simplemente de un mecanismo garantista que impide que la imposición forzosa del TBC vulnere los derechos fundamentales del penado y que obliga a articular un mecanismo de regreso a la pena sustituida por el TBC o la imposición de otra sanción, en su caso, ante la falta de consentimiento (BRANDARIZ 2002:132).

Respecto de la apreciación de la pena no como un mal sino como un bien para el penado, cabe reproducir aquí brevemente algunos de los argumentos esgrimidos al tratar de la naturaleza jurídica de la pena en nuestro ordenamiento: en primer lugar, mediante la imposición del TBC se está privando al penado de tiempo libre, mediante la imposición de una obligación de trabajar, y de remuneración por el trabajo realizado, lo que difícilmente puede definirse como 'bien'. Por otra parte, es necesario distinguir un posible fin de la pena del hecho de que su imposición constituya un bien para el penado: en todo caso puede considerarse un bien el fin reeducativo perseguido, pero no la pena en sí (POZUELO 1998:81; BRANDARIZ 2002:133). En tercer lugar, el TBC tiene capacidad para satisfacer los fines tradicionalmente asignados a las penas, como se quiere poner de manifiesto en estas páginas.

Abundando en los argumentos a favor de la *suficiencia* del TBC como pena, no cabe despreciar la privación de tiempo libre como forma de castigo (YOUNG 1979:35). En la sociedad actual, como hemos intentado poner de manifiesto en el capítulo anterior, el ocio, como tiempo para el desarrollo de la personalidad, es un bien preciado cuya privación puede resultar una alternativa aceptable a la privación completa de libertad que se produce con las penas de prisión (RADZINOWICZ-KING 1977:302).

Hasta aquí hemos aplicado lo que WASIK/VON HIRSCH (1988:563-564) llamarían método *normativo* para valorar la severidad relativa de los castigos. Ahora

prestaremos atención a los resultados de las investigaciones empíricas, que en algunos casos consisten en las encuestas sobre severidad relativa de las penas mencionadas por los mismos autores. De acuerdo con las investigaciones consultadas, este contenido punitivo es claramente percibido como tal por los penados a TBC, una mayoría de los cuales subraya los aspectos punitivos de la sanción, especialmente en relación con las inconveniencias que el cumplimiento de la pena ocasiona, la dedicación y esfuerzo que requiere y la falta de remuneración por el trabajo desempeñado (McIVOR 1992:100; KELK 1995:16). Únicamente un cuarto de los penados en el estudio de McIVOR consideraron que se trataba de una opción fácil y no vieron en la pena ningún aspecto punitivo. En las respuestas de estos penados, sin embargo, a menudo subyacía el silogismo que consiste en considerar que castigo equivale a prisión, y puesto que el TBC no es prisión, entonces no puede tratarse de un castigo; otros penados, al haber disfrutado del trabajo desempeñado en sus respectivos destino, no experimentaron la pena como un inconveniente, por lo que les resultaba difícil conceptualizarla en términos punitivos (McIVOR 1992:101).

Otros estudios consistentes en su mayoría en encuestas a penados sobre la severidad de las penas, subrayan la percepción de la pena como suficientemente punitiva, hasta el punto de que numerosos individuos en investigaciones desarrolladas en el ámbito anglosajón expresan preferencias por cumplir una pena corta de prisión antes que un TBC u otro tipo de pena alternativa que implique supervisión en libertad o califican ciertas penas alternativas como de mayor severidad que la prisión (OLDFIELD 1993:45-46; McDONALD 1995b:76; CLEAR/BRAGA 1998:218; PETERSILIA 1998:25). De hecho, parte del atractivo de penas alternativas de nuevo cuño, entre las que se encuentran las de trabajos comunitarios, consiste en que su carácter más punitivo les proporciona mayor credibilidad pública que, por ejemplo, la simple *probation*, y ello las convierte en mejores candidatas para sustituir penas de prisión³³ (VON HIRSCH 1990:163; en el mismo sentido, PETERSILIA/PIPER DESCHESNES 1998:150-158).

Sin embargo, otro tipo de evidencias subrayan que los penados no consideran el TBC como *'hard labour'* (trabajo duro) sino más bien como una *'soft option'*

³³ Matizan la oportunidad de recurrir a este tipo de argumentos MARUNA/KING (2004:104), que subrayan que apoyarse en la dureza de las penas alternativas puede tener efectos contraproducentes y llevar a razonamientos del tipo de “si el penado es tan peligroso que necesita una supervisión cercana, la mejor solución es el encierro y no esa supervisión en libertad”.

(opción blanda, alternativa más fácil), dentro de la cual tienen un considerable marco de maniobra y decisión (VASS 1984:94).

En primer lugar, se apunta a que en realidad no se trabajan todas las horas impuestas en la sentencia: al computar las horas de trabajo se incluyen también las dedicadas al transporte hasta el lugar de realización del trabajo, los descansos, las horas en que no se ha trabajado por no permitirlo el tiempo, los desayunos y comidas, y cierto número de horas fruto de ‘negociaciones informales’ entre penados y supervisores (VASS 1984:97).

En segundo lugar, parece que los penados no consideran duro el trabajo; lo que parece que les desagrada del mismo es que resulta ‘aburrido’ y que su desempeño se extiende excesivamente en el tiempo. McIVOR (1992:100-101) quizá perfila mejor la cuestión, apuntando en sus conclusiones que lo que para los penados se dilata en el tiempo es más bien el cumplimiento de la pena, que en el contexto en que realiza sus investigaciones, Escocia, puede extenderse hasta los 12 meses (el cumplimiento de una pena que puede no ser muy grave, de pocas horas de trabajo, puede dilatarse bastante en el tiempo si se tiene un trabajo a tiempo completo u otras obligaciones que dejen poco tiempo libre); esta característica percibida por los penados añadiría a la carga punitiva de la pena, más que restar a la misma.

La conclusión de VASS (1984, 1990) que apunta a que al no ser considerado el trabajo en sí punitivo, toda la pena es considerada una opción blanda no nos parece sostenible. Por una parte en las páginas que siguen descartaremos, sobre la base de argumentos éticos y de utilidad, que el trabajo en sí deba ser punitivo; y por otra parte, otras investigaciones empíricas (si bien no en el contexto Inglés, como las de VASS (1984), sino escocés) apuntan a que aquello que los penados consideran en el TBC punitivo no es el trabajo en sí mismo, sino la privación del tiempo libre que comporta, junto al largo lapso de tiempo que puede extenderse el cumplimiento de la pena (McIVOR 1992:100-101). De acuerdo con nuestra concepción, pues, las conclusiones de VASS no restan entidad al contenido punitivo de la pena, sino que, reformuladas, abundan en el mismo.

Podemos concluir, entonces, que la carga punitiva del TBC tal como la hemos definido (privación del tiempo libre, restricción temporal de movimientos, privación del derecho a la remuneración por el trabajo desempeñado, más las necesarias puntualidad, trabajo bien hecho o regularidad) es suficiente para ser considerada *castigo*.

2.- La segunda hipótesis acerca de la capacidad del TBC para satisfacer los presupuestos de las teorías de la justicia sostiene que *esta pena puede por su naturaleza modularse para adaptarse proporcionalmente a la gravedad de la infracción por razón de la cual se impone* (McDONALD 1995b:77; TONRY 1998:89).

La cuestión de la proporcionalidad es tan relevante respecto de la pena de prisión como de cualquier ejercicio *alternativo* de la actividad punitiva del estado, aunque afecte a derechos menos esenciales o resulte menos intromisiva que la prisión. Es más, la existencia de diversas penas alternativas que ofrecen opciones distintas viene justificada para muchos por la finalidad de restaurar o poder aplicar correctamente los principios de merecimiento, de modo que exista un conjunto de penas distintas en su severidad a aplicar proporcionalmente a los delitos de que se trate (PETERSILIA 1998:70).

Habiendo, pues, establecido la relevancia de las cuestiones de proporcionalidad en relación con las penas alternativas, enunciemos la hipótesis: el hecho de que el TBC pueda medirse en horas de trabajo, hace que tanto en la legislación como en el momento de su imposición, el *quantum* de pena a imponer pueda modularse para que resulte proporcional a la infracción por razón de la cual se impone. A diferencia de lo que sucede con otras penas alternativas, como la *probation* o la suspensión con reglas de conducta, en que (a parte de la cantidad de tiempo en que dura la pena, fácilmente cuantificable) resulta difícil medir o comparar la gravedad de las obligaciones que recaen sobre el penado, las horas de trabajo constituyen una magnitud que permite computar, comparar o sustituir fácilmente manteniendo, si se desea, la proporcionalidad con la infracción inicial.

En contra de esta hipótesis se ha esgrimido que el requisito de la proporcionalidad está en tensión con la individualización de las penas y con la existencia de un abanico demasiado amplio de posibles trabajos a desarrollar por los penados (DUFF 1996:62-63). Sin embargo, en el TBC el castigo no es el trabajo *en sí*, que en efecto podrá tener contenidos muy diversos, por lo que la magnitud de la pena no podrá medirse en función de los tipos de trabajo a desempeñar; sino que su carga punitiva tal como la hemos definido, y las horas de trabajo en que se divide, puede ser medida y comparada a efectos de mantener la proporcionalidad con la infracción

cometida y en su caso con otras penas, por lo que la objeción basada en los distintos trabajos, aun cuando acertada, puede superarse.

La advertencia de DUFF (1996:63), sin embargo, sí nos parece relevante cuando a una pena de TBC pueden sumarse *otras* obligaciones para el penado, como sucede en la legislación española (art. 88 en relación con art. 83 CP); en estos casos, se está aumentando la carga punitiva total que se acaba imponiendo al penado, perdiéndose de vista a menudo la proporcionalidad con la infracción cometida. También están relacionadas con la proporcionalidad las discusiones acerca de la *tariff escalation* (ascenso en la escala de gravedad de las penas) de algunas penas alternativas, y en particular del TBC, especialmente en Inglaterra y Gales.

a) Una pena de TBC puede verse agravada mediante la *suma* a la misma de condiciones al cumplimiento de la pena, acumulando así contenido punitivo extra: control electrónico, reglas de conducta (en el caso de la sustitución española, art. 88 en relación con art. 83 CP), *probation* (en el caso de la *combination order* británica) o más recientemente la actual *community punishment order* genérica, que supone la posibilidad de acumular distintas obligaciones y deberes, entre los que se encuentra el *trabajo no remunerado*, que terminan por constituir una suerte de ‘pena a la carta’ para un penado específico.

Acaban configurándose, en estos casos, penas de contenido muy particular: y cuanto más particular sea ese contenido, especialmente si además se produce el efecto de *sanction stacking* (añadido de condiciones), más difícil será medir y comparar su severidad (ASHWORTH/VON HIRSCH/BOTTOMS/WASIK 1995:971). Quizá sea relevante recordar la importancia de los juicios de proporcionalidad en unos momentos en que parece apuntar una tendencia a la acumulación de requisitos en el cumplimiento de la pena que distorsionan esa proporcionalidad.

b) El efecto de *tariff escalation* implica la aplicación de una pena originalmente diseñada para castigar conductas de una determinada gravedad a conductas de gravedad menor, desplazándose la pena de su lugar en la escala de gravedad de las sanciones para castigar infracciones menos graves y produciéndose entonces un problema de falta de proporcionalidad entre la pena y la infracción castigada. Esto puede producirse en relación con el TBC de distintos modos. En primer lugar, cuando se aplica a sujetos merecedores de una pena de severidad inferior, como ha sucedido

en Inglaterra y Gales (RAYNOR 2002:1993). En segundo lugar, esta distorsión también viene dada por la imposición de una pena de prisión como sanción de refuerzo en caso de incumplimiento del TBC (WASIK/VON HIRSCH 1988:565).

Así, cuando se ha impuesto inicialmente una pena de TBC proporcional a una infracción (como pena directa, incluso como sustitutivo por considerarse ese caso *no merecedor* de prisión) y se produce un incumplimiento a consecuencia del cual se regresa a una pena de prisión se acaba imponiendo y cumpliendo una pena de mayor gravedad que la que en términos de merecimiento correspondería a la vista de la infracción inicialmente cometida.

3.- *Como consecuencia del necesario respeto a la dignidad del penado deben excluirse en la configuración y ejecución del TBC todos aquellos elementos que puedan vulnerarla.* En particular, consideramos que si se acoge esta perspectiva deben excluirse del contenido punitivo de la pena dos elementos que periódicamente aparecen en propuestas políticas en distintos ámbitos: por una parte, la consideración del trabajo en sí como castigo, y por otra parte la imposición de uniformes de trabajo para aumentar la visibilidad de los penados durante las horas en que se desarrolle la actividad impuesta.

Diferentes propuestas abogan por que las características del trabajo a desempeñar formen parte del contenido punitivo de la pena. Se defiende, sobre todo como modo de apoyar argumentos que apuntan a que una mayor carga punitiva de la pena aumentaría la credibilidad del TBC como alternativa a la prisión, y de este modo sus posibilidades de ser impuesta con esta función, a que el trabajo debe ser *suficientemente* duro, físicamente, como para que en sí mismo sea considerado un castigo³⁴ (MAHER/DUFOUR 1987:23, quienes además del contenido del trabajo apuntan a la necesidad de superar el límite máximo de pena a imponer de 240 horas generalmente considerado razonable para convertir a la pena en una alternativa creíble a la prisión; por su parte KAHAN 1998:706 propone tareas especialmente degradantes para aumentar la magnitud punitiva del TBC y con ella su credibilidad como alternativa a la prisión).

³⁴ Los *National Standards* originales, normativa destinada a unificar criterios en la aplicación y ejecución de la pena, por ejemplo, requieren que toda pena de CS impuesta contenga como mínimo 21 horas de trabajo físico (OLDFIELD 1993:45), imposición que lleva a subrayar el contenido punitivo de la pena, más que su potencial rehabilitador, y que es claramente contrario a la filosofía del Probation Service (YOUNG 1979:35). Por otra parte, las ediciones de 1992 y 1995 contienen la exigencia que el trabajo impuesto sea “*demanding*”, exigente.

Por otra parte, existen sugerencias que apuntan a la posibilidad de imponer uniformes de trabajo de clara visibilidad que distingan a los penados de otros trabajadores que desempeñen las mismas o parecidas tareas (WORRALL 1997:99; ver en el capítulo III las declaraciones de Hazel Blears, y Charles Clarke, máximos responsables del *Home Office* en mayo de 2005 acerca de la conveniencia de la imposición de uniformes a penados).

Consideramos que ambas propuestas deben ser excluidas del contenido punitivo de la pena (en el mismo sentido, MORRIS 1993:16), y podemos hacerlo con base en un fundamento retribucionista de la pena si consideramos que el respeto a la dignidad del sujeto sobre el que recae el castigo es un requisito de la justificación retribucionista de la pena, como hemos asumido, siguiendo a VON HIRSCH 1990:167, en nuestra definición inicial.

2.3.3. Consecuencias para la regulación y la ejecución de la pena

Las consecuencias, según la discusión precedente, de una fundamentación retribucionista del TBC para su configuración legal y su ejecución son las siguientes:

1.- En términos de obtener una pena *mensurable*, cuyas magnitudes sean comparables, sustituibles, y que permitan lograr una precisa proporcionalidad con la infracción cometida es conveniente medir la pena en términos de horas de trabajo. La magnitud de jornadas de trabajo es variable (en nuestro ordenamiento, por ejemplo, entre una y ocho horas de trabajo) y, como se desarrollará en el capítulo III de este trabajo la imposición de un número igual de jornadas en supuestos comparables puede acabar comportando el cumplimiento de penas de duración muy diversa, lo que resulta problemático desde el punto de vista de la proporcionalidad y del principio de igualdad.

2.- Desde la perspectiva de la proporcionalidad no es defendible una regulación tal del incumplimiento que acarree, por lo menos inicialmente, el cumplimiento de una pena de prisión. Las consecuencias del incumplimiento deben ser inicialmente distintas a la privación de libertad: la imposición de un mayor número de horas de trabajo, de una multa, de reglas de conducta complementarias, y únicamente en última instancia el recurso a la pena de prisión como sanción de refuerzo (WASIK/VON HIRSCH 1988:565-566).

3.- Deben asegurarse trabajos que respeten la dignidad del penado y que sean conmensurables entre sí, de modo que la realización de uno u otro no comporte diferencias desde el punto de vista de la igualdad y la proporcionalidad.

4.- Debe evitarse el recurso a todo tipo de rituales o elemento en la ejecución de la pena que puedan violentar la dignidad del penado (en particular, uniformes).

5.- Debe existir un especial cuidado por parte del legislador y de los jueces a la hora de añadir a la pena de TBC el cumplimiento de distintos deberes y obligaciones, pues ello comporta un aumento de la carga punitiva sobre el penado; en ningún caso puede prescindirse del juicio de proporcionalidad en estos supuestos. En la práctica ello puede significar, por ejemplo, que el añadido de reglas de conducta determine una disminución en las horas de trabajo inicialmente previstas con el fin de mantener la proporcionalidad con la infracción cometida.

2.4. CONCLUSIONES

De acuerdo con las páginas anteriores podemos afirmar que, a pesar de las dudas razonables que puedan existir, el TBC tiene capacidad para satisfacer los fines tradicionalmente asignados a las penas y es, por tanto, una pena creíble (en los términos definidos en CID/LARRAURI 2005:19-20).

Las exigencias y consecuencias de los distintos fines pueden resultar contradictorias y confusas en el momento de la regulación, la imposición y la ejecución de la pena (PEASE 1985:59). Para evitarlo, y proporcionar si no un modelo, sí unos criterios que puedan resultar útiles en el momento de la configuración de la pena y en su aplicación por parte del juez, quizá sea necesaria cierta sistematización de estos fines y de sus implicaciones.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, nuestra propuesta para la aplicación de las diversas consecuencias de los distintos fines sobre la regulación, imposición y ejecución de la pena podría estructurarse del siguiente modo:

1.- De acuerdo con criterios basados en la prevención general y en la proporcionalidad, el TBC debería reservarse para las infracciones de gravedad intermedia, resultando desproporcionada para las infracciones leves e insuficientemente severa para las infracciones de mayor gravedad.

2.- Respecto de la duración de la pena: los límites máximo y mínimo de la misma podrían determinarse en función de criterios de proporcionalidad con la infracción cometida (hemos defendido que de gravedad intermedia); criterios de prevención especial no aconsejan (en términos de evitación de la desocialización), y criterios de prevención general no exigen³⁵, una excesiva duración de la pena. Por su parte, la distribución temporal del cumplimiento debería guiarse por criterios preventivo especiales (BRANDARIZ 2002:105), pero de ser necesario también podrían emplearse, en su caso, criterios incapacitadores que hagan coincidir el horario de cumplimiento de la pena con los momentos relacionados con la actividad delictiva del penado. Finalmente, hemos defendido en términos de proporcionalidad la referencia única a las horas de trabajo, suprimiéndose la referencia a jornadas.

3.- En el momento de la imposición de la pena deberían tenerse en cuenta la gravedad de la infracción y la culpabilidad del sujeto; desde un punto de vista preventivo especial, cabría excluir de su ámbito de aplicación aquellos sujetos que por sus características (personalidad desestructurada, toxicomanías graves) serán incapaces de cumplir con los requisitos que impone, aunque puede tenerse en cuenta la posibilidad de anteponer al cumplimiento de las horas de trabajo algún programa específico de tipo rehabilitador; por otra parte, desde el punto de vista de la incapacitación, deberían excluirse también los sujetos que representen un riesgo para el resto de trabajadores o los beneficiarios.

4.- En relación con el tipo de actividad a desarrollar y sus condiciones de cumplimiento, debería prestarse especial atención a consideraciones relacionadas con la rehabilitación del penado: los gestores de su ejecución deben esforzarse en buscar trabajos que permitan la relación con los beneficiarios y con otros trabajadores, debiéndose reservar en lo posible la condición de los penados de tales. Debe potenciarse la formación para el empleo mediante aquellos trabajos que permitan la adquisición de nuevas técnicas y mediante programas específicos, siempre que no representen una sobrecarga añadida a la pena. Para que el penado pueda valorar la utilidad de su tarea, debe poder participar de algún modo en la designación y la

³⁵ Se han propuesto también criterios de prevención general positiva de carácter limitador como relevantes en la determinación de la duración temporal de la pena (BRANDARIZ 2002:105).

planificación del concreto trabajo; la prestación del consentimiento al mismo puede entenderse como un mecanismo para lograrlo. Se ha apuntado la necesidad de una formación específica de los supervisores para que su función como modelos pueda ejercer todos sus beneficios.

También serán en este momento relevantes criterios de prevención general positiva, de modo que los trabajos sean percibidos como reparación del daño causado por el delito, contribuyendo al restablecimiento de la paz jurídica (BRANDARIZ 2002:105). Las finalidades intimidatorias deberían excluirse en este ámbito, pues contravendrían el artículo 15 CE y desnaturalizarían el sentido de la pena, que no consiste en la realización de una actividad especialmente penosa (BRANDARIZ 2002:105-106); el necesario respeto a la dignidad de la persona consagrado constitucionalmente vendría además reforzado por el principio de humanidad de las penas y por la exigencia de respeto a la dignidad de la persona derivada de las teorías de la justicia.

5.- En el control y seguimiento de la pena deberían tener peso consideraciones de prevención general, que exigen un control cercano de la misma que evite la concepción de que se trata de una opción 'blanda', y consideraciones de prevención especial, resultando relevante la función de modelo de comportamiento socialmente responsable que pueden ejercer los agentes que supervisan la pena; para un correcto desarrollo de esta función, es recomendable la formación específica de los responsables de la supervisión de la pena.

6.- La regulación del incumplimiento debería verse guiada por criterios que aseguren que al mismo corresponden consecuencias jurídicas suficientes (prevención general), pero debería tenerse en cuenta la necesaria reserva de la prisión como último recurso, relacionada con criterios de proporcionalidad y de evitación de la desocialización. Por otra parte, también deberían tenerse en cuenta criterios rehabilitadores a la hora de elaborar un sistema flexible de apreciación del incumplimiento y de consecuencias del mismo.

7.- Régimen de información: la prevención general, tanto positiva como negativa, requiere de un suficiente conocimiento de la pena por parte de la ciudadanía en general³⁶.

En este capítulo se han revisado hipótesis acerca de la capacidad del TBC de satisfacer los distintos fines que tradicionalmente se asignan a las penas. Recientemente han habido otras propuestas teóricas al respecto; sin embargo, no las hemos equiparado a las doctrinas tradicionales, debido a la diferencia de peso específico en los discursos al uso acerca de la justificación de la pena. Aunque no hemos considerado oportuno dedicarles un apartado sí merecen ser reseñadas brevemente, pues toman en consideración la pena de trabajos comunitarios y ponen de relieve determinados aspectos de la misma que otras perspectivas no subrayan. Se trata en concreto de las aportaciones de la justicia restauradora y de la teoría comunicativa³⁷.

³⁶ La provisión de más y mejor información acerca de las penas alternativas es una de las estrategias frecuentemente mencionadas para aumentar la confianza pública en estas sanciones; sin embargo, los estudios empíricos apuntan que los resultados no siempre son positivos (MARUNA/KING 2004:101). De este modo, la información basada en un menor coste de las penas alternativas en relación con la prisión no parece aumentar el apoyo a esas penas, sino el apoyo a la existencia de prisiones más austeras; por otra parte, buena parte de las investigaciones acerca de las actitudes hacia el castigo muestran que éstas están más influidas por cuestiones emocionales que por argumentos racionales, por lo que la apelación racional a los beneficios de las penas alternativas tendrá únicamente un impacto limitado (MARUNA/KING 2004:101). Por esto se ha sugerido la posibilidad de emplear no tanto argumentos racionales sino apelar a las emociones en favor de las penas alternativas (como se ha hecho en numerosos casos en favor de medidas punitivas, por otra parte), y en este sentido, parece que apelar a la posibilidad de trabajar para lograr su propio cambio o redención por parte de los penados que ofrecen penas alternativas como el TBC, así como apelaciones a las posibilidades de ‘devolver algo a la comunidad’ que permite esta pena, pueden arrojar resultados positivos (MARUNA/KING 2004:103-104).

³⁷ Existen otras propuestas teóricas, notablemente la teoría de la justicia republicana y la del *reintegrative shaming* (vergüenza reintegradora). Por no haber tenido un eco equiparable al de la teoría comunicativa y a la justicia restauradora, y por no prodigarse en exceso sus defensores acerca de la pena de TBC, hemos considerado oportuno limitarnos a esta breve referencia. Las consecuencias de la teoría republicana de la justicia de BRAITHWAITE y PETIT (1990) para la configuración y reforma del sistema de justicia penal son la frugalidad en el castigo (*parsimony*), el control del poder, la reprobación y la reintegración a la víctima y del delincuente (BRAITHWAITE/PETIT 1990:87-92). De acuerdo con estos principios, las repuestas más adecuadas a los delitos serían la restitución y compensación voluntarias a la víctima; en segundo lugar, la restitución y compensación preceptivas, y cuando ello no fuera posible, se recurriría a las penas pecuniarias, destinando el dinero a fondos estatales de compensación a las víctimas (BRAITHWAITE/PETIT 1990:104). En casos en que el penado no pudiera o no quisiera pagar la multa, el recurso preferible sería el trabajo comunitario para agencias de beneficencia. A pesar de que este tipo de castigo invade la esfera de derechos de los individuos (*province*), resulta preferible a la prisión por tres motivos: en primer lugar porque viene apoyado sobre la base de la frugalidad en el castigo; en segundo lugar porque es más probable que logre efectos reprobadores, pues evita aislar al sujeto en compañía de individuos poco inclinados a desaprobador su conducta; y finalmente, cuando se orienta el trabajo comunitario a satisfacer las necesidades de las víctimas, puede tener un efecto reintegrador sobre la misma, y también sobre el penado (BRAITHWAITE/PETIT 1990:104).

Son abundantes las discusiones acerca de si el TBC es o no una pena reparadora, y hasta qué punto (THORDVALDSON 1978; YOUNG 1979:36-37; PEASE 1985:59-60; BRANDARIZ 2002:96-104, entre otros). Estas discusiones pueden desglosarse del siguiente modo: a) en primer lugar, debe perfilarse la posible relación de esta pena con la justicia reparadora, determinándose en qué sentido puede considerarse reparador el TBC; b) en relación con esta discusión se ha desarrollado un debate teórico acerca de si los elementos que unos identifican como reparadores son tales o constituyen parte del contenido retributivo de la pena; c) finalmente debe mencionarse la propuesta de un tercer modelo de sistema de alternativas, de corte reparador, y la posición del TBC en el mismo.

a) *Acerca de una posible relación de los trabajos comunitarios con la justicia restauradora y el sentido reparador de la pena.* Es habitual preceder cualquier intento de definir la justicia restauradora con el aviso sobre la dificultad de la tarea, pues más que un concepto unitario ‘justicia restauradora’ es más bien un término amplio que cubre diversas prácticas y procesos que tienen lugar en distintos lugares y culturas jurídicas (SHAPLAND 2003:197); es igualmente habitual, sin embargo, recurrir a la definición ofrecida por MARSHALL (1999:5) según la cual “la justicia restauradora es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro” (traducida en LARRAURI 2004:443).

Esta definición general ha sido ampliada hasta difuminar el sentido de algunos de sus propios términos, de modo que en algunas ocasiones resulta difícil establecer una delimitación clara entre lo que sea propiamente justicia restauradora y lo que es justicia penal tradicional; y es precisamente en este sentido que resulta difícil desentrañar si algunas iniciativas, que normalmente se consideran pertenecientes al

También la perspectiva del *reintegrative shaming* favorece los servicios comunitarios. Esta postura implica entre otras cosas que el castigo no debe ser más severo de lo necesario para comunicar la desaprobación comunitaria apropiada al delito; el castigo debe ser visible de modo que la clara desaprobación que la sociedad muestra por los actos criminales pueda afectar la conciencia de los ciudadanos (BRAITHWAITE 1989:178-179). Aceptando la inevitable existencia de las penas formales, deben favorecerse penas visibles y penas que favorecen la integración social del infractor, de las cuales el TBC, que evita la estigmatización dando al penado la oportunidad de redimirse ‘pagando su deuda’, es un ejemplo (BRAITHWAITE 1989:179).

sistema tradicional de justicia penal, como el TBC o las *compensation orders* británicas, son o no justicia restauradora (SHAPLAND 2003:198).

En relación con el TBC, a menudo se emplea una retórica similar a la de la justicia restauradora; el trabajo realizado, normalmente destinado a mejorar el medio local o a ayudar a los más necesitados, más que a beneficiar intereses privados, es definido como reparador, aunque no repare directamente el daño causado por el delito; de este modo, el *resultado* del cumplimiento de la pena es quizá reparador (SHAPLAND 2003:2000); sin embargo, el trabajo para la comunidad no es, en la mayoría de los casos en que se impone, consecuencia de un *proceso* en que las distintas partes del conflicto planteado por el delito resuleven colectivamente su cumplimiento como una forma de resolución de ese conflicto³⁸ (SHAPLAND 2003:199).

Por lo tanto, en cuanto a pena impuesta por jueces integrados en el sistema penal tradicional, el TBC no es propiamente una práctica propia de la justicia restauradora; lo que sí puede sostenerse es que el resultado del trabajo a desempeñar por los penados *puede ser* no directamente, sino simbólicamente, restaurador o reparador³⁹. En este sentido, cabe subrayar que las perspectivas reparadoras y aquellas basadas en la justicia restauradora no son idénticas, aunque tienen aspectos en común: la reparación a menudo es una característica de la justicia restauradora, pero los objetivos y los resultados de la reparación pueden ser insuficientes para ser considerados una expresión de la justicia restauradora; y en este sentido, el TBC es reparador, pero raramente se centra en la víctima del ilícito, por lo que es, como se ha dicho, simbólicamente reparadora, pero no restauradora (McIVOR 2004:166). Lo que caracteriza a ambas perspectivas es la importancia que se da a la compensación del daño causado, pero lo que las distingue entre sí es el significado otorgado a la víctima, al ofensor y a la comunidad en ese proceso, así como sus respectivas relaciones con el

³⁸ Aunque admite que el proceso de restauración implica tanto al delincuente como a la víctima, propone, sin embargo, que desde el punto de vista del delincuente, “la reparación, reconciliación y reassurance” puede producirse no únicamente en relación con la víctima directa, sino de ‘sustitutos’ de las personas victimizadas, como por ejemplo la comunidad en general; según el autor, esta propuesta dejaría en pie lo que entiende el elemento central de la reparación: hacer un bien que equilibre el daño anteriormente causado (TOCH 2000:275).

³⁹ Como pone de manifiesto BRANDARIZ (2002:97), la relación de los trabajos desempeñados con la reparación del daño se ponía de manifiesto en la definición contenida en el derogado RD 690/1996, según el cual estos trabajos debían tender “a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal”.

sistema de justicia penal formal y el hecho que a una solución restauradora se llega mediante un proceso de mediación (McIVOR 2004:166).

La pena ha sido tradicionalmente concebida, especialmente en el ámbito anglosajón, como una ‘multa’ en tiempo (una pena fundamentalmente retributiva sin componente preventivo especial) que permite una reparación incidental a la comunidad (PEASE 1985:59-60; REX 2005:145): parte del contenido esencial de la pena es que el trabajo sea *en beneficio de la comunidad* (HOME OFFICE 1970; McIVOR 1992:104). Pero más allá de este beneficio que debe reportar el trabajo, ya desde los años 1970s se discutió hasta qué punto es consustancial a la pena un elemento propiamente reparador, que constituya uno de los fines que guían la regulación, imposición y ejecución de la misma; las posturas mayoritarias inicialmente concebían la reparación como una consecuencia incidental de la pena, no como un fin de la misma (YOUNG 1979:36; PEASE 1985:59). El debate, así como la práctica de la ejecución de la pena, sin embargo, han evolucionado, produciéndose en algunos casos intentos de introducir prácticas directamente reparadoras especialmente en el contexto de la ejecución de la pena (MATHIESON 1992:156-157; RUTHERFORD 1993:151; art. 49 CP).

Actualmente la postura más extendida defiende el contenido reparador de la pena: cuando un penado es condenado a TBC repara simbólicamente mediante su trabajo la comunidad en su conjunto por la lesión producida por su ilícito, aunque no se trate una reparación en sentido estricto a la víctima individual⁴⁰; en tanto prestación socialmente positiva realizada por el penado previa expresión de su consentimiento, “funciona simbólicamente como una modalidad de reparación de los daños causados por el delito que contribuye al restablecimiento de la paz jurídica perturbada” (BRANDARIZ 2002:103-104).

Una segunda postura no ve en la pena fines reparadores (PEASE 1985:59), apuntando sobre todo que no debe confundirse la reparación o la restitución a las víctimas, que debe entenderse en términos individuales, con un trabajo que beneficia al conjunto de la sociedad (PEASE 1985:59).

b) *Discusión acerca de si con su trabajo los penados reparan o ‘pagan’ por la infracción cometida.* Algunos de los teóricos que niegan el carácter reparador del

⁴⁰ Hasta el punto de que en ocasiones se emplean los términos ‘restitución comunitaria’ (*community restitution*) en vez de ‘trabajos comunitarios’ (BARLOW 2000:660).

trabajo defienden su carácter retributivo⁴¹ (entre otros, YOUNG 1979:36; CHOCLÁN 1997:163).

Estos autores parten de constatar el carácter individual del concepto de reparación personal: el término reparación se refiere al daño causado a una víctima y a su satisfacción, no al daño abstractamente causado a la sociedad en general y a su reparación simbólica, y rechazan la extensión del concepto para tareas que benefician al conjunto de la comunidad; por el contrario, estos autores interpretan la mecánica de la pena en términos de retribución por el mal causado por el delito (YOUNG 1979:36; PEASE 1985:59; CHOCHLAN 1997:163). Algunos de estos autores, reconociendo el atractivo público de la retórica de la reparación, ponen de manifiesto la dificultad de evitar la conclusión de que se trata de un eufemismo político para referirse a elementos que con anterioridad se integraban en determinadas versiones del retribucionismo (YOUNG 1979:37). Ello es especialmente así cuando se asumen definiciones del retribucionismo que parten de la necesidad de penar porque un sujeto, contraviniendo una norma, ha logrado una ventaja injusta sobre los demás, que se comportan conforme a derecho; de acuerdo con este tipo de definiciones el TBC, junto con la multa, son las penas más retributivas imaginables, pues aluden a la noción de una suerte de incumplimiento de contrato entre el individuo y la sociedad que requiere de una compensación del daño, y mientras penas como la prisión requieren costes mayores que los beneficios que pueden aportar, en las penas de trabajos comunitarios el equilibrio entre costes y ventajas se inclina en la dirección de la reparación (PEASE 1985:60).

c) *Existencia de un modelo reparador de alternativas.* Se ha propuesto la existencia, al lado de los modelos individualizado o rehabilitador y proporcionalista, de un tercer modelo, reparador, en la construcción de las alternativas (BRANDARIZ 2002:74-75). Este modelo busca introducir en la configuración de las alternativas elementos del pensamiento reparador “bien sea promoviendo que estas sanciones contengan elementos de reparación a la víctima de la infracción, bien diseñando consecuencias jurídicas del delito presididas por las ideas de mediación y reparación o condicionando la aplicación de las alternativas tradicionales a la prisión al cumplimiento de requisitos de carácter reparador” (BRANDARIZ 2002:74-75). No

⁴¹ Esta relación entre la función reparadora de la pena y el retribucionismo ha sido conceptualizada como una confusión entre fines retribucionistas y preventivo-integradores (BRANDARIZ 2002:98N.P.).

estamos en condiciones de valorar este modelo; en todo caso, podemos apuntar que los trabajos comunitarios pueden constituir una de las soluciones a las que se llegue a través un proceso de mediación; puede introducirse en la ejecución de los trabajos un elemento de reparación que puede ser a la propia víctima del delito o a víctimas de ilícitos similares, pero ello no es consustancial a la propia pena.

No se trata, en conclusión, de una pena con un fundamento reparador en el sentido de que la reparación sea el fin que la justifica y que deba tener consecuencias en su concreta regulación, imposición y ejecución. Por su naturaleza, sin embargo, el trabajo del penado aporta a la sociedad, y esa aportación puede recibir una lectura reparadora: incidentalmente, el trabajo desempeñado puede resultar reparador, aunque existen otros instrumentos para lograr una reparación más completa. La valoración positiva de este elemento, que es uno de los que contribuyen a la aceptación popular de la pena, puede ser potenciada en diversos sentidos, en particular en la selección del tipo de trabajo a desempeñar por el penado. De hecho, esta es una de las posibles lecturas de la incisión del párrafo primero del artículo 49 CP que apunta a la posibilidad de que las actividades de utilidad pública a desempeñar por el penado pueden consistir “*en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas*”⁴².

La segunda y última perspectiva contemporánea que consideramos oportuno mencionar es la teoría comunicativa, centrándonos aquí en la formulación de DUFF (1996, 2001). De acuerdo con esta propuesta, el castigo penal debería comunicar a los penados “la censura que merecen por los delitos que han cometido y debería buscar mediante ese proceso comunicativo persuadirlos para que se arrepientan de esos delitos, intenten reformarse y así reconciliarse con aquellos a los que han agraviado” (DUFF 2001:xvii). DUFF se refiere expresamente a castigos como el TBC, que pueden servir ese fin comunicativo si se administran correctamente: pueden forzar al penado a pensar en el delito cometido, intentando conducirlo hacia una comprensión de lo que ha hecho con un componente de arrepentimiento; las penas pueden así asistir y estimular el proceso de autoreforma y reconciliación⁴³ (DUFF 1996:53). Bajo

⁴² Ver el apartado 3.3.4.2. de este trabajo para una discusión sobre este inciso.

⁴³ El castigo, y en particular este tipo de castigo, en cuanto expresa la asunción de responsabilidad del penado por su delito, su rechazo del mismo y su deseo de restaurar las relaciones por él dañadas, puede

esta perspectiva se propone una concepción de nuestra pena como una forma pública del tipo de reparación a la que también puede llevar la mediación entre víctima y delincuente, especialmente cuando el trabajo a desempeñar por el penado está claramente relacionado con la naturaleza de su infracción (DUFF 2001:105).

Los trabajos comunitarios comunican al penado la censura merecida por el delito cometido, pero no únicamente una censura formal, sino una censura “más rica y sustantiva” que busca, al confrontar al penado con el daño ocasionado por su infracción o infracciones análogas, que éste se percate de la naturaleza e implicaciones de su delito (DUFF 2001:105); por otra parte, constituye una forma de reparación a la comunidad dañada por él mediante la cual le pide perdón y busca reconciliarse con ella. Incluso cuando el penado no concibe la pena en estos términos reparadores, constituye un intento de persuadirlo para que afronte el mal ocasionado; por lo que se refiere a la comunidad en general, ésta debería aceptar el cumplimiento de la pena como unas disculpas suficientes por el ilícito cometido, del mismo modo que tendemos a aceptar unas disculpas formales sin indagar acerca de su sinceridad (DUFF 2001:105).

La concepción de DUFF del TBC como reparación pública mediante la que se pide perdón en buena parte coincide y enriquece la tradicional concepción de los trabajos comunitarios como multa en tiempo (REX 2005:145), y ha sido seguida por otros autores (notablemente REX 2002a, 2004, 2005) quienes, tratando de paliar lo que especialmente en ámbitos anglosajones se ha percibido como una debilidad en las mismas, su falta de armazón teórico sólido, han buscado dotarlas de una base teórica basada en la teoría de la comunicación y la teoría de la proporcionalidad.

Por otra parte, se han llevado a cabo investigaciones empíricas para verificar el posible valor comunicativo de las penas para los distintos operadores jurídicos y para los penados (REX 2002a, 2004, 2005), y sus resultados han llevado a reformular en parte la concepción de DUFF. Esta reformulación pasa en particular por eliminar el elemento de solicitud de perdón que acompaña al trabajo reparador, y por poner de manifiesto la escasa importancia de lo que el penado pueda expresar mediante el desarrollo de su trabajo; frente a ello, se ha subrayado el valor del impacto de la experiencia de cumplir la pena sobre otros aspectos de la vida del penado como el

ayudar al penado a reconciliarlo con aquellos a los que ha dañado: su víctima, sus conciudadanos, su comunidad (DUFF:1996:53-54).

conocimiento de la vida de ciudadanos en peores condiciones o la experiencia motivadora que permite aumentar la autoestima (REX 2004:129; 2005:146).

Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, las propuestas de la teoría comunicativa no se han traducido en iniciativas concretas en la configuración y ejecución de la pena. Sin embargo, la potenciación del papel de modelos de los supervisores de la ejecución y el contacto con los beneficiarios parece que podrían potenciar este papel, así como la selección de tareas relacionadas con la infracción cometida o infracciones de naturaleza similar, o la provisión de espacios en que el penado pueda formular y elaborar su experiencia de la pena (por ejemplo mediante el contacto con su supervisor).

3. CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL TBC EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1. REGULACIÓN DEL TBC EN EL CP

3.1.1. Regulación legal

Bajo este epígrafe se pretende llevar a cabo un somero repaso a la regulación del TBC contenida en la parte general del CP (arts. 33, 39, 40, 49, posponiendo la exposición de los artículos 53 y 88 CP para el siguiente capítulo). No se entrará aquí en el estudio pormenorizado de la regulación ni en su análisis por la doctrina; este epígrafe pretende únicamente servir como instrumento orientador que, sintetizando la regulación de la pena en nuestro ordenamiento, facilite la lectura del resto de este capítulo.

1. El TBC viene clasificado por el artículo 33 CP como pena leve cuando oscila entre 1 y 30 días (art. 33.4.h) CP) y como pena menos grave cuando su duración oscila entre los 31 y los 180 días (art. 33.3.k) CP).

2. El artículo 39.i) CP recoge el TBC como pena privativa de derechos; y el artículo 40.4 CP establece que su duración será de un mínimo de un día a un máximo de un año.

3. El CP dedica su artículo 49 a la regulación de esta pena, subrayando desde el principio que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado, al que la pena obliga a prestar su cooperación no retribuida en actividades de utilidad pública, que *“podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”*. El precepto establece asimismo algunas condiciones de ejecución de la pena:

1º El límite máximo de duración de la jornada de trabajo es de ocho horas.

2º Otorga el control de la ejecución de la pena al JVP que, a tal efecto, requerirá de la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que el penado preste sus servicios los informes que crea necesarios.

3º Esta pena no podrá atentar contra la dignidad del penado.

4º La administración facilitará los trabajos en beneficio de la comunidad, y a tal fin podrá establecer los convenios oportunos.

5º Se dispensa a los penados a TBC la protección en materia de Seguridad Social contemplada en la legislación penitenciaria.

6º Se prohíbe que esta pena se supedite al logro de intereses económicos.

7º Establece la obligación de los Servicios Sociales penitenciarios de comunicar al JVP las incidencias relevantes en la ejecución de la pena, y en particular las ausencias en el trabajo, el bajo rendimiento en el mismo, la oposición a las instrucciones recibidas o cualquier otra razón por la que el responsable del trabajo se niegue a mantenerlo en su puesto. El JVP podrá optar entre acordar la ejecución en el mismo centro, otro distinto o entender que existe incumplimiento, en cuyo caso se deducirá testimonio para proceder conforme al artículo 468 CP¹.

8º Regula el tratamiento de las ausencias justificadas al trabajo.

4. A partir de las modificaciones operadas en el CP por las LO 11/2003, LO 15/2003, y LO 1/2004², el TBC se recoge como pena directa opcional en diversos preceptos de los libros II y III del CP: arts. 153, 171, 172, 244, 618, 620, 626, 632 CP.

Por otra parte en el artículo 379 CP se recoge como pena optativa a imponer, en su caso, junto con la multa alternativa (prisión o multa más, en su caso, TBC).

Por otra parte, puede aplicarse como modo de cumplimiento de la RPSIM o como pena sustitutiva de la prisión (arts. 53 y 88 CP).

3.1.2. Mención al desarrollo reglamentario

La normativa que desarrolla la ejecución del TBC se concentra especialmente en el capítulo II (arts. 3 al 10) y al capítulo VI (arts. 26 a 31) del RD 515/2005, de 6 de mayo, 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 libertad³.

El resto de normativa aplicable, cuyo contenido se verá en el estudio de los distintos aspectos de la regulación de la pena, es la siguiente: RD 782/2001, de 6 de

¹ Las principales novedades introducidas en el artículo 49 CP por la LO 15/2003 son la referencia a la actividad del penado en el primer párrafo, la atribución de la función de control de la ejecución al JVP, y no como anteriormente al juez o tribunal sentenciador, la regulación del régimen de incumplimiento y de ausencias al trabajo, que con anterioridad se recogía en sede reglamentaria. Se elimina, en consecuencia, la remisión a un reglamento (que en su momento fue el RD 690/1996) de la regulación de las demás circunstancias de su ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en la LO General Penitenciaria (en adelante LOGP), cuyo contenido es declarado supletorio en lo no previsto en el propio CP. En su momento la literatura discutió la oportunidad de esa declaración de supletoriedad, ver BOLDOVA (2000:127); GARCÍA ARÁN (1997:53); JORGE (1997a:222); MANZANARES (1997a:1048); SERRANO BUTRAGUEÑO (1996:48, 2002a:677).

² La LO 1/2004 introdujo diversas modificaciones y suprimió la referencia a la pena de TBC que la LO 15/2003 había introducido en el artículo 468 CP.

³ El RD 515/2005, publicado en el *BOE*, núm. 109, de 7 de mayo de 2005, viene a sustituir al RD 690/1996, de 26 de abril, publicado en el *BOE*, núm. 120, de 17 de mayo, pp.16966-16969.

julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁴; RD 1599/2004, de 2 de julio, por el que se modifica la estructura básica del Ministerio del Interior, que atribuye en su artículo 9 a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias entre otras la competencia sobre “*la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad*”; y el Decreto 425/2004, de 9 de noviembre, de reestructuración parcial del Departamento de Justicia [de la Generalitat de Cataluña].

3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL TBC

Las peculiares características de la configuración del TBC, en especial la necesidad del consentimiento del penado para su imposición y el tratarse de una pena consistente en una realización positiva y no en una mera privación de derechos, junto con el hecho de que en diversos ordenamientos cumple distintas funciones (pena principal, sustitutivo de la prisión, condición de la suspensión o regla de la *probation*, forma de cumplimiento de la RPSIM) hacen que la doctrina discuta acerca de su naturaleza jurídica: minoritariamente se ha cuestionado la naturaleza de pena del TBC, pero la discusión se centra especialmente alrededor de su condición de pena privativa de derechos.

3.2.1. El TBC como pena

Algunos autores han cuestionado la naturaleza de pena del TBC (MAZA 1996:158; SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:50-51, 2002a:674-677), basándose fundamentalmente en cuatro argumentos. En primer lugar, el artículo 35 CE recoge el trabajo como un derecho, pero también como un deber; por otra parte, la Ley del Voluntariado ya contempla las actividades de utilidad pública o interés social sin la percepción de una retribución; en tercer lugar, se ha esgrimido la necesidad de la prestación de consentimiento para la imposición del TBC, pudiéndose elegir, además, entre distintas actividades ofertadas al penado (SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:50-51, 2002a:674-677; MAZA 1996:158); finalmente, a diferencia de toda pena, no consiste en un mal para quien la padece, sino en un bien, que además de mejorar su

⁴ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2001, pp. 24769-24774.

nivel educativo y su solidaridad, evita que el penado deba cumplir una pena privativa de libertad (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:675). Estos argumentos privarían al TBC de su virtualidad punitiva, permitiendo afirmar que “los trabajos en beneficio de la comunidad no son una pena ni suponen una privación de derechos, sino que representan un sustitutivo penal ... o una forma de extinguir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa” (SERRANO BUTRAGUEÑO 1996: 51⁵).

Estos argumentos, sin embargo, pueden contestarse. Por una parte, el hecho de que el trabajo sea constitucionalmente considerado un deber además de un derecho (art. 35 CE) no priva al TBC de contenido punitivo, pues con esta pena se está imponiendo la realización *no remunerada* de un tipo de actividad determinada: la falta de remuneración constituye una carga punitiva central en la concepción de esta pena. En segundo lugar, el hecho de que el trabajo de utilidad pública venga recogido en la Ley del Voluntariado no obsta a que en el supuesto del TBC se trate de la imposición de este trabajo de utilidad pública como consecuencia jurídica de un delito o falta, no de su libre asunción.

En tercer lugar, el necesario consentimiento del penado para la imposición de esta pena no desvirtúa su naturaleza de tal excluyendo el carácter aflictivo de la sanción. No se trata de que el reo elija voluntariamente la consecuencia jurídica de su infracción, sino que su necesario consentimiento constituye un mecanismo garantista que impide que la imposición forzosa de la pena atente contra sus derechos fundamentales y asegura la colaboración del penado en su cumplimiento. El consentimiento no excluye la coactividad de la pena, que seguirá implicando la restricción o privación de un derecho (ASÚA 1984:317; BERNAL 1999:27), únicamente obliga a articular un

⁵ Más radicalmente, SERRANO BUTRAGUEÑO (2002a:675) afirma que el TBC no cumple al menos dos de los requisitos de toda pena: tiene carácter voluntario, mientras toda pena debe ser impuesta coactivamente desde el exterior, y, como se ha expuesto ya, a diferencia de toda pena, no consiste en un mal para quien la padece, sino un bien, que además de mejorar su nivel educativo y su solidaridad, evita que el penado deba cumplir una pena privativa de libertad. Para este autor, la naturaleza del TBC representa ya un “*sustitutivo no-penal*”, aproximándose “a la *remisión condicional de la pena privativa de libertad* con la condición de participar en un programa formativo, laboral o similar (ver art. 83 CP, en especial punto 4º del apartado 1)” (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:676; cursivas del autor). En coherencia, acaba proponiendo la supresión de las referencias al TBC en los artículos 33 y 39 del CP, en que es formalmente declarado pena, y la creación de un nuevo precepto situado inmediatamente detrás del artículo 53 o del artículo 88 CP.

Más matizadamente, DE LEÓN (1999:198 n.p.), pone de manifiesto que ciertos aspectos del artículo 49 CP en su redacción de 1995 seguían la línea de los artículos 26 y 132 del Reglamento Penitenciario, remitiéndose incluso a la LOGP como derecho supletorio y asimilando la protección social del trabajador a la del penado a prisión. Esto le permite sugerir la posibilidad de “calificar el trabajo en beneficio de la sociedad como derecho-deber al igual que el trabajo penitenciario, a partir de los términos que utiliza el propio art. 49” (DE LEÓN 1999:198, n.p.).

mecanismo de regreso a la pena sustituida o la imposición de otra sanción ante la falta de consentimiento (en este sentido, BRANDARIZ 2002:132).

Por otra parte, la aceptación del penado se producirá con la finalidad de evitar otra consecuencia más perjudicial para el sujeto (una privación de libertad). Si el penado no consiente a la imposición del TBC no deja de haber una consecuencia jurídica para la infracción cometida: se aplicará la pena originalmente impuesta o se cumplirá la RPSIM mediante privación de libertad.

Finalmente, la consideración del TBC como un bien para el penado es insostenible. En primer lugar, porque obliga al penado a desempeñar durante su tiempo libre un trabajo por el cual no obtiene remuneración alguna, es decir, tiene una importante carga punitiva, incluso más severa que la de otras alternativas a la prisión, como la multa o la suspensión (BRANDARIZ 2002:132-133).

En segundo lugar, no deben confundirse las pretensiones resocializadoras y educadoras de esta pena con la gracia de un bien para el penado; con el TBC se impone un determinado trabajo no remunerado: ello en sí mismo no es un “bien”; “bien”, en todo caso, podría ser el resultado final de todo ello: la resocialización del penado (en este sentido, POZUELO 1998:81; BRANDARIZ 2002:133).

Además de poderse rebatir todas las consideraciones en contra, otros argumentos abundan en favor de la consideración del TBC como pena. En primer lugar, el argumento formal de la declaración implícita y explícita del TBC como pena en los artículos 32, 33, 39 y 40 del CP (ARÁNGUEZ 2000:14; BOLDOVA 2000:125; BRANDARIZ 2002:133; GÓMEZ ARROYO 2003:2).

En segundo lugar, el TBC se impone, como corresponde a las penas, atendiendo a la culpabilidad del sujeto (ARÁNGUEZ 2000:14; BRANDARIZ 2002:133; GÓMEZ ARROYO 2003:2).

Finalmente, a pesar de sus peculiaridades, y como hemos desarrollado en el capítulo anterior, el TBC es capaz de satisfacer los fines tradicionalmente asignados a las penas (ARÁNGUEZ 2000:14; BRANDARIZ 2002:133; GÓMEZ ARROYO 2003:2; en el mismo sentido, SANZ MULAS 2000a:345). Los fines que actualmente se esperan de una pena son, fundamentalmente:

a) la satisfacción de las necesidades retributivas o de prevención general, mediante la imposición de un castigo proporcional a la infracción cometida (CID 2004:216). En el supuesto del TBC, la afectación de derechos que comporta (al tiempo libre, a la remuneración por el trabajo desempeñado, a la libertad de movimientos mientras dura la

prestación) y la obligación de trabajar que impone suponen una carga aflictiva suficiente como para satisfacer fines retributivos y preventivo generales; por otra parte, contribuye a ellos necesaria utilidad social de la tarea desempeñada por el penado (ARÁNGUEZ 2000:14-15); finalmente, estos fines no se ven violentados por la necesaria aceptación del penado, puesto que ésta viene motivada por la amenaza de una pena más grave (ARÁNGUEZ 2000:14)⁶;

b) en caso de peligro de repetición de la conducta penada, debe imponerse una pena con capacidad rehabilitadora (CID 2004:216); en este sentido, las investigaciones empíricas demuestran que el TBC no tiene *inferior* capacidad rehabilitadora que otras penas (notablemente que la de prisión), al contrario, el porcentaje de reducción de la reincidencia es sensiblemente inferior en casos de TBC (ver capítulo II de este trabajo); por otra parte, se ha apuntado que “la voluntariedad y la búsqueda de actividades educacionales” apuntan a la satisfacción de estos fines (ARÁNGUEZ 2000:14); y finalmente,

c) “en caso de que exista peligro de revictimación – se atiendan a las necesidades de incapacitación del delincuente” (CID 2004:216); como se ha visto en el capítulo II, el TBC no es una pena esencialmente incapacitadora; sin embargo, en ocasiones el tiempo de trabajo se ha distribuido de tal modo que en los momentos de mayor riesgo de repetición de la conducta incapacite al penado para cometer ese tipo de infracción.

Cabe concluir, pues, que el TBC es una pena, aunque una pena *sui generis*⁷, por la necesidad del consentimiento del sujeto para su imposición y ejecución, y porque a raíz de ello deberá arbitrarse en todo caso una pena alternativa a la misma para los casos de falta de consentimiento, o preverse únicamente como pena sustitutiva.

Los motivos que subyacen a esta discusión podrían reconducirse a la “versatilidad” del servicio a la comunidad a la que se refiere ASÚA (1984:317); en efecto, el servicio comunitario tiene la virtualidad de poder configurarse como una pena autónoma, como un sustitutivo de la prisión, como una condición para la suspensión de

⁶ Responde aquí ARÁNGUEZ a la afirmación de SERRANO BUTRAGUEÑO (2002a:676) de que los TBC “no suponen un mal sino un bien”: el penado debe elegir entre dos opciones aquella que considere menos lesiva; la elección del TBC y no de la privación de libertad que el AFS o la RPSIM implican, “supone optar por el menor de dos males, de las dos penas cuya aplicación es posible, por lo tanto no es un bien, aunque sí un beneficio para el reo” (ARÁNGUEZ 2000:14, n.p.).

⁷ Es en este sentido de pena *sui generis* en que habría que entender las afirmaciones de que el TBC se trata de una figura entre el contrato y la pena (ASÚA 1984:313, refiriéndose al *community service* inglés; SANZ MULAS 2000a:346-347); estas autoras, reconociendo la particularidad que la necesidad de consentimiento atribuye al TBC, en ningún momento niegan su naturaleza de pena.

la condena o un requisito de la *probation*, por lo que su naturaleza dependerá de cómo haya quedado configurada en un ordenamiento jurídico determinado según la voluntad del legislador (ASÚA 1984:316-317).

En nuestro ordenamiento el TBC ha quedado claramente configurado como pena: pena directa, aunque alternativa, en algunos casos, pena sustitutiva de la prisión en otros y como forma de cumplimiento de la RPSIM, aunque existen otras figuras que pueden parecer cercanas y comparten algunas características con el TBC (así, la suspensión de la ejecución de la pena con la obligación de participar en programas laborales, art. 83.1.4º CP, o el trabajo penitenciario).

En conclusión, teniendo en cuenta su configuración formal como pena (art. 33 CP), su imposición como consecuencia de un juicio de culpabilidad, y su cumplimiento de los fines asignados a las penas, el TBC ha sido claramente configurado en nuestro ordenamiento como una pena. Otra cosa es la discusión subsiguiente sobre su configuración como pena privativa de derechos en particular.

3.2.2. El TBC como pena privativa de derechos

Bajo este epígrafe examinaremos en primer lugar la naturaleza de pena privativa de derechos del TBC, y en segundo lugar, trataremos de determinar de qué concretos derechos priva su imposición. A estas discusiones subyacen, respectivamente, el cuestionamiento de la categoría de pena privativa de derechos en general y la definición del contenido punitivo del TBC.

La pena de TBC viene recogida en el artículo 39 CP como pena privativa de derechos⁸. Allí se contemplan penas hasta ahora tradicionalmente consideradas privativas de derechos -inhabilitaciones (a) y (b), suspensión de empleo o cargo público (c) y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (d)-, a las que en su momento se añadió la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (e), la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (f) y el TBC (i); y más recientemente, la prohibición de aproximarse a la víctima u otros sujetos (g), la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas (h), añadidas por LO 15/2003.

⁸ Para una discusión sobre la naturaleza jurídica de las penas privativas de derechos, ver p. ej. LÓPEZ BARJA 1999b:128-130, 2000:599-601.

La ubicación sistemática del TBC entre las penas privativas de derechos fue ya cuestionada por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del CP⁹, así como en los debates parlamentarios previos a la aprobación del CP 1995, siendo todavía motivo de discusión en la doctrina. Son numerosos los autores que al preguntarse de qué concreto/s derecho/s está privando el TBC, ponen en duda que se trate de una pena privativa de derechos.

Así, MIR (2002:693) discute la inclusión del TBC entre las penas privativas de derechos argumentando que el hecho que esta pena se ofrezca como alternativa que requiera de la aceptación voluntaria del sujeto hace que podamos dudar que prive de algún derecho. Otros autores cuestionan su inclusión entre las penas privativas de derechos, por no acabarse de entender a qué concreto derecho se refiere (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:488; SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:50, 2002a:674; MANZANARES 1997a:1049; POZUELO 1998:82¹⁰; JORGE BARREIRO 2000:497; LANDROVE 2002:82).

Parece que, como apunta TAMARIT (1996:360) “lo que en buena medida subyace a la crítica es el cuestionamiento de este cajón de sastre que son las penas privativas de derechos pues todas las penas consisten precisamente en la privación de algún derecho”. Se trata de una acepción más bien formal, con una finalidad únicamente clasificatoria, e integrada por un conjunto heterogéneo definido en términos de exclusión, por no afectar directamente ni a la libertad ambulatoria ni al patrimonio (en este sentido, MAPELLI/TERRADILLOS 1996:176; VALLDECABRES 1996:337; JORGE BARREIRO 1997a:221; VAELLO 1997:33; BOLDOVA 2000:103-104).

Examinando la carga punitiva del TBC podemos llegar a ver de qué derechos priva su imposición. En opinión de algunos autores no cabe concretar específicamente los derechos de los que la imposición de esta pena priva, “sino que forman parte o son manifestación de la libertad general del ser humano y del libre desarrollo de su personalidad” (BOLDOVA 2000:126). Para ASÚA (1984:317) los trabajos de utilidad

⁹ Aunque podría decirse que de un modo algo confuso, pues por una parte se pregunta de qué derecho priva esta pena, pero por otra afirma que priva del tiempo libre (CGPJ 1994:165).

¹⁰ Para esta autora el TBC es un “cuerpo extraño” entre las penas privativas de derechos por no estar claro a qué derecho afecta su imposición y porque “además se trata de una pena que no se impone ni como pena principal ni como pena accesoria, sino que se trata de una pena alternativa o sustitutiva de las penas cortas de prisión, en concreto del arresto de fin de semana, aunque también sustituye indirectamente a la pena de multa” (POZUELO 1998:82). No podemos estar de acuerdo en el entendimiento de que el TBC es ni siquiera indirectamente, un sustitutivo de la multa, pues se trata de un modo de cumplir la RPSIM que, en caso de incumplimiento, comportará no un regreso a la multa sino el cumplimiento de la RPSIM mediante una privación de libertad.

social conllevan, cuando vienen configurados por el legislador como pena, “una restricción de libertad, durante un número determinado de horas a través de la obligación de realizar durante ellas una tarea positiva”.

En esta línea y ya en nuestro país, para una mayoría de autores, sin embargo, se está privando del derecho al salario, derecho a ser retribuido o del “derecho a vender su fuerza de trabajo” (TAMARIT 1996:360; en el mismo sentido, PARÉS 1998:160; SERRANO PASCUAL 1999:263; CALDERÓN/CHOCLÁN 2001:462; MUÑOZ/GARCÍA ARÁN 2002:537). Para CID (1997:107) además de privar de este bien económico, la pena restringe la libertad de movimiento, al obligar al penado a dedicar parte de su tiempo libre a trabajar (en el mismo sentido ARÁNGUEZ 2000:15-16; CGPJ 2000:89); BERNAL (1999:27) considera que implica “una restricción del derecho fundamental a elegir el trabajo y a percibir por él una remuneración (artículo 35.1 de la Constitución española)”.

Para otros autores, en cambio, la imposición del TBC afecta más bien a la libre disposición del tiempo libre (ocio) del penado (DE LA CUESTA 1985:229; SANZ MULAS 2000a:344).

Quizá la formulación clásica en la materia es la propuesta por WASIK/VON HIRSCH (1988:565, 567), según la cual además de la exacción de trabajo no remunerado, restringe la libertad de movimientos del penado al requerir que el trabajo se desarrolle en un lugar determinado y priva de tiempo de ocio.

En conclusión, consideramos que el contenido aflictivo del TBC puede reconducirse a la imposición de la obligación de trabajar sin remuneración (lo que puede redefinirse parcialmente como la privación del derecho a percibir una remuneración por el trabajo realizado) así como a la pérdida de tiempo libre y la restricción de movimientos durante los lapsos de tiempo en que el penado desempeña su actividad. No todos estos bienes constituyen derechos nominativamente consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta la concepción de la categoría de pena privativa de derechos como cajón de sastre o categoría residual, nada obsta a la inclusión del TBC en la misma (en este sentido, BRANDARIZ 2002:136-138).

3.3. CONCEPTO DE TBC EN LA REGULACIÓN

3.3.1. Enunciado

El artículo 49 CP contiene además de los elementos esenciales del régimen jurídico del TBC una definición somera de la pena: “*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas*”.

El RD 515/2005 recoge en su artículo 2, una definición de la pena que supone una reproducción literal de la contenida en el CP, añadiendo que se trata de una pena privativa de derechos. En este sentido el RD 515/2005 representa una clara mejora respecto del RD 690/1996, al que viene a sustituir, pues no rebasa el límite de la definición legal, ajustándose a la misma¹¹.

3.3.2. El consentimiento del penado

3.3.2.1. La necesidad de la prestación del consentimiento

El artículo 49 CP establece taxativamente que la pena de TBC no podrá imponerse sin el consentimiento del penado. El artículo 53 CP, que regula la posibilidad de cumplimiento de la RPSIM mediante TBC, reitera esta necesidad, que también aparece reflejada en el artículo 2 RD 515/2005. Esta exigencia, quizá la característica más destacable del TBC, representa una novedad en el sistema de penas y ha sido objeto de abundante literatura.

La necesidad de prestación del consentimiento para la imposición del TBC ha venido explicada por un sector mayoritario de la doctrina por el debido respeto a la contravención constitucional de los trabajos forzados, recogida en el artículo 25.2 CE¹², que sería vulnerada si el TBC fuese impuesto coactivamente¹³.

¹¹ Sobre esta discusión, que actualmente tiene únicamente un interés histórico, ver por ejemplo DE LAMO (1997:489); MANZANARES (1997a:1050); ARÁNGUEZ (2000:12).

¹² Artículo 25.2 CE *in limine*: “Las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...)”.

¹³ DE SOLA (1996:1215); JAREÑO (1996:70); LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996:62); SÁNCHEZ GARCÍA (1996:1503); SERRANO BUTRAGUEÑO (1996:50, 2002a:676); VALLDECABRES (1996:338, para quien la voluntariedad del TBC es la característica que lo distingue de los trabajos forzados); AYO (1997:154-155); BERDUGO (1999:359); CHOCLÁN (1997:163); DE LAMO (1997:157); GARCÍA ARÁN (1997:52-53); JORGE (1997a:223, 1997b:94); VAELLO (1997:37-38); PARÉS (1998:160); POZUELO (1998:83); VIDAL (1999:118); matizadamente DE LEÓN (1999:198); LÓPEZ BARJA (1999a:98, 1999b:146, 2000:616); MOLINA (2000:637); SANZ MULAS

La imposición de una pena de trabajos de utilidad social sin el consentimiento del penado vulneraría, además del artículo 25.2 CE, diversas disposiciones internacionales en materia de derechos humanos y condiciones de trabajo que prohíben expresamente los trabajos forzados y que pasamos a tratar brevemente con carácter previo¹⁴. Cabría citar, en este sentido, el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre Supresión del Trabajo Forzoso u Obligatorio¹⁵, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1930 y ratificado por España mediante Ley de 8 de abril de 1932, complementado por el Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo, de 25 de junio de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso¹⁶, ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 (DE SOLA/GARÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:63; MAZA 1996:158-159; ARÁNGUEZ 2000: 18-19; BRANDARIZ 2002:217). Podría entenderse vulnerada también la prohibición de trabajos forzados u obligatorios contenida en la Convención Europea para la Protección los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁷, de 4 de noviembre de 1950, firmada en Roma (art. 4.2)¹⁸, así como el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos¹⁹, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante NNUU) el 16 de diciembre de 1966 (art. 8.3)²⁰.

(2000a:346), más generalmente: “Una pena de trabajos forzados es claramente contradictoria al modelo de Estado que aquí tomamos como base, y de ahí la necesidad de su aceptación por el penado”; LANDROVE (2002:83, 2004:1); MUÑOZ/GARCÍA ARÁN (2002:537).

¹⁴ Detenernos en esta cuestión tiene sentido por dos motivos: en primer lugar, por que los textos internacionales que se enumerarán, ratificados por España, la vinculan; en segundo lugar, porque de acuerdo con el artículo 10.2 CE “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, de modo que para concretar el sentido de los trabajos forzados prohibidos en el artículo 25.2 CE debe recurrirse a estos textos (en este sentido, GARCÍA ARÁN, G. 1996:39).

¹⁵ Puede consultarse en la página oficial de la Organización Internacional del Trabajo: <http://www.ilo.org/ilolex>.

¹⁶ Puede consultarse en *id.* que nota anterior. A pesar de que los autores lo citan para abundar en la prohibición internacional de una pena de trabajos sociales impuesta sin el consentimiento del penado, el contenido de su artículo 1 no los incluye en el ámbito de aplicación del convenio: “*Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:*

- a. *como medio de coacción o educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, económico o social establecido;*
- b. *como método de movilización y utilización de mano de obra con fines de fomento económico;*
- c. *como medida de disciplina en el trabajo;*
- d. *como castigo por haber participado en huelgas;*
- e. *como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”.*

¹⁷ Puede consultarse en: <http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf>.

¹⁸ Artículo 4: “2. *Nadie será constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio*”.

¹⁹ Puede consultarse en la página oficial de las NNUU: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm

²⁰ Artículo 8.3: “a) *Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzado u obligatorio*”.

Sin embargo, estas convenciones contienen exclusiones del concepto de trabajos forzados, en las cuales cabría entender comprendida la pena de TBC. Así el Convenio 29 de la OIT considera en su artículo 2.1 como trabajo forzoso u obligatorio “*el exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*”, pero excluye de este concepto “*cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una conducta pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado*” (art. 2.2.c.).

De acuerdo con esta exclusión, pues, parece que nada obstaría a una pena de trabajos de utilidad social impuesta sin el consentimiento del penado siempre y cuando su actividad se desarrollara en el seno de entidades públicas²¹.

En cambio, los artículos 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²² y 8 del Pacto Internacional para la Protección de los Derechos Civiles y Políticos²³ sólo recogen en su lista de exclusiones a la prohibición del trabajo forzado los trabajos penitenciarios, forzados o no (BRANDARIZ 2002:219).

Aunque su letra pueda excluirlos, “no parece que el espíritu de las referidas normas internacionales sea excluir la aplicación de figuras como las actuales penas de

²¹ Esta exclusión puede recibir una lectura distinta de acuerdo con la cual la exclusión de las personas jurídicas de carácter privado, sin distinguir entre las que puedan o no tener carácter lucrativo, podría plantear problemas a la hora de aceptar trabajos de utilidad social impuestos sin el consentimiento del penado (BRANDARIZ 2002:219-220). Excluyendo a personas jurídicas privadas, sin embargo, nada obstaría a que los trabajos pudieran prestarse en personas jurídicas públicas exclusivamente, salvándose así la objeción.

DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL (1986:63) ofrecen otra interpretación según la cual la exclusión del artículo 2.2.c se refiere al trabajo prestado en el interior de los establecimientos penitenciarios “como consecuencia de una condena”, por lo que parece evidente que si el trabajo *es* el objeto de la condena, debe ser aceptado voluntariamente por el sujeto. Ello se confirma recordando el art. 25.2 CE. (1986:19).

²² Artículo 4: “3. *No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo:*

a. Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional(...).”

²³ Artículo 8.3: “*b) El inciso precedente no puede ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente.*

c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:

i. Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional”.

trabajos de utilidad social”, sanción que se consagró en diversos ordenamientos con posterioridad a la elaboración de las normas internacionales mencionadas, por lo que no fue tenida en cuenta junto a los clásicos trabajos forzados (BRANDARIZ 2002:219²⁴).

El legislador internacional, pues, no se refiere a la actual pena de TBC cuando prohíbe trabajos forzados, aunque la letra de algunos textos impediría su imposición sin el consentimiento del penado.

De modo similar a cómo ocurre en los textos internacionales, “cuando el legislador constitucional incluye la prohibición de los trabajos forzados no está pensando en la figura que ahora tratamos²⁵, basada en una combinación de los principios de reinserción y reparación, que utiliza la productividad del sujeto en orden a reparar el daño causado al orden social” (DE LEÓN 1999:198; en el mismo sentido, MACIÀ 1995:136 quien considera que son tanto la voluntariedad como la eminente finalidad resocializadora las características del TBC que lo alejan del castigo corporal o vengativo proscrito por el artículo 25.2 CE; BRANDARIZ 2002:221).

Cabe poner de manifiesto, además, que el artículo 25.2 CE se refiere a la prohibición de los trabajos forzados *como pena privativa de libertad* (BOLDOVA 2000:127) y que el TBC no es una pena privativa de libertad (art. 35 CP), sino que ha sido configurada como pena privativa de derechos (art. 39 CP), por lo que la literalidad del artículo 25.2 CE no le sería estrictamente aplicable²⁶.

Aunque por todos estos motivos el artículo 25.2 CE fuese compatible con una pena de trabajos sociales para cuya imposición no se requiriera el consentimiento del penado, este consentimiento seguiría siendo necesario desde un punto de vista constitucional, pues la imposición del TBC sin el mismo constituiría un trato inhumano o degradante, que el artículo 15 CE prohíbe (CID 1997:106; BOLDOVA 2000:127; SANZ MULAS 2000b:102) . Y ello, creemos, no tanto por su imposición en sí (una pena como la de prisión se impone sin el consentimiento del penado, y ello no se considera vejatorio o degradante) sino más bien porque de no consentir al trabajo social

²⁴ Debido a los problemas de literalidad señalados, sin embargo, cabría defender la reformulación de los textos internacionales en el sentido de incluir entre las exclusiones las figuras de trabajos sociales análogas al TBC (BRANDARIZ 2002:220).

²⁵ MANZANARES (1997:1050) propone una interpretación histórica del sentido de esos trabajos “rechazables siempre, con o sin la aceptación voluntaria del reo”.

²⁶ TÉLLEZ (2005:127), sin embargo, propone un argumento según el cual el legislador constitucional pensó únicamente en los trabajos forzados en el contexto de la privación de libertad guiado por la experiencia histórica, “sin que pudiera imaginarse nuevas modalidades punitivas que exigieran un trabajo comunitario forzoso, por lo que no sería descabellado hacer extensible aquella prohibición a cualquier clase de pena, sea cual fuere la naturaleza de la misma. Esta sería, entiendo, la única vía de inconstitucionalidad”.

impuesto, la ejecución forzosa de la pena comportaría un uso de la fuerza y un trato para con el penado constitutivo de los tratos inhumanos prohibidos por el artículo 15 CE²⁷ y desproporcionado tanto respecto a la pena impuesta como respecto a la infracción cometida²⁸.

Por otra parte, la necesidad de consentimiento permite sostener la constitucionalidad del TBC, y desempeña una función como garantía de que el TBC mejore, y no empeore, la situación del sujeto: “nos encontramos ante una alternativa a la privación de libertad, o sea, algo que sólo puede mejorar y nunca empeorar (de ahí la necesidad del consentimiento) la situación” del penado (TAMARIT 1996:360, 2005:386; en el mismo sentido ARÁNGUEZ 2000:19; BRANDARIZ 2002:221-222).

Desde otro punto de vista, pero no ya como presupuesto de la imposición de la pena, para que el TBC pueda esperar a lograr sus fines de resocialización del penado es fundamental la cooperación del mismo, sin la cual esa sanción está condenada al fracaso. En este sentido puede considerarse que “el requisito de conformidad del penado pretende involucrar al mismo en la ejecución de la sanción, garantizando su cooperación” (BRANDARIZ 2002:222; en el mismo sentido, SANZ MULAS 2000a:346). Incluso más fundamentalmente, sin una mínima cooperación del penado el cumplimiento de esta pena resulta imposible.

A pesar de que “la doctrina mayoritaria considera que la necesidad de que el penado acepte voluntariamente su imposición elimina el carácter “forzado” de estos trabajos” (ARÁNGUEZ 2000:10), se ha puesto de manifiesto que esa aceptación o consentimiento no es absolutamente libre, sino que viene condicionada por la amenaza o intimidación que supone la imposición de la privación de libertad que el AFS o la RPSIM comportan (en este sentido, DE LA CUESTA 1985:235; SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:50, 2002a:676; CHOCLÁN 1997:163; BRANDARIZ 2002:212; parecidamente, ASÚA 1984:317).

²⁷ La ejecución forzosa de una pena como la de prisión, detención y conducción al centro penitenciario, sí es compatible con el artículo 15 CE; sin embargo, por su contenido, que implica un hacer positivo, la ejecución forzosa del TBC comportaría no sólo la conducción al centro de trabajo sino *obligarle* materialmente a desempeñar la actividad requerida. Además de ser constitutivo de trato inhumano, esto sería totalmente desproporcionado en relación con la infracción cometida. Para ASÚA (1984:313, 324) y VIDAL (1999:118) al implicar la realización de una actividad, la ejecución de esta pena sería imposible sin cierta voluntad por parte del sujeto.

²⁸ De acuerdo con CALDERÓN/CHOCLÁN (2005:98) esta imposición coactiva vulneraría asimismo el derecho a la libertad ambulatoria del artículo 17 CE durante el tiempo en que se desarrollasen los trabajos.

Por otra parte, no es el consentimiento del penado propiamente el elemento que distingue a la pena de los trabajos forzados; como se ha buscado reflejar en el capítulo I, los trabajos forzados suponen la imposición de un plus de sufrimiento y degradación, un ataque a la dignidad de la persona, que no está presente en nuestra pena. En aquellos ordenamientos en que se ha prescindido del requisito del consentimiento (por ejemplo, en Inglaterra y Gales desde el *Crime (Sentences) Act* de 1997²⁹), la pena no ha adquirido caracteres asimilables a los trabajos forzados. Se trata de una pena impuesta con garantías, dentro de marcos constitucionales que obligan a preservar la dignidad del penado, dotada de cierto contenido resocializador, en que el trabajo en sí no constituye propiamente el castigo ni representa un plus de sufrimiento.

Minoritariamente y frente al criterio mayoritario de la doctrina de nuestro país que considera esencial la prestación del consentimiento, MAPELLI/TERRADILLOS (1996:177) apuntan hacia otra dirección. Los autores distinguen entre trabajo forzado y trabajo obligado, teniendo el primero carácter aflictivo, pero ejecutándose el segundo “bajo las mismas condiciones y garantías que el trabajo en libertad”, lo que les permite afirmar que el TBC pertenece al segundo tipo, por lo que aunque no se prestara el consentimiento, se sigue de su argumentación, éstos no constituirían trabajos forzados, no incurriéndose así en la vulneración del artículo constitucional que los prohíbe; de este modo podría soslayarse la exigencia siempre del consentimiento, que a su juicio representa una limitación a la aplicación del TBC³⁰.

Esta opción, sin embargo, chocaría todavía con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contenida en el artículo 15 CE por cuanto la ejecución forzosa de esos trabajos sería constitutiva de los mismos.

Puede concluirse, pues, que el fundamento de la exigencia del consentimiento del penado a la imposición de un TBC es de carácter constitucional (art. 15 CE), y más

²⁹ La supresión del consentimiento para la imposición de las *community service orders* estuvo vinculada a un reinterpretaciones doctrinales del contenido de las disposiciones internacionales sobre los trabajos forzados, así como a una política del Home Office tendente al endurecimiento de las *community punishments* con el fin de aumentar su credibilidad como penas (ASHWORTH/EMERSON 2001:501-503; HOME OFFICE 1995b).

³⁰ De hecho, y como pone de manifiesto BRANDARIZ (2002:220-221) “una revisión de los Convenios nº 29 y 105 de la OIT muestra que existen múltiples ejemplos de trabajos obligatorios que no son trabajos forzados, en el sentido que jurídico-penalmente esta expresión tiene desde antiguo, y en concreto la consecuencia jurídica de servicios en beneficio de la comunidad carece del carácter gravoso de la actividad laboral propia de los trabajos forzados y del contenido aflictivo asociado a la misma. Pero sobre todo esta divergencia entre los conceptos de trabajos forzados y trabajos obligatorios está presente en nuestro propio ordenamiento penitenciario, que recoge la posibilidad de imponer a los reclusos determinadas actividades obligatorias, en disposiciones cuya constitucionalidad ha admitido el Tribunal Constitucional”.

ampliamente, vendría exigida por “la actual conciencia de respeto de los derechos fundamentales de las personas” (BRANDARIZ 2002:212), además de constituir una garantía de que la imposición del TBC no empeore la situación del sujeto. Al mismo tiempo, el consentimiento del penado incentiva su cooperación en la consecución del objetivo resocializador (SANZ MULAS 2000a:346; BRANDARIZ 2002:212; FISCALÍA 2004:27), pero no ya como presupuesto a la imposición de la pena, sino como garantía de su eficacia³¹.

En derecho comparado existen algunas instancias en que se prescinde del consentimiento del penado para la imposición de penas de trabajos comunitarios.

3.3.2.2. El consentimiento del penado y el ámbito de aplicación del TBC

El artículo 49 CP establece que el TBC no podrá imponerse sin el consentimiento del penado; la necesidad de la conformidad del penado viene reiterada en el artículo 53.1 y 53.2 CP.

Se ha afirmado que la exigencia de este consentimiento “resta eficacia” a esta pena, imponiéndose la pena sustituida cuando el reo no lo preste (SANZ MULAS 2000a:353), “limita extraordinariamente” las posibilidades de aplicación (POZA 1996:259), y constituye un “grave obstáculo” para su configuración como pena principal (CID 1997:106; en el mismo sentido, FISCALÍA 2004:23), pero es reconocida como necesaria e imprescindible desde un punto de vista constitucional y de la posibilidad y efectividad de su ejecución.

La peculiar configuración que el legislador ha dado al TBC, y en particular la exigencia del consentimiento del sujeto, fue interpretada en general por la doctrina³² como un impedimento para que el TBC pudiera contemplarse como pena directa para delitos o faltas en la parte especial del CP, o incluso como pena accesoria (arts. 54 a 57 CP), debiéndose limitar a una función meramente sustitutiva.

³¹ Se ha relacionado la eficacia final de esta pena con la valoración positiva que del trabajo haga el penado, para lo que resulta necesaria su aceptación inicial y responsable del mismo (SANZ MULAS 2000a:346).

³² De esta opinión, DE SOLA (1996:1215); JAREÑO (1996:70); MAZA (1996:158-159) para quien, como ha quedado expuesto en su momento, es por lo menos dudoso el carácter de pena del TBC; POZA (1996:259, 1999:313); TAMARIT (1996:359-360); AYO (1997:154-155), CID (1997:106) para quien constituye un “grave obstáculo”; DE LAMO (1997:155 y 157); GARCÍA ARÁN (1997:52-53); BERDUGO (1999:360); ARÁNGUEZ (2000:16); BOLDOVA (2000:127); SANZ MULAS (2000a:346, 2000b:102).

Con anterioridad a las modificaciones introducidas en el CP por las LO 11/2003 y 15/2003, se argumentó que, de contemplarse el TBC como pena directa, la necesidad de consentimiento haría que fuese fácilmente eludible, pues el sujeto simplemente tendría que negarse a cumplirla para evitar su aplicación. Este inconveniente, sin embargo, podría evitarse mediante la previsión por parte del legislador de un sustitutivo o una pena opcional para el TBC en caso de no prestación del consentimiento (ARÁNGUEZ 2000:14 n.p.; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:224-225)³³.

La opción del legislador al introducir el TBC como pena directa en algunos preceptos de la parte especial del CP ha sido finalmente la de recogerla como pena principal *alternativa* a otra, de modo que, de no consentir el penado a la imposición del TBC, el juez siempre podrá imponer la otra pena prevista y la infracción no quedará sin consecuencia jurídica.

3.3.2.3. Los requisitos del consentimiento y el sistema de doble prestación del consentimiento

El consentimiento del penado a la imposición de una pena de TBC debe reunir los siguientes requisitos:

1. El sujeto debe comprender y conocer el detalle de las circunstancias relevantes del contenido y el régimen de ejecución de la pena; esto significa que deberá conocer el tipo de actividad a desempeñar, el número de jornadas y su duración horaria, el régimen de vigilancia y control y los hechos constitutivos de causa de incumplimiento (BRANDARIZ 2002:222-223).
2. El consentimiento debe prestarse ante un órgano jurisdiccional y el penado debe poder contar con asistencia de letrado para una mejor satisfacción de las garantías recogidas en el art. 24 CE (BRANDARIZ 2002:223).

³³ En una nota al pie, este autor pone de manifiesto que “son pocos los países que han acogido el trabajo en beneficio de la comunidad como pena primaria, de nuestro entorno tan sólo Dinamarca, Noruega y Finlandia. Vid. JESCHECK, H-H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (trad. Manzanera Samaniego, José Luis), Comares, Granada, 1993, p. 682” (ARÁNGUEZ 2000:14).

Ya en su momento, ASÚA (1984:317) admitió la posibilidad de que esta pena pueda recogerse como principal, única o alternativa; VALLDECABRES (1996:337) se limita a apuntar que no hay obstáculo para que en el futuro el TBC pueda establecerse como pena principal, aunque no se haya hecho. Parecidamente, para MUÑOZ/GARCÍA ARÁN (2002:537) la necesidad de consentimiento “obliga, asimismo, a que esta pena deba ser siempre alternativa de otra”: alternativa, no sustitutiva, por lo que parece que en principio consideran que podría ser una pena principal, si se le asignara una alternativa.

3. El consentimiento debe mantenerse durante el tiempo que dure la ejecución de la pena³⁴; en el supuesto de no mantenerse, no se prevé mecanismo de revocación de la pena, por lo que deberá entenderse incumplida, produciéndose las consecuencias propias del incumplimiento según se trate de un TBC impuesto como pena directa, como pena sustitutiva o como forma de cumplimiento de la RPSIM (arts. 49, 53 y 88 CP) (VAELLO 1997:37-389; BRANDARIZ 2002:223-224).

Estos requisitos deben satisfacerse en la práctica dentro de la estructura impuesta por la mecánica de ejecución del TBC (art. 5 RD 515/2005, que se examinará más adelante). Esta mecánica impide que en un primer momento el sujeto pueda conocer todas las circunstancias relevantes de la ejecución de la pena, de modo que al prestar su consentimiento ante el juez la información con la que contará será limitada, y generalmente no comprenderá cuestiones como la duración horaria de las jornadas de trabajo, el tipo de trabajo a desempeñar o a la entidad en que se llevará a cabo (en este sentido, CID 1997:111).

Sólo después de haber prestado este consentimiento el penado mantendrá una entrevista con los técnicos de los servicios sociales penitenciarios, que valorarán la posibilidad de aplicación del TBC al sujeto y en su caso le ofertarán los trabajos disponibles, a fin de que el sujeto consienta a uno de ellos (art. 5 RD 515/2005). Únicamente en los supuestos en que el juez, tribunal o fiscal haya hecho uso de la posibilidad de solicitar un informe social sobre la situación del imputado con anterioridad al juicio oral o posteriormente, después de recaída la sentencia (art. 28 RD 515/2005) habrá existido un contacto previo de los servicios sociales penitenciarios con el sujeto, y limitado al fin de elaborar un informe social, lo que puede incluir una valoración acerca de la aptitud del sujeto para cumplir una pena de las características del TBC.

Habrá, pues, una segunda prestación de consentimiento, esta vez ante técnicos de los servicios sociales penitenciarios³⁵, en la que el ya penado dispondrá de toda la

³⁴ En contra, MANZANARES/ORDÓÑEZ (1996:493), para quienes del artículo 49 CP no se desprende que la aquiescencia del penado deba repetirse en todos y cada uno de los momentos de la ejecución.

³⁵ Esta segunda prestación de consentimiento se materializa en el ámbito de competencias catalán en la firma de un documento de compromiso entre el penado, el responsable de la entidad receptora del trabajo y el técnico de la administración. Cabe poner de manifiesto que el técnico no es un funcionario público, sino un empleado del IRES, asociación civil, y por tanto privada, contratada para gestionar la ejecución de la pena.

información pertinente, pero sin la presencia de un juez (y en la práctica, tampoco normalmente del letrado defensor). No puede afirmarse que el consentimiento dado ante el juez *a la imposición* de la pena, el estrictamente requerido por la literalidad del artículo 49 CP, sea en realidad un consentimiento perfectamente informado; por otra parte, la mecánica de funcionamiento de la pena diseñada por el RD 515/2005, que obliga a una doble prestación de consentimiento ante órganos distintos, como se evidenciará con su estudio pormenorizado, resulta claramente disfuncional³⁶.

Ante esta situación caben diversas posturas.

1.- Una primera postura según la cual basta con una sola prestación de consentimiento ante el juez para entender satisfechas las exigencias constitucionales, ya que de acuerdo con el artículo 49 CP no es necesario que el requisito de voluntariedad se extienda más allá de la imposición de la pena al concreto trabajo a desempeñar (en este sentido, CHOCLÁN 1997:163-164; MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:493; S. AP. ALICANTE 6/06/2005) El desarrollo reglamentario va más allá de estas exigencias constitucionales al dar un contenido excesivamente amplio al requisito de la voluntariedad, que no debe extenderse hasta convertir al TBC “en un instrumento para acomodar al penado en la realización de una actividad laboral a su conveniencia”, por lo que la falta de consentimiento ante los servicios sociales penitenciarios deben tener como consecuencia la apreciación del incumplimiento de la pena (CALDERÓN/CHOCLÁN 2005:98-99 sobre el RD 690/1996, en este extremo idéntico al RD 515/2005)

2.- Una segunda postura considera exigible, como ha quedado reflejado anteriormente, un consentimiento *informado* del penado, que deberá conocer no sólo las obligaciones que comporta esta pena, sino su concreto contenido. Este consentimiento informado encuentra asimismo su fundamento en los fines preventivo especiales de esta pena, que tienen más posibilidades de alcanzarse consintiendo el penado a la pena tal y como acabará siendo ejecutada (en este sentido, BRANDARIZ 2002:291-292).

³⁶ Además, puede acarrear otros problemas, como el retraso intencionado de la ejecución de la pena por el reo que inicialmente ha aceptado la imposición del TBC pero que posteriormente se niegue a aceptar las plazas ofertadas (ARÁNGUEZ 2000:19). La negativa injustificada a aceptar el trabajo ofertado por la administración debe ser comunicada al órgano jurisdiccional, y comportar el regreso a la pena privativa de libertad sustituida (CHOCLÁN 1997:164; GARCÍA ARÁN 1997:122; PARÉS 1998:160), el cumplimiento de la RPSIM mediante privación de libertad o la imposición de otra consecuencia jurídica prevista para la infracción.

Podría satisfacerse esta exigencia de consentimiento informado, *de lege ferenda*, mediante la sustitución de la actual doble prestación de consentimiento por una sola, plenamente informada y realizada ante el juez (ARÁNGUEZ 2000:20; BRANDARIZ 2002:291). Para que ello fuera posible debería anteponerse en todo caso a la resolución en que se acordara la imposición de esta pena la intervención de los servicios sociales penitenciarios; esta intervención permitiría trasladar al reo información más concreta que la que el juez le podrá proporcionar acerca del contenido y las obligaciones que la pena comporta. Por su parte, permitirá al juez o tribunal disponer de suficiente información sobre la situación personal y social del sujeto y la compatibilidad de sus circunstancias con un concreto trabajo a desempeñar (en este sentido, GARCÍA ARÁN 1997:122; ARÁNGUEZ 2000:20; BRANDARIZ 2002:291).

Esta solución permite la preservación de “un principio fundamental que no debe obviarse cual es que el consentimiento del penado, en tanto que garantía constitucional, debe prestarse con todas las garantías ante el órgano judicial que impone la pena” (GARCÍA ARÁN 1997:122).

Ante la regulación actual, que prevé el consentimiento *del penado*³⁷ antes de la imposición de la pena (art. 49 CP), que prevé un doble sistema de prestación de consentimiento (art. 49 CP, art. 5 RD 515/2005) y que únicamente contempla como posibilidad la intervención de técnicos y su entrevista con el penado con anterioridad a la resolución judicial acerca de la imposición de la pena (art. 28 RD 515/2005), las soluciones que nos parecen más razonables son las siguientes:

i. Ante la inexistencia de una previsión procesal específica para satisfacer la necesidad de anteposición de la manifestación del consentimiento del reo a la resolución judicial que impone la pena se han propuesto diversas soluciones. Algunas abogan porque este vacío se subsane mediante una “actividad prospectiva tendente a averiguar la disposición del acusado y eventualmente penado” (FISCALÍA 2004:22; AAVV 2005:14). Se han propuesto algunas fórmulas de realización de esa actividad prospectiva: que se dicte sentencia *in voce* en el acto del juicio oral preguntando al acusado si acepta el TBC, y en caso negativo imponer la pena alternativa prevista o

³⁷ La referencia literal al “penado” como sujeto que ha de prestar su consentimiento a la imposición de la pena es un desliz del legislador, pues no se es penado hasta que no se ha sido condenado a una pena, y no se es condenado hasta que ésta no se impone, para lo que se requiere el consentimiento del sujeto. Este obstáculo gramatical “no puede prevalecer sobre la racionalidad de contar con todos los presupuestos necesarios para dictar sentencia” (S. AP. ALICANTE, SECC 1ª 1457, 6/06/2005).

que los fiscales soliciten al juez o presidente del tribunal que pregunte al acusado o denunciado “sobre si en caso de una eventual sentencia condenatoria presta el consentimiento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, permitiendo al mismo consultar con su abogado defensor”³⁸ (FISCALÍA 2004:22), antes de elevar las conclusiones a definitivas o de interesar sentencia condenatoria en juicios por faltas³⁹.

Estas opciones, que implican consultar al reo antes de dictar sentencia, pueden presentar diversos problemas: pueden entenderse como una expresión antes del momento procesal oportuno de la voluntad del juez de dictar una sentencia de condena; no dejan al reo suficiente tiempo para meditar debidamente su decisión; puede producirse un fraude que consiste en eludir la prisión, aceptándose una pena de TBC con intención de incumplirla en su momento para que acabe imponiéndose una pena de multa por quebrantamiento de condena (MAGRO 2005:11).

Por ello la opción que parece preferible consiste en que todas las sentencias, también las de conformidad⁴⁰, contemplen la imposición, además de una pena de TBC, cuando se considere la apropiada, también y subsidiariamente, una pena de prisión, multa o localización permanente, supeditando la ejecución de éstas a la falta de aceptación del TBC también fijado en la sentencia⁴¹ (TSJ VALENCIA *et al.* 2005:15; MAGRO 2005:11; TÉLLEZ 2005:129; S. AP. ALICANTE (SEC. 3ª) 21/04/2005; en contra, AAVV 2005:14, para quienes ello significa imponer penas condicionadas, lo que no resulta admisible).

³⁸ En este sentido, se han propuesto fórmulas concretas, como “vista la calificación formulada en los escritos de las partes acusadoras y las penas correspondientes a los delitos –o faltas- objeto de acusación, de acuerdo con el art. 49 CP, aceptaría el acusado, en caso de condena, la imposición de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, comprendida en dichos preceptos?” (S. AP. ALICANTE, 1457, 6/06/2005; en el mismo sentido, AAVV 2005:14). Esta fórmula o preferiblemente una análoga con el mínimo de tecnicismos posible, debería ir precedida por una explicación por parte del juez acerca del contenido de la pena, las obligaciones que conlleva y las consecuencias de su incumplimiento.

³⁹ En los supuestos en que el juez de lo penal imponga una pena directa de prisión y el recurrente interese ante la Audiencia Provincial la imposición de TBC sería necesario citar al penado en la Audiencia para que consienta *personalmente* al TBC, puesto que el recurso formulado por letrado no puede sustituir la exigencia de la opción personal del penado (AAVV 2005:14).

⁴⁰ También se ha propuesto, alternativamente, que en los supuestos de conformidad, cuando ésta recaiga sobre una pena de TBC, conste simultáneamente en el acta de consentimiento del penado la aceptación del TBC (FISCALÍA 2004:22).

⁴¹ Se ha apuntado la necesidad de que los fiscales y en su caso la acusación particular soliciten en los escritos pertinentes ambas penas para el caso de que el reo acabe no aceptando la imposición del TBC impuesto en sentencia (MAGRO 2005:11). Se ha propuesto una comparecencia del ya penado para que exprese su consentimiento genérico a la pena de TBC ante el juez, que terminaría con un auto recogiendo tal consentimiento y acordando la ejecución de la pena impuesta en la sentencia “o, en su caso, la que en el propio auto se concrete como pena sustitutiva” (MAGRO 2005:12).

ii. Una segunda prestación de consentimiento se realizará ante los servicios sociales penitenciarios, esta vez sobre un concreto plan de ejecución de la pena, disponiendo el penado de toda la información. Al partir de la premisa de que el consentimiento del penado debe ser informado, y que el que se presta ante el juez no lo es suficientemente, no podemos considerar, en caso de que el penado no preste este segundo consentimiento que estamos ante un supuesto de incumplimiento (en contra, S. AP. ALICANTE 1457, 6/06/2005). Sin embargo, la situación es anómala, pues tendremos una pena impuesta en sentencia firme que no se podrá cumplir por no concurrir un requisito. Estas situaciones podrían subsanarse con la previsión propuesta, en sentencia o en la resolución que resuelva sobre la imposición de TBC, de las consecuencias de esa falta de consentimiento (imposición de la otra pena directa alternativa prevista, sustitución por multa o regreso a la prisión, o cumplimiento de la RPSIM mediante privación de libertad, según la función que realiza el TBC en cuestión).

En resumen, la prestación del consentimiento por parte del penado resulta ser un requisito de aplicación de la pena de carácter constitucional, pero en la práctica es, además, un requisito de eficacia de la pena, sin el cual su misma ejecución y sus fines preventivo especiales se verían frustrados. Por otra parte, si bien existe acuerdo teórico en que el consentimiento a prestar por el penado debe ser informado, lo que incluye conocimiento del concreto trabajo a desempeñar, la mecánica de ejecución de la pena obliga a fraccionar en dos esa prestación. De este modo una primera prestación de consentimiento, incompletamente informada, pero envuelta de las debidas garantías, se producirá ante el juez, y una segunda prestación de consentimiento, debidamente informada pero desprovista de las debidas garantías, será prestada ante técnicos al servicio de la administración. La solución *de lege ferenda* pasa por adelantar la intervención de esos técnicos a la resolución del juez sobre la imposición de la pena de modo que la prestación de consentimiento que se produzca ante el juez sea completamente informada. Las soluciones propuestas *de lege lata* pasan por la anteposición a la resolución judicial de la pregunta al sujeto sobre la aceptación de la posible pena, o la adopción de fórmulas algo forzadas en las resoluciones judiciales que eviten las consecuencias indeseables de la falta de consentimiento.

3.3.3. La falta de retribución por el trabajo desempeñado

3.3.3.1. Justificación

El artículo 49 CP estipula que la cooperación que el penado preste en determinadas actividades de utilidad pública no será retribuida, algo que el artículo 2 RD 515/2005 reitera.

Podría cuestionarse la posible contradicción entre estas disposiciones y el artículo 25.2 CE, que establece que el condenado a pena de prisión “tendrá derecho a un trabajo remunerado”. Sin embargo, el TBC no es, en primer lugar, una pena de prisión y, en segundo lugar, el contenido de esta pena es precisamente el trabajo de utilidad pública no remunerado, por lo que debe concluirse que no existe contradicción alguna entre los preceptos mencionados (en este sentido, LÓPEZ BARJA 1999a:98-99; 1999b:146-147; 2000:616).

La falta de retribución proporcionada al trabajo prestado es consecuencia del carácter de pena del TBC y parte esencial de su carga aflictiva (de esta opinión, entre otros, DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:63; WASIK/VON HIRSCH 1988:567; MAPELLI/TERRADILLOS 1996:177; DE LAMO 1997:158; ARÁNGUEZ 2000:31).

Además, favorecer con un puesto de trabajo remunerado al que con su comportamiento ha lesionado intereses sociales, frente a aquél que no lo ha hecho y está desempleado, representaría privilegiar al ciudadano que ha delinquido⁴² (DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:63; GARCÍA ARÁN, G. 1996:41; DE SOLA 1996:1215; POZUELO 1998:83-84; VAELLO 1997:38; TÉLLEZ 2005:129).

Por otra parte, una de las funciones asignadas al TBC es la reparación simbólica a la comunidad afectada por el delito; la falta de retribución, junto al carácter socialmente útil del trabajo, contribuyen a la satisfacción de esta función⁴³ (BRANDARIZ 2002:228; TÉLLEZ 2005:129).

Para que la aflicción que la imposición de esta pena comporta no vaya más allá de lo que le corresponde, el RD 515/2005 prevé en su artículo 6.3 una indemnización

⁴² La búsqueda de un puesto de trabajo remunerado no es el objetivo buscado con la imposición de esta pena (AYO 1997:158).

⁴³ Se ha sostenido asimismo que la utilidad económicamente determinable que pueda reportar el trabajo desempeñado “se destina a la compensación del daño causado por el hecho punible cometido” (PARÉS 1998:160-161), compensándose de este modo a la comunidad general, y no a la víctima concreta del delito. Por otra parte, de acuerdo con su postura retribucionista, para CHOCLÁN (1997:164) esa utilidad “se destina a la compensación de la culpabilidad por el hecho punible”, por lo que no puede decirse que el penado trabaje gratuitamente, sino que su atípica retribución es la compensa de su culpa.

por los gastos de manutención y transporte, a cargo de la entidad en que el penado preste su trabajo, a no ser que la propia entidad pueda proveer esos servicios, respetando siempre el contenido del convenio firmado entre la Administración y la entidad en que se prestan los servicios⁴⁴. Con esta última precisión, parece contemplarse la posibilidad de que en tal convenio se establezca algún sistema de compensación a la entidad por estos gastos; de hecho, en el marco de Cataluña esto es lo que sucede, pues la Administración subsana los gastos en que la entidad pueda incurrir por causa de la prestación de servicios de un penado en su seno (Juanjo SUBERO, comunicación personal); el Convenio entre el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, la Federación de Municipios de Cataluña y la Asociación catalana de Municipios y Comarcas de 26 de octubre de 2005 recoge en su pacto quinto el pago de una cantidad fija por ejecución de cada programa de TBC (37,54 euros) y una cantidad en función de cada caso y hora efectivamente realizada por las entidades municipales en la colaboración de programas de TBC (3,51 euros).

3.3.3.2. Problemas y cautelas

La falta de remuneración por el trabajo realizado puede representar un problema para la correcta ejecución de esta pena y el logro de sus fines en dos sentidos. Por una parte, si el penado se encuentra en situación de paro laboral la realización de la actividad le privará del tiempo necesario para la búsqueda de empleo, pudiéndole ocupar hasta un máximo de ocho horas diarias. Teniendo en cuenta la escasa duración y entidad de las prestaciones por desempleo en nuestro país⁴⁵, la falta de remuneración puede agravar su situación, y contrarrestar los posibles efectos educadores o resocializadores buscados con la imposición de la pena. Por otra parte, la imposición de una pena de TBC larga, en particular con jornadas de muchas horas de duración, puede resultar efectivamente incompatible con la realización de una actividad laboral (SANZ MULAS 2000b:103).

⁴⁴ “Tiene sentido esta disposición, ya que de la misma manera se ocupa de los gastos de subsistencia del delincuente el Establecimiento Penitenciario correspondiente cuando se trata de una pena privativa de libertad” (POZUELO 1998:84).

⁴⁵ En este sentido, ASÚA (1984:311) considera lógica la falta de remuneración “en un país como Gran Bretaña con una prestación por desempleo casi sin límites. Pero en otros países la cuestión de la gratuidad o la remuneración puede ser más problemática ante el alto índice de desempleados que no cobran subsidio alguno de paro”; pero comentando la enmienda 933 del Grupo Parlamentario Comunista (1980 y 1983) “parece que por el carácter de los trabajos no debieran ser objeto de remuneración, pero hay que tener en cuenta la realidad social del país y las necesidades o situación del condenado, pues sería una gran ironía asignarle unas tareas gratuitas sin promover sus medios de subsistencia mínimos cuando el sujeto no tiene medio de ingreso alguno. Pienso que en estos supuestos debe asignarse una dieta para comida y transporte, o bien gestionar a través de los servicios de asistencia social locales una prestación mínima de subsistencia” (ASÚA 1984:323).

Esta observación, realizada cuando el máximo de la pena eran 384 horas, cobra en la actualidad mayor sentido, si cabe. La obligación de realizar hasta 1440 horas de trabajos en el plazo de un año (de no considerarse aplicable el apartado 5 del art. 40 CP) supone la obligación de trabajar casi 4 horas diarias durante los 365 días del año. Esto resultará claramente incompatible con el desarrollo de una actividad laboral especialmente en el caso de tener responsabilidades familiares u ocupaciones formativas o educativas.

La cuestión de la remuneración cobra especial relevancia en los supuestos en que el TBC se aplique como forma de cumplimiento de la RPSIM, pues se ha visto como solución óptima cuando el sujeto no dispone de suficientes medios para hacer frente a la multa (WASIK/VON HIRSCH 1988:565). Esto significa que en estos casos esta pena puede estarse aplicando a sujetos en situaciones económicas difíciles. Parece existir cierta tensión inevitable en el hecho que se imponga un trabajo sin remuneración al que no tiene medios para satisfacer la multa porque no trabaja.

Para evitar estos inconvenientes se ha propuesto no tanto una remuneración proporcionada al trabajo realizado como una pensión que cubra las necesidades básicas de subsistencia durante el tiempo que dure la ejecución de la pena (ASÚA 1984:323; VAELLO 1997:38; ARÁNGUEZ 2000:31). CID (1997:114-115) propone una ayuda que evite que la ejecución de la pena agrave situaciones de marginalidad social y facilite a su vez el cumplimiento de la sanción (en el mismo sentido, SANZ MULAS 2000b:103).

Estas sugerencias no se han plasmado en la regulación, y ante la falta de desarrollo de soluciones se ha propuesto una solución *de lege lata*: una interpretación amplia de la literalidad de los artículos 49 CP y 6.3 RD 515/2005 permitiría conceder esa prestación mínima de subsistencia (ARÁNGUEZ 2000:103). Así, si entendemos por “manutención” no sólo las estrictas necesidades alimenticias sino las esenciales necesidades de alojamiento y vestuario, la indemnización prevista en el artículo 6.3 RD podría llegar a cubrir las necesidades básicas de subsistencia del penado si es que carece de ingreso alguno durante el tiempo que dure la ejecución de la pena (ARÁNGUEZ 2000:31).

Cabe realizar algunas objeciones a esta propuesta. En primer lugar, esta interpretación representaría privilegiar a los penados a TBC por encima de aquellos a los que se ha aplicado otra consecuencia jurídica del delito o falta (BRANDARIZ 2002:233). En segundo lugar, es cuestionable que suplir las carencias provocadas por la falta de prestaciones del estado sea función del sistema penal. En tercer lugar, el

principio de flexibilidad que rige la ejecución de esta pena, que permite jornadas de una duración ínfima, y el propio contenido de la pena, la falta de remuneración, obligan que en su imposición se preste especial atención a la compatibilidad de la sanción con el desarrollo de una actividad laboral remunerada, una actividad formativa o la búsqueda de empleo (en este sentido, BRANDARIZ 2002:233).

La efectiva aplicación de este principio, junto con la puesta en contacto por parte de los técnicos responsables de la ejecución del TBC del penado con los servicios sociales competentes, deberían ser suficientes para suplir la falta de retribución por el trabajo desempeñado y superar los problemas que pueda plantear.

Finalmente, y de modo más general, quizá en supuestos de exclusión social no sea adecuada la imposición de esta pena; para que *a priori* pueda contemplarse como plausible su cumplimiento será necesaria cierta estabilidad en la vida del sujeto que le permita seguir un horario determinado y cumplir correctamente instrucciones; otra cosa comportaría la imposición de una pena de antemano condenada a ser incumplida; para sujetos en situación de exclusión social o extrema marginalidad, quizá la *probation* con la imposición de deberes u obligaciones orientados a facilitar la inserción social y laboral del sujeto sea una pena más adecuada. De *lege lata* y con las precauciones apuntadas en el capítulo anterior, una posible solución pasaría por imponer adicionalmente al TBC, cuando sea posible, deberes de conducta de tipo rehabilitador.

La prestación posibilitada por una interpretación amplia del término “manutención” no se concede en la práctica, por lo menos en el ámbito de competencias de Cataluña. Sin embargo, la ejecución del TBC supone que sujetos en situación de necesidad entrarán en contacto con la administración; cuando esto sucede, los técnicos responsables derivan a organismos sociales adecuados los casos que requieran ayuda.

3.3.4. Las actividades a desempeñar por el penado

3.3.4.1. Actividades de utilidad pública

El artículo 49 CP estipula, y el artículo 2 RD 515/2005 reitera, que la pena de TBC obliga al penado a prestar su cooperación no retribuida en “*determinadas actividades de utilidad pública*”.

La exigencia de utilidad pública de la actividad a desempeñar ha sido justificada desde diversos puntos de vista. En primer lugar, se ha configurado esta pena

otorgándole una función de reparación (simbólica si se quiere) a la comunidad; la utilidad social de la actividad desempeñada por el penado facilita la satisfacción de esta función. Una de las novedades importantes que comporta esta pena, a diferencia de lo que sucede con otras penas, es que otorga al penado un rol activo de alguien que aporta algo (*a giving role*) en particular a la comunidad, más que alguien que recibe (WINFIELD 1977:128). Y para que los concretos trabajos a desempeñar por el penado sean realmente *en beneficio de la comunidad*, deben reportar una utilidad pública o general (CHOCLÁN 1997:164-165; PARÉS 1998:161; TÉLLEZ 2005:130). En segundo lugar, exigir la utilidad pública de la actividad impide la apropiación privada de los beneficios o la utilidad del trabajo desempeñado.

En tercer lugar, se ha sostenido que esta característica orienta la pena a la consecución de los objetivos de resocialización del penado (BRANDARIZ 2002:237). Sin embargo, consideramos que por sí solo, un trabajo de utilidad pública (por ej. mantenimiento de parques públicos) no tiene porqué ser más resocializador que un trabajo de utilidad privada (p. ej. jardinería). Serán otras características del trabajo las que en su caso añadan al mismo valor o capacidad resocializadora (como el contacto con personas desfavorecidas o el trabajo en equipo) (en este sentido, CHOCLÁN 1997:163, para quien la utilidad pública reportada por el servicio prestado por el penado nada añade a su eficacia preventivo especial, idéntica a la de cualquier otro trabajo, sino que debe destinarse a compensar la perturbación creada por el delito). De hecho, la principal investigación empírica llevada a cabo al respecto apunta a que no es la utilidad pública del trabajo en abstracto, ni el carácter o naturaleza del trabajo o el marco en el que se desempeña lo que afectaría a las actitudes del penado (a la 'calidad' de su experiencia con la pena, que a su vez podrá relacionarse con su rehabilitación); lo que afectaría las actitudes del penado son cuestiones relacionadas con las características de los puestos de trabajo concretos; los puestos con resultados más positivos son: los que maximizan las posibilidades de contacto entre los penados y los beneficiarios del trabajo, los que proporcionan una oportunidad para que el penado adquiera nuevas habilidades/formación; y aquellos trabajos que los propios penados perciben como de verdadera utilidad a los receptores del servicio prestado (McIVOR 1991:26).

El fundamento de la exigencia de utilidad pública del trabajo, por tanto, es de tipo reparador simbólico, por una parte, y como forma de impedir la apropiación privada de los beneficios del trabajo, asegurando que la pena sea realmente en beneficio de la comunidad.

Por otra parte, ni el CP ni el RD 515/2005 concretan qué debe entenderse por actividades de utilidad pública, lo que sería deseable a los efectos de facilitar a la administración criterios claros para el establecimiento de una red de entidades colaboradoras en la ejecución de esta pena y de aceptar o rechazar las propuestas de una concreta actividad por parte del penado (art. 4.2 RD 515/2005; TÉLLEZ 2005:130). De la lectura del apartado primero del artículo 49 CP se deduce que para hacer efectiva esta exigencia, la concreta actividad del penado se llevará a cabo en la propia administración, en una entidad pública o en una asociación de interés general (LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN 1996:62; VALLDECABRES 1996:338; MUÑOZ/GARCÍA ARÁN 2002:537). En el mismo sentido, cabría mencionar aquí el número 3 del artículo 49 CP, que establece que el trabajo será facilitado por la administración, que a tal fin podrá establecer los convenios oportunos. Estas previsiones, sin embargo, no permiten concretar suficientemente qué debe entenderse por utilidad pública, por lo que sería conveniente delimitar en sede reglamentaria los ámbitos de actividad que deben entenderse incluidos (BRANDARIZ 2002:237-238). Así que más que cuestiones de fundamento, lo problemático es la falta de definición normativa de lo que deba entenderse por utilidad pública, si tenemos en cuenta que esta característica de la misma debe servir de criterio a la hora de seleccionar las actividades a llevar a cabo por el penado.

3.3.4.2. En particular, actividades de reparación o apoyo a las víctimas

Se han definido tres tipos de sistemas de determinación de los puestos de trabajo: un primer sistema sería aquél que busca conjugar las habilidades o la formación del penado con las necesidades conocidas de la comunidad (CARTER/COCKS/GLASER 1987:7). Este sería el caso, por ejemplo, de un penado con formación médica o paramédica que preste sus servicios en una entidad voluntaria de atención a accidentes en carretera. Un segundo sistema supone intentar vincular la tarea a desempeñar con la infracción cometida (CARTER/COCKS/GLASER 1987:7), por ejemplo la asignación de esas tareas de acompañamiento de ambulancias a un sujeto que no tiene una formación específica pero ha cometido un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Finalmente, un tercer sistema alternativo es el de la asignación más o menos azarosa de penados a tareas según las mismas resulten disponibles o se manifieste una u otra necesidad en la comunidad (CARTER/COCKS/GLASER 1987:8). El sistema plasmado en la normativa española parece ser un híbrido entre el segundo y

el tercero: el trabajo a desempeñar por el penado puede relacionarse con la infracción cometida, pero no necesariamente debe ser ese el caso.

Esta posibilidad es una novedad introducida en el artículo 49 CP por la LO 15/2003 y reproducida asimismo en el artículo 2 RD 515/2005⁴⁶, paralela a lo que sucede con las prestaciones en beneficio de la comunidad que pueden imponerse a menores y recogidas en el artículo 7 LO 5/2000, según el cual “*se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor*”.

Esta posibilidad viene referida en la literalidad tanto del CP como del RD 515/2005 únicamente en relación con los “*delitos*”. Sin embargo, no parece haber ninguna razón político criminal que justifique la exclusión de la misma en los supuestos de faltas, por lo que por “*delito*” debería entenderse aquí en general infracción.

Este nuevo inciso admite una doble lectura: por una parte, abunda en la orientación simbólicamente reparadora de la pena, según la cual la ejecución de la misma buscará reparar aquel sector de la sociedad especialmente afectado por delitos de similar naturaleza al cometido por el penado. Por otra parte, una lectura preventivo especial de esta posibilidad permitirá potenciar el efecto rehabilitador del TBC: la realización de una tarea que suponga confrontar al penado con consecuencias análogas a las producidas por la infracción cometida puede facilitar la toma de conciencia acerca de las consecuencias del propio acto y la asunción de responsabilidad por el daño causado. La Fiscalía parece entender que el sentido del inciso es el de incorporar “a nuestro ordenamiento la orientación de los trabajos en beneficio de la comunidad hacia programas de confrontación del delincuente con el daño ocasionado” (FISCALÍA 2004:21; LÓPEZ LORENZO 2004:4).

El concreto sentido del inciso según el cual las tareas a desempeñar por el penado pueden tener carácter reparador parece ser el de permitir al juez en la resolución, y a la administración penitenciaria en el plan de cumplimiento que elevará para su aprobación al JVP, vincular la tarea a desempeñar por el penado a la reparación de las consecuencias del propio hecho delictivo, “si con ello puede hacerse efectivo el contenido punitivo de la pena”, de consecuencias de hechos delictivos análogos, o

⁴⁶ En la definición reglamentaria anterior las actividades de utilidad pública a desempeñar por el penado debían tener además de utilidad pública interés social y valor educativo; esto sobrepasaba la literalidad del CP y en su momento provocó cierta discusión entre los autores (ver, por ej. AYO 1997:156, PARÉS 1998:159).

labores de asistencia y ayuda *a las propias víctimas*⁴⁷ o a víctimas de delitos análogos, por ejemplo mediante la colaboración con asociaciones de apoyo a las víctimas (TAMARIT 2005a:387; BLAY 2005; TSJ VALENCIA *et al.* 2005:13-14).

De opinión contraria a la extensión de las tareas de reparación a las víctimas de la propia infracción es la Circular 2/2004 de acuerdo a la cual “las labores de apoyo o asistencia a las víctimas deben en todo caso interpretarse como a las víctimas de otros delitos de naturaleza semejante”, excluyéndose una interpretación del precepto que lo orientaría hacia “una específica reparación del daño causado a la concreta víctima”; y ello porque “teleológicamente está el precepto orientado al interés social y no al interés propio de la víctima de la infracción”, como por otra parte se deriva de la función *en beneficio de la comunidad* asignada a los trabajos (FISCALÍA 2004:21; en el mismo sentido, LANDROVE 2004:5; TÉLLEZ 2005:131).

En cualquier caso, la decisión de establecer esta vinculación tendrá diversos condicionantes y limitaciones en la práctica y deberá tomarse informadamente a fin de que sea aconsejable tanto desde el punto de vista del penado como de los sujetos beneficiarios del trabajo y viable desde el punto de vista práctico. En primer lugar, vendrá limitada por el tipo de plazas disponibles en un momento determinado, que puede no incluir ninguna que sea a la vez adecuada a esta función reparadora y a las circunstancias laborales y familiares del penado, pues las tareas de reparación o ayuda no pueden responder a iniciativas individuales del penado sino integrarse en programas estructurados de ayuda a las víctimas (TÉLLEZ 2005:131).

En segundo lugar, será siempre necesario tener en cuenta el perfil del penado, que puede no aconsejar este tipo de tareas o incluso el contacto con víctimas. En tercer lugar, la voluntad de las propias víctimas debe ser tenida en cuenta y respetada en todo caso. En la práctica pueden plantearse problemas cuando el TBC se impone en casos de violencia doméstica o de violencia de género (arts. 153, 171.4 y 5, 172.2 CP), en que estas tareas no son recomendables ni aconsejables, ni para las víctimas ni muchas veces tienen ningún sentido preventivo especial para los propios delincuentes (en este sentido, MAGRO 2005:14 n.p.). En cambio, esta opción parece especialmente indicada para los supuestos de TBC impuesto como consecuencia de delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas (art. 379 CP). Teniendo en cuenta

⁴⁷ En el supuesto de entender admisible una tarea de asistencia y ayuda a la víctima de la infracción cometida, el objeto del trabajo a desempeñar no puede coincidir con la responsabilidad civil (uno de cuyos contenidos naturales es la reparación del daño): la simple satisfacción de la misma “no puede servir para cumplir con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” (TÉLLEZ 2005:131).

que, por lo menos en el ámbito catalán, la mayoría de penas de TBC impuestas en la actualidad responden a estos dos tipos delictivos, no es ocioso plantearse esta cuestión (BLAY 2005:13; ver conclusiones de este trabajo).

Los condicionamientos vistos aconsejan que la resolución judicial deje a la administración suficiente margen de maniobra como para valorar la conveniencia y la posibilidad de este tipo de trabajo. Otra cosa podría dar lugar a resoluciones judiciales que no pueden aplicarse en la práctica en todos sus términos (BLAY 2005).

3.3.4.3. Perfil de la actividad

Para asegurar la utilidad pública de la actividad a desempeñar por el penado no es suficiente que sea la administración la que facilite el trabajo (art. 49.3 CP), sino que además debe ser de interés general, seleccionándose la actividad teniendo en cuenta su significación para la colectividad (CHOCLÁN 1997:164-165). La utilidad pública debe servir de guía a la hora de seleccionar las actividades a llevar a cabo por el penado, incluso en los supuestos en que sea el propio penado el que proponga la actividad a realizar (art. 4.2 RD 515/2005) (PARÉS 1998:161; ARÁNGUEZ 2000:21; TÉLLEZ 2005:130).

En los países en que el TBC tiene mayor implantación las actividades en que los trabajos comunitarios consisten coinciden en buena medida con las que aquí prestan voluntarios o en su momento prestaron aquellos que eligieron la prestación social sustitutoria al servicio militar, pudiéndose aprovechar, a estos efectos, la fuerte expansión de las organizaciones no gubernamentales en los últimos años (JAREÑO 1996:71): atención a ancianos, enfermos, infancia, discapacitados físicos o psíquicos, “asociaciones de donantes, ayuda en carretera, rehabilitación de edificios públicos, apoyo a bibliotecas públicas, etc.” (ASÚA 1984:311-312⁴⁸; DE LA CUESTA 1985:1069; ARÁNGUEZ 2000:21; CHOCLÁN 1997:165 propone actividades similares, subrayando que “no satisfacen intereses privados o de un colectivo determinado sino que al menos, potencialmente, pueden verse beneficiados todos los ciudadanos”).

⁴⁸ ASÚA (1984:311-312) ofrece una lista de actividades todavía más específicas, extraída de la práctica en derecho comparado: “reconversión de centros abandonados en lugares de encuentros de ancianos, plantaciones de árboles, restauración de excavaciones arqueológicas o de edificios históricos, arreglos de jardinerías en hogares de impedidos físicos, acompañamiento a ancianos o impedidos a encuentros deportivos, trabajos de reparación o mantenimientos en hogares necesitados ... Se suele citar por su originalidad el caso de una mujer cuyo TBC consistió en tocar el piano durante 100 horas en hogares de jubilados. Las posibilidades son inmensas y dependen de la agilidad y habilidad del funcionario encargado de seleccionar las tareas y adaptarlas a las características del trabajador en cuestión”.

Ante el vacío legal, puede entenderse por actividades de utilidad pública aquellas de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otras de similar naturaleza, que promuevan el interés general⁴⁹.

También la normativa que en su momento reguló la prestación social sustitutoria al servicio militar empleó asimismo el concepto de utilidad pública para calificar el tipo de actividades a desarrollar por los objetores de conciencia, por lo que puede ser útil para perfilar el tipo de actividad a desempeñar por los penados a TBC.

La Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria dispone en el número 1 de su artículo 6 que los objetores de conciencia realizarán su prestación social sustitutoria en “*actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas ni tengan relación con la institución militar*”. El número 2 del mismo artículo delimita los sectores en que dicha prestación podrá desarrollarse:

- “a) Servicios sociales y, en particular, los que afecten a la acción comunitaria o familiar, protección de menores o adolescentes, tercera edad, personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales, minorías étnicas, prevención de la delincuencia, reinserción social de alcohólicos, toxicómanos y ex-reclusos y promoción de hábitos saludables de conducta.*
- b) Servicios sociales por la paz y, en particular, ayuda a refugiados y protección de los derechos humanos.*
- c) Programas de cooperación internacional.*
- d) Conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza.*
- e) Educación y cultura y, en particular, promoción cultural, alfabetización, bibliotecas y asociaciones.*
- f) Educación en el ocio.*
- g) Protección civil.*
- h) Servicios sanitarios.*
- i) Cualesquiera otras actividades, servicios u obras de carácter análogo que sean de interés general”.*

⁴⁹ Definición tomada de la LO 1/2002, reguladora del derecho de asociación, artículo 32, modificado por Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Alternativamente, y de un modo más general, se han elaborado una serie de criterios que debería cumplir una actividad para ser considerada de utilidad pública (BRANDARIZ 2002:239-240). En términos generales son dos las clases de actividades que tienen cabida en el concepto de *beneficio para la comunidad*: labores de asistencia social destinadas a colmar las necesidades de los colectivos menos favorecidos y actividades de distinto contenido que deriven en un beneficio para la comunidad. A este concepto amplio se añaden una serie de criterios para garantizar la utilidad pública de la concreta tarea a desempeñar que forman parte de algunas de las condiciones del TBC recogidas en nuestra legislación (BRANDARIZ 2002:239-240):

1. Se excluyen actividades que persiguen fines económico-lucrativos.
2. No debe entrarse en competencia con actividades profesionales.
3. A pesar de que la tarea se desempeñe en el marco de una organización, debe orientarse a la consecución de un beneficio comunitario, aunque sea de forma indirecta.
4. No son admisibles los trabajos individuales: deben desempeñarse en el contexto de una organización.
5. Se prefieren las actividades que beneficien potencialmente a la colectividad general y no a un círculo delimitado de personas.
6. Debe haber una actividad real asociada a ese puesto de trabajo, que no puede carecer de contenido.

A pesar de que en la práctica el criterio de la utilidad pública del trabajo, junto a la no supeditación de la ejecución de la pena al logro de intereses económicos ha sido efectivamente empleado para descartar actividades concretas⁵⁰, sería deseable que los criterios concretos expuestos, combinados con la enumeración casuística recogida en la antigua normativa sobre la prestación social sustitutoria, a modo de ejemplo, fueran recogidos reglamentariamente (en este sentido, BRANDARIZ 2002:237-238), lo que facilitaría a la administración la selección de actividades y al JVP el control de la ejecución de la pena.

No pueden apoyarse aquellas propuestas tendentes a dar una interpretación amplia y flexible al concepto de trabajos de interés general surgidas ante las dificultades de concertación de las plazas en que los penados deberán desempeñar su tarea

⁵⁰ Por ejemplo, algunas actividades desempeñadas por penados a TBC relacionadas con la limpieza y mantenimiento en municipios fueron descartadas en el momento en los ayuntamientos dejaron de prestar estos servicios por sí mismos y pasaron a prestarlos mediante la contratación de empresas privadas (Juanjo SUBERO, comunicación personal).

(propuesto, por ejemplo, por PARÉS 1998:161). Tal flexibilización podría, en nuestra opinión, dificultar el logro de las funciones que la exigencia de utilidad social tiene atribuidas y comprometer la credibilidad de la pena.

En relación con lo anterior y en el actual contexto de reducción del gasto público del estado hay que precaverse de los posibles abusos que supondría la utilización de penados a TBC para suplir servicios o cumplir prestaciones que el estado debería asegurar mediante servicios públicos. La administración catalana es particularmente cuidadosa en este sentido en su gestión⁵¹.

Prestando atención a otro aspecto distinto de esta cuestión, se ha puesto de manifiesto la necesidad de evitar la crítica de que los trabajos ocupados por penados a trabajos sociales introduzcan todavía más competitividad en el mercado laboral, especialmente en países con un elevado índice de desempleo, por lo que para evitar que se convierta en una pena impopular deberá tratarse de actividades que se encuentren fuera del mercado laboral⁵²; el carácter solidario de la actividad a desempeñar por el penado puede evitar la interferencia en el mercado laboral ya que excluye tales ocupaciones de ese mercado (JAREÑO 1996:70-71; en un sentido parecido, PARÉS 1998:159).

El cuadro siguiente muestra el tipo de actividades desarrolladas por los penados a TBC en el ámbito competencial de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives, entre las que destacan por encima de las demás las tareas de mantenimiento:

Colaboración en actos públicos, cívicos o culturales	4,68%
Colaboración en campañas solidarias	2,92%
Colaboración en proyectos de ayuda social	1,17%
Cuidado de animales	1,17%

⁵¹ Ver n.p. anterior.

⁵² Cuestión compleja que se planteó en su momento en relación con la prestación social sustitutoria al servicio militar, así como en relación con las actividades llevadas a cabo por voluntarios. Para una visión menos positiva, ver ROLDÁN (1989:868): “en la medida pervive, como cuestión capital, el viejo conflicto entre su incidencia social y su plausibilidad como recurso penal. Finalmente, se trata de cubrir con multados insolventes, y de manera gratuita, una serie de puestos que, en otro caso, encajarían en la estructura de las relaciones laborales. Piénsese sólo en los trabajos en prácticas y para la formación (artículo 11 ET y Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre) o los trabajos ejercidos en régimen de contratación temporal como medida para el fomento del empleo (artículo 17.3 ET y Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre). Desde este punto de vista, en la prestación de un trabajo público como medida penal se transluce un matiz negativo. Negatividad, lógicamente, que estará en función del volumen que pueda alcanzar la medida”.

Educación maternal	1,17%
Entidades de recuperación y reciclaje de residuos	5,85%
Socorrismo y prevención	1,75%
Apoyo general a la entidad	11,11%
Apoyo en tareas de administración	7,60%
Tareas de almacén	8,77%
Tareas de mantenimiento	46,20%
Tareas relacionadas con la atención a personas	7,60%

Datos correspondientes a 2002; datos facilitados por la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives.

3.3.5. No supeditación de la pena al logro de intereses económicos

El artículo 49 CP fija como condición de la ejecución de la pena de TBC que no se supedite al logro de intereses económicos. Cualquier trabajo, y más uno que pretenda ser *en beneficio de la comunidad*, “produce un beneficio, económicamente cuantificable en términos de PIB (producto interior bruto) y bienestar social”⁵³ (SERRANO BUTRAGUEÑO 1996:49, 2002a:677; en el mismo sentido, ARÁNGUEZ 2000:22), por lo que será necesario buscar el sentido de este requisito.

Se ha vinculado este requisito a la exigencia de que los trabajos desempeñados reporten utilidad pública o general (CHOCLÁN 1997:164) así como al carácter asistencial de las actividades desempeñadas (MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178). Sin embargo, consideramos que las implicaciones de esta exigencia apuntan más bien a evitar que la rentabilidad generada por el trabajo del penado no sea en ningún caso el criterio que justifique el recurso a esta pena (ARÁNGUEZ 2000:22); previsión que cobra todo su sentido a la vista de la historia de la utilización del trabajo penal en nuestro país (capítulo I). Esto implica en primer lugar que el TBC no puede suponer “una fuente de recursos humanos gratuitos” para la administración o las entidades en que se preste la actividad, lo que convertiría al trabajo en “el pago con que el penado compensaría los costes sociales que ha generado su delito” (ARÁNGUEZ 2000:21-22).

En segundo lugar implica que la administración no podrá cobrar por ceder penados a otras instituciones públicas o a entidades privadas de interés general, lo que supondría una desviación de este principio así como un ataque a la dignidad del

⁵³ Un intento de algo lejano en el tiempo de cuantificar económicamente los beneficios producidos por la actividad de los penados a TBC puede verse en McDONALD 1986. En Inglaterra y Gales se calcula que cada año los penados aportan a la comunidad seis millones de horas de trabajo no remunerado (NATIONAL PROBATION SERVICE 2003:1).

penado⁵⁴ (ARÁNGUEZ 2000:22, siguiendo a MOLINA 1996:26). En el ámbito competencial catalán la administración paga un canon a la entidad receptora por penado, para compensar el coste que comportará la dedicación de un miembro de la entidad a la formación, asistencia y seguimiento del penado. El cálculo de este coste deberá ajustarse al máximo para evitar cualquier perversión de su finalidad, que pueda transformar la recepción de penados a TBC en una actividad lucrativa.

3.4. LA DURACIÓN DE LA PENA

3.4.1. Regulación

Diversos preceptos establecen el complejo régimen jurídico de los límites, duración, jornadas, horarios y plazos de ejecución del TBC. Son los siguientes:

- a. El artículo 33.4.h) CP clasifica como pena leve el TBC entre uno y 30 días, y como pena menos grave cuando oscila entre los 31 y los 180 días (art. 33.3.k) CP)⁵⁵.
- b. El artículo 40.4 CP fija entre un día y un año la duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, estableciendo en su número 5 que la duración de las penas establecida en el propio artículo será la allí prevista “*salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código*”.
- c. El artículo 53.1 CP hace equivaler cada día de privación de libertad a una jornada de trabajo para los casos en que la RPSIM se cumpla mediante TBC.
- d. El artículo 88.1 CP estipula que en los supuestos de sustitución de penas de prisión por TBC, cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo, y que pueden sustituirse penas de prisión de hasta un año de duración por multa o TBC y excepcionalmente hasta dos por multa o multa y TBC⁵⁶.
- e. El artículo 49 CP establece que la duración diaria de los trabajos en beneficio de la comunidad no podrá exceder de ocho horas.
- f. El artículo 6.1 RD 515/2005 reitera que cada jornada de trabajo tendrá una duración máxima de 8 horas, y establece que para determinar su duración concreta, así como el plazo de cumplimiento, “*se tendrán en cuenta las cargas*

⁵⁴ Incluso, sigue el autor, podría plantearse que ello vulnera la LOGP en cuanto prohíbe la cesión de penados para que trabajen fuera de la prisión (ARÁNGUEZ 2000:22).

⁵⁵ Regulación modificada por la LO 15/2003; con anterioridad el artículo 33.4.e) CP clasificaba como pena leve el TBC de 16 a 96 horas y el artículo 33.3.j) CP como pena menos grave el TBC de 96 a 384 horas.

⁵⁶ Regulación introducida por la LO 15/2003; posteriormente la LO 1/2004 ha modificado el precepto en otros párrafos.

personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales”⁵⁷.

- g. El artículo 6.2 RD 510/2005 permite al JVP, cuando concurra causa justificada, autorizar el cumplimiento de la jornada de forma partida, en el mismo o diferentes días⁵⁸.

La duración de la pena resulta confusa en diversos aspectos que seguidamente pasamos a desarrollar.

3.4.2. Los límites del artículo 33 CP

La redacción dada al artículo 33 CP por la LO 15/2003 pasa a regular los límites máximos y mínimos de la pena en términos de días y no de horas de trabajo como sucedía en la redacción original del CP 1995. Esto soluciona alguna de las dudas planteadas por la antigua redacción del artículo⁵⁹; sin embargo, subsisten un buen número de incógnitas alrededor de la duración de la pena, planteándose problemas interpretativos y prácticos nuevos.

En la regulación anterior, parte de la doctrina había tratado de deducir los criterios que habían llevado al legislador a fijar los concretos límites mínimos y máximos de la pena en base a la función únicamente sustitutiva del TBC⁶⁰; sin embargo, las modificaciones introducidas por la LO 15/2003 en el CP prevén la imposición del TBC como pena directa opcional en distintos preceptos de la parte especial, además de mantener su función como forma de cumplimiento de la RPSIM e introducirla como pena sustitutiva de la prisión. Por ello, los límites de la pena de TBC establecidos por la nueva redacción del artículo 33 CP deberían tener una explicación político criminal propia, más allá de su correspondencia más o menos directa con las penas que sustituyen⁶¹. Sin embargo, como trataré de exponer, considero que el aumento

⁵⁷ El artículo 5.1 RD 690/1996, que con anterioridad a la entrada en vigor del RD 515/2005 regulaba la ejecución de la pena, establecía para cada jornada de trabajo una duración máxima de 8 horas y una duración mínima de 4 horas.

⁵⁸ El artículo 5.2 RD 690/1996 establecía ya esta posibilidad, especificando que los períodos mínimos deberían ser de dos horas.

⁵⁹ Por ejemplo, el planteado por la coincidencia entre el límite máximo del TBC como pena leve y el límite mínimo como pena menos grave en 96 horas (AYO 1997:153; BRANDARIZ 2002:179-180).

⁶⁰ Ver VALLDECABRES (1996:338); ARÁNGUEZ (2000:26); BRANDARIZ (2002:185).

⁶¹ La nueva redacción del artículo 33 CP suprime su apartado 5, según el cual “*la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya*”, por lo que ya no dependerá de la entidad de la multa sino de la entidad de la propia forma de cumplimiento de la RPSIM. Será pena leve la multa de 10 días a dos meses (art. 33.4.f) CP). De acuerdo con los límites y criterios de conversión fijados en los artículos 33 y 53 CP,

experimentado por la duración de la pena tiene una vinculación directa con su nueva función de sustitutivo de la prisión, por una parte, y que puede existir cierta desorientación por parte del legislador acerca de la gravedad del TBC y de su posición en la escala de gravedad de las penas, lo que lleva por una parte a fijar un límite superior demasiado elevado y criterios de conversión excesivos, y por otra parte a fijar unas penas excesivas en la parte especial y a asignar el TBC en algunos casos a delitos de escasa gravedad, cuando su correcta configuración es para infracciones de gravedad intermedia.

Cabe destacar las siguientes cuestiones en relación con la regulación del artículo 33 CP:

1.- A priori, debe valorarse positivamente el establecimiento de un límite máximo a la duración del TBC, pues otra cosa podría dar lugar a la imposición de penas de excesiva duración (en este sentido, DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:240; VALMAÑA 1990:185; BRANDARIZ 2002:180-181) y podría representar cierta tensión respecto del principio de legalidad de las penas.

Con un límite máximo se consigue evitar que en supuestos en que la pena funcione como sustitutivo de la prisión o forma de cumplimiento de la RPSIM, la pena pueda alcanzar, por el juego de los criterios de conversión empleados, una duración desorbitada (BRANDARIZ 2002:180). Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Alemania cuando se impone como forma de cumplimiento de la RPSIM, pudiendo alcanzar una duración de miles de horas (BRANDARIZ 2002:180-181 n.p.⁶²).

Una sanción de tan extensa duración obligaría al penado y al órgano sentenciador a elegir entre la alternativa de fijar un ritmo de cumplimiento de baja intensidad, con pocas horas de trabajo a la semana, compatible con las obligaciones

la RPSIM por una multa leve puede acabar cumpliéndose mediante un TBC leve, y la correspondiente a una multa menos grave por un TBC a su vez menos grave.

En los supuestos de sustitución de penas de prisión, los criterios de conversión del artículo 88.1, un día de prisión por un día de TBC, encuentran su limitación en el máximo absoluto de pena a imponer (180 días). El legislador no ha buscado una equivalencia exacta entre TBC y prisión sustituida, entre otros motivos porque de ser así la pena de TBC se prolongaría excesivamente. Parece reproducirse el deseo del legislador de evitar penas desproporcionadamente largas, que cuestionarían la viabilidad político criminal de la sanción, con el de mantener dentro de lo posible de los criterios de conversión establecidos para el TBC como sustitutivo de la pena de prisión y como modalidad de cumplimiento de la RPSIM, dejándose así “un amplio espacio de juego a dichos varemos, cuya aplicabilidad sólo decae en casos extremos, en que darían como resultado una sanción de duración extraordinariamente elevada” (BRANDARIZ 2002:185, refiriéndose al TBC como sustitutivo de AFS y modo de cumplimiento de la RPSIM).

⁶² Diversos autores han reclamado la introducción de un límite máximo a la pena en Alemania y han propuesto asimismo que a partir de cierto momento en la ejecución de la pena se reduzca el criterio de conversión entre día multa y horas de trabajo para evitar condenas demasiado largas (BRANDARIZ 2002:180-181 n.p.).

sociales, laborales y familiares del penado, o un ritmo de alta intensidad de varias jornadas de ocho horas cada una a la semana, lo que “incrementaría de forma notable los efectos desocializadores de la sanción, aumentando así de forma inadecuada su severidad. Del mismo modo... colisionaría con el mantenimiento de las obligaciones laborales, familiares y sociales del condenado, con lo que se pierden sus virtudes de pena con un escaso efecto desocializador” (BRANDARIZ 2002:181-182; CID 1997:114).

La excesiva extensión del cumplimiento de la sanción en el tiempo supondría un agravamiento de su carga punitiva, provocando problemas de proporcionalidad respecto de las infracciones que sanciona, de gravedad leve o media (BRANDARIZ 2002:182). En este sentido es interesante traer a colación que en Finlandia se busca una distribución temporal de la pena de trabajos comunitarios tal que su cumplimiento coincida en el tiempo con la duración de la pena de prisión que está sustituyendo. Esto se consigue mediante un criterio de conversión que hace equivaler a cada día de prisión una hora de trabajo, que normalmente se acumula en el fin de semana, de modo que una pena de prisión de seis meses, pasaría a equivaler a 180 horas de trabajo, que se distribuirían en sesiones de trabajo de entre 3 y 4 horas los dos días del fin de semana, lo que llevaría aproximadamente a las 26 semanas, unos seis meses. El razonamiento tras esta opción es que el cumplimiento del TBC obliga al penado no únicamente a trabajar durante las horas prescritas sino también a mantener un orden en su vida durante todo el tiempo en el que se extiende la ejecución de la pena (consistente, por ejemplo, en no excederse en el consumo de bebidas alcohólicas, mantener cierta higiene personal o respetar unos horarios), y que prolongar estas obligaciones más allá del plazo de prisión inicialmente impuesto provocaría tensiones desde el punto de vista de la proporcionalidad (Tapio LAPPI-SEPPÄLÄ, comunicación personal).

Por otra parte, el principio de humanidad de las penas, que es uno de los argumentos de apoyo a la introducción de las sanciones de trabajos comunitarios en los distintos ordenamientos, se vería violentado en caso de una duración excesiva (BRANDARIZ 2002:183). Un límite máximo razonable impide una “desnaturalización de la pena, que la lastraría con objeciones político-criminales similares a las que presentan las sanciones a las que pretende servir de alternativa” (BRANDARIZ 2002:183).

2'. El nuevo límite máximo del TBC como pena menos grave es de 180 días, debiéndose entender por días jornadas de trabajo; otra cosa impediría el cumplimiento partido de las jornadas de trabajo, que puede resultar necesario desde el punto de vista de la prevención especial para compatibilizar el cumplimiento de la pena con la vida laboral y familiar del penado (art. 6.2 RD 515/2005).

En el supuesto de jornadas de ocho horas de duración, una pena de TBC podría representar hasta 1440 horas de trabajo. Esta extensión obliga a matizar las consideraciones positivas realizadas en relación con el establecimiento de un máximo legal a la duración de la pena, pues deben entenderse referidas a un máximo legal razonable y ajustado a criterios político criminales claros. La nueva extensión de la pena resulta a todas luces excesiva desde el punto de vista del derecho comparado, en el que el límite máximo acostumbra a ser de 240 horas⁶³ (CID 1997:114; BRANDARIZ 2002:183).

Pero no es excesivo únicamente a la vista de las regulaciones de nuestro entorno, sino también de criterios de política criminal y de mera practicabilidad de la ejecución de la pena que se discutirán seguidamente.

2''. El notable aumento de las horas de trabajo introducido por la LO 15/2003 se ha producido de forma simultánea a la atribución a la pena por la misma ley de funciones sustitutivas de la pena de prisión. No hemos podido encontrar rastro alguno en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la reforma de los motivos del legislador para este aumento; sin embargo, no es descabellado vincularlo a la nueva función del TBC como sustitutivo de la prisión, en términos de realzar las credenciales punitivas de la pena si va a asumir esa función. Este cambio sería paralelo al que sucedió en su momento en el caso inglés, en que de una propuesta inicial de 120 horas de trabajo se pasó a las 240 en el *Criminal Justice Bill* de 1971 con el fin de aumentar la credibilidad de la pena como alternativa a la prisión. Según el razonamiento que subyace estos cambios, la duración de la pena se vincularía con la credibilidad en tanto en cuanto el TBC sustitutivo debería ser capaz de satisfacer un fin retributivo: el legislador parece querer asegurarse de que el TBC puede retribuir proporcionalmente

⁶³ En Inglaterra y Gales, sin embargo, el límite superior de la pena ha aumentado a 300 horas con el *Criminal Justice Act* 2003; de este aumento no se puede deducir una tendencia generalizable, pues en Francia se ha seguido el proceso contrario, reduciéndose a partir de enero de 2005 el máximo de horas a imponer de 240 a 210 horas de trabajo (art. 131.8 CP).

delitos castigados de modo originario con penas de prisión, para lo que conviene ampliar los límites superiores de la pena (MAHER/DUFOUR 1987:26).

Partimos para nuestras consideraciones críticas y propuestas, como se ha puesto de manifiesto en la introducción de este trabajo, de la necesidad de configurar una pena alternativa creíble. Desde nuestro punto de vista, el aumento de horas de la pena es innecesario e incluso contraproducente desde el punto de vista de la credibilidad de la pena tal como la hemos definido. La credibilidad debe buscarse en los tres momentos de imposición de la pena: legislativo, judicial y de ejecución. En el establecimiento legal de la duración de la pena debe buscarse que sea capaz, entre otras cosas, de satisfacer proporcionalmente los fines de retribución y de prevención general que se exigen de las penas (CID 2004:216). El problema surge cuando, como en nuestro caso, la duración máxima atribuida a la pena plantea problemas desde el punto de vista de la proporcionalidad con las infracciones por las que se acaba imponiendo (como pena directa, sustitutiva o como forma de cumplimiento de la RPSIM, y tanto por la cuantía de horas de trabajo en sí como por la extensión temporal de la ejecución de la pena, que podría dilatarse en el tiempo más allá de un año).

El origen del problema es posiblemente que el legislador quizá no haya valorado en su justa medida la carga punitiva que el TBC comporta y, por consiguiente, su concreta situación en la escala de gravedad de las penas. El legislador parece asumir que se trata de una pena con poco contenido punitivo, y por lo tanto la emplea para castigar conductas a menudo de escasa gravedad (Libro III CP) y por otra parte, la dota de una duración excesiva con la que subrayar su entidad punitiva. Sin embargo, la pena debe situarse en la escala de gravedad de las penas por encima de la multa, de la suspensión, y de la *probation*, y por debajo de la privación de libertad (WASIK/VON HIRSCH 1988:562-563). Pero no es necesario ni conveniente que la pena se extienda en el tiempo: desde el punto de vista de la prevención general y de la retribución, una duración excesiva resulta innecesaria teniendo en cuenta las infracciones a que se aplica; desde el punto de vista de la prevención especial puede ser contraproducente; desde el punto de vista de la incapacitación, como hemos visto, sus efectos en ese sentido no dependen tanto de la duración de la pena sino de su distribución temporal conforme a las rutinas del penado, y por otra parte no se trata de una pena adecuada cuando existen importantes necesidades en este sentido.

En conclusión, una duración excesiva es contraproducente en términos de credibilidad entendida como capacidad de la misma de satisfacer los fines exigidos a las penas. En primer lugar, por criterios de proporcionalidad con la infracción cometida y con la pena sustituida (en los supuestos de TBC-sustitutivo de larga duración, el cumplimiento de la pena puede prolongarse en la práctica mucho más allá del término de prisión sustituido); y en segundo lugar, porque existen otros modos más efectivos de aumentar la credibilidad de la pena como el sometimiento de su cumplimiento a un seguimiento y control detenido por parte de los servicios correspondientes (PETERSILIA/DECHESNES 1998:143) y la estandarización de buenas prácticas⁶⁴.

2'''. El aumento de horas provoca, por otra parte, importantes problemas prácticos en la gestión de la ejecución de las penas: los destinos disponibles son ocupados por un mismo penado durante un número muy elevado de jornadas, de modo que permanecen 'bloqueados' para otros penados durante mucho tiempo. Por otra parte muchas entidades no están dispuestas ni tienen la infraestructura personal o material para asumir la responsabilidad de proporcionar una plaza de trabajo a un penado condenado a un número muy elevado de jornadas de trabajo (Juanjo SUBERO, comunicación personal).

2'''''. Investigaciones empíricas recientes apuntan a que la duración de la pena impuesta no es un factor determinante en los índices de cumplimiento⁶⁵ (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:47). Sin embargo, estas investigaciones se llevan a cabo en un contexto en que el máximo de horas a imponer son 240, y la media de horas impuestas son 100, es decir, dentro de un límite muy alejado de las posibles 1440 horas de nuestro ordenamiento. Por ello sugerimos que la imposición de una pena de excesivas horas de duración y la dilatación en el tiempo del cumplimiento de la pena hasta un límite superior al año aumenta las posibilidades de incumplimiento. Ello resulta problemático porque la consecuencia de esos

⁶⁴ Esto de algún modo es lo que se busca con los *National Standards* británicos: ante la constatación de irregularidades, discrecionalidades, y la extensión de prácticas laxas en la ejecución de las penas (VASS 1990:101), y con el fin de asegurar mayor uniformidad en la práctica y control del cumplimiento de la pena, los *National Standards* establecen criterios que debe seguir los agentes de *probation* y demás partícipes en la ejecución de la pena.

⁶⁵ El estudio vincula un mayor índice de incumplimiento a factores como la estabilidad vital del sujeto, que disponga de un puesto de trabajo y de educación, y que no sea excesivamente joven (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:47).

incumplimientos puede ser un ingreso en prisión, pero también porque una pena con un elevado índice de incumplimiento erosionaría la confianza de los jueces en la misma; por otra parte, el cumplimiento de la pena puede también vincularse al futuro comportamiento conforme a derecho del penado, en definitiva a la evitación de la reincidencia (REX/GELSTHORPE/ROBERTS/JORDAN 2003:45). Por lo tanto, desde el punto de vista de la confianza de los jueces, la evitación del recurso a la prisión y la rehabilitación debería evitarse la configuración legislativa de una pena que aumenta las posibilidades de incumplimiento.

2'''''. En la práctica una pena de una duración de 1440 horas, en caso de tener que cumplirse en un año, sería difícilmente compatible con la actividad laboral ordinaria del penado; por otra parte, representaría una carga desproporcionada para quien no tenga otro tipo de retribución; estos factores llevan a parte de la doctrina a preguntarse si se trata de un sanción adecuada para la generalidad de la población (ARÁNGUEZ 2000:39).

3. Contrariamente, se ha cuestionado el sentido que pueda tener la puesta en marcha del complejo procedimiento para la imposición de esta pena en supuestos de condenas mínimas, teniendo en cuenta que podría en la práctica imponerse una pena de TBC de una jornada de una sola hora de duración (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:492-493; ARÁNGUEZ 2000:39). Penas de TBC de tan corta duración no permiten lograr ningún efecto resocializador o reeducador (TÉLLEZ 2005:132), y por otra parte implican poner en marcha un extremadamente complejo mecanismo de funcionamiento administrativo, por sólo un día de trabajo. Esta crítica podría superarse, *de lege ferenda* estableciendo un límite mínimo del TBC como pena leve de 36 o 40 horas, análogo al existente en derecho comparado (respetando lógicamente la proporcionalidad con la infracción penada y reservando esta pena para infracciones de gravedad intermedia); penas de esta duración tendrían más sentido desde el punto de vista preventivo especial, así como desde el punto de vista de la economía de medios de ejecución.

4. La anterior regulación planteaba dudas acerca de la conversión de AFS en TBC, en el sentido de que una pena de AFS menos grave podría transformarse en una pena de TBC leve, debido a que el criterio de conversión entre penas se fijaba en días y la gravedad del TBC se medía en horas. La nueva regulación pasa a medir en días la

gravedad del TBC, por lo que los criterios de conversión entre prisión y TBC están claros, y una pena de prisión menos grave (de tres meses a cinco años, art. 33.3.a) CP; sustituibles sólo hasta uno y excepcionalmente dos años, art. 88.1 CP) siempre acabará siendo sustituida por un TBC menos grave (90 días de prisión=90 días de TBC).

La duda podría subsistir respecto de las sustituciones obligatorias del artículo 71.2 CP para penas de prisión inferiores a tres meses; sustituidas, obtendríamos penas de TBC menos graves en casos de penas de prisión de más de un mes de duración (31 días de prisión=31 días de TBC, pena menos grave según el art. 33 CP), y penas de TBC leves en supuestos de penas de prisión de menos de un mes de duración (29 días de prisión=29 días de TBC, pena leve de acuerdo con el art. 33 CP). Consideramos que a todos los efectos, y particularmente a los de prescripción, ante el silencio del legislador, la pena tendrá la gravedad del TBC que la sustituya. Ignorar la clasificación del artículo 33 CP comportaría la posibilidad de imponer penas de TBC de duración indeseable. Este argumento unido al hecho de que ningún precepto del CP indica que estos límites deban ignorarse, nos hace concluir que la clasificación del artículo 33 CP deberá respetarse también en estos supuestos.

5. Existe una discusión doctrinal acerca de la conveniencia de fijar, *de lege ferenda*, los límites y la cuantía de TBC a imponer en horas o en jornadas (ver, p. ej., DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁNBAL 1986:63; MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:63; ARÁNGUEZ 2000:27; SANZ MULAS 2000a:357). La discusión vuelve a ponerse de relieve por el cambio de regulación, de horas a días; la referencia única a jornadas o días soluciona algunos problemas de conversión, pero plantea el problema de la duración de la jornada de trabajo y de su determinación, por tanto un problema de proporcionalidad. La solución que proponemos pasa por la supresión de toda referencia al concepto de jornada, empleando únicamente las horas como magnitud de la pena. Ello tendría la ventaja de permitir al juez, y no a la administración, fijar el número de horas (determinar la pena) y poder trasladar esa magnitud a los servicios sociales penitenciarios para que realicen una propuesta de distribución temporal de la misma, elevándola al JVP para su eventual aprobación.

3.4.3. Problemas planteados por la función del TBC como pena sustitutiva

Puede discutirse si los límites a la duración de las penas en el artículo 33 CP y a la duración del cumplimiento de las mismas en el artículo 40 CP son de aplicación al TBC

como pena sustitutiva o modo de cumplimiento de la RPSIM, o si únicamente deben aplicarse al TBC como pena directa.

Se ha argumentado que los límites impuestos en los artículos 33 y 40 CP se refieren a las penas en su consideración de penas directas, no sustitutivas, por lo que cuando el TBC se aplique como pena sustitutiva o modalidad de cumplimiento de la RPSIM no deberá ajustarse a los límites impuestos por esos artículos (MOLINA 2000:640-641) sino simplemente, se sigue, seguir los criterios de conversión establecidos en los artículos 53 y 88 CP y posteriormente fijarse la duración de la jornada de trabajo de acuerdo con las disposiciones reglamentarias aplicables.

Cabe plantearse de este modo si en los supuestos en que está llamada a sustituir una pena de prisión de hasta un año de duración deberá aplicarse el criterio de conversión fijado en el artículo 88.1 CP (1 día de prisión=1 día de TBC), imponiéndose una pena de TBC de 365 días a cumplirse durante la extensión que sea necesaria, o si operan los límites del artículo 33 y 40 CP, de modo que la máxima pena de TBC a imponer sea de 180 días, a ejecutar como máximo en el plazo de un año. Esta misma duda se reproduce y crece, si cabe, en los supuestos excepcionales de sustitución de penas de prisión de hasta dos años por multa y TBC y en aquellos en los que está llamado a sustituir penas de prisión impuestas por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género (art. 88.1 CP).

La Circular 2/2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003 (primera parte), prevé que los trabajos “superen el límite genérico previsto en el art. 33.3.k CP, pudiendo alcanzar el de un año previsto en el art. 40.4 CP. También podrán superar el límite de 180 días cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se apliquen como pena sustitutiva, pues con carácter excepcional está prevista la sustitución de penas de hasta dos años de prisión, siendo el módulo de conversión una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad (art. 88.1 CP) (FISCALÍA 2004:23-24; de la misma opinión LANDROVE 2004:5; MAGRO 2005:11). En estos supuestos podrá aplicarse el artículo 40.5 CP debiéndose admitir la imposición de penas por una duración superior al año; sin embargo, las sustituciones extraordinarias de hasta dos años podrían llevar a penas de TBC de una extensión tal que “pudiera ser considerado desocializador, por lo que en tales casos será conveniente utilizar la multa para cubrir todo lo que exceda de un año de trabajos en beneficio de la comunidad, límite establecido por el art. 40.5 CP” (FISCALÍA 2004:24).

Consideramos, sin embargo, que esta opción es insostenible porque comporta vaciar de contenido las referencias al TBC que aparecen en el artículo 33 y modificar el sentido que pueda tener el artículo 40 CP, referencias que no son gratuitas sino que responden a distintas finalidades. Así, el límite máximo de 180 jornadas de trabajo hemos aventurado que se responde a la voluntad de aumentar las credenciales punitivas de la pena para que pueda ejercer su nueva función de sustitutivo de la prisión; el límite de un año para la extensión del cumplimiento de la pena (art. 40 CP) viene justificado para evitar que la dignidad del penado se vea violentada por una excesiva prolongación de la pena (MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178), y que además suponga una interferencia en el normal desarrollo de las actividades del sujeto que no favorecería la función resocializadora de esta pena.

El legislador, así, ha fijado un límite máximo absoluto de TBC que no debe sobrepasarse, 180 días, ni siquiera en los supuestos en que el TBC venga a sustituir una pena de prisión de un año de duración. El artículo 33 CP no distingue entre TBC impuesto como pena directa o TBC impuesto como pena sustitutiva, por lo que consideramos que su clasificación debe respetarse en ambos supuestos. Por otra parte, los argumentos penológicos que desaconsejan la imposición de una pena de TBC de excesiva duración son de aplicación tanto si se impone como sustitutivo como si se impone directamente. Finalmente, en los Libros II y III CP el máximo de TBC a imponer es de 90 días (arts. 244, 379 CP)

La cuestión que se plantea entonces es la siguiente: si el criterio de conversión establecido por el artículo 88.1 CP es 1 día de prisión= 1 día de TBC, 6 meses de prisión podrán sustituirse por 180 días de TBC; si 180 días de TBC es el límite máximo de TBC a imponer, cualquier pena de prisión superior a seis meses deberá sustituirse por 180 días de TBC, lo que plantea problemas desde el punto de vista del principio de igualdad y de proporcionalidad.

La forma de graduar la proporcionalidad entre las penas de TBC sustitutivas y las penas sustituidas no es, sin embargo, únicamente mediante el número de jornadas a imponer, sino también mediante la fijación de la duración horaria de las mismas; así, en los supuestos de sustitución de penas de prisión de seis meses podrían imponerse 180 días de TBC de cuatro horas cada uno, mientras que en los supuestos de sustitución de una pena de prisión de hasta un año de duración, podrían imponerse penas de TBC de hasta 180 jornadas de trabajo de hasta ocho horas de duración cada uno (Elena LARRAURI, comunicación personal). Esta interpretación, sin embargo, choca con el

artículo 6.1 RD 515/2005, que establece que la duración de las jornadas deberá fijarse teniendo en cuenta las cargas personales o familiares del penado y sus circunstancias laborales. Se discutirá más adelante la regulación reglamentaria de esta cuestión.

Consideramos que en este punto el apartado quinto del artículo 40 CP, que posibilita la superación de los límites de la duración del cumplimiento de la pena establecidos por él mismo, puede cobrar sentido: en los supuestos en que se imponga un TBC de hasta 180 jornadas de ocho horas de duración (máximo de 1440 horas) a un sujeto que tenga obligaciones laborales y/o familiares, esa pena podrá cumplirse a lo largo de más de un año (art. 40.4 CP), plazo máximo de cumplimiento que determinará el juez en la sentencia o en el auto de sustitución. Con esta propuesta se estaría respetando el principio de flexibilidad y permitiendo la compatibilidad de la ejecución de la pena con las actividades cotidianas del penado (art. 6.1 RD 515/2005).

Podría criticarse desde un punto de vista penológico la prolongación de la ejecución de una pena de TBC durante un período tan dilatado de tiempo; por otra parte ningún precepto dispone expresamente la excepción a la duración del TBC establecida en el apartado 4 (un día a un año) del artículo 40 CP. Sin embargo, ante el máximo de TBC a imponer que ha fijado el legislador, a todas luces excesivo (180 días, hasta 1440 horas de trabajo), no queda más opción que ampliar el plazo de cumplimiento del artículo 40 CP si no se quiere convertir ese TBC en una pena desocializadora para el penado en tanto que absolutamente incompatible con el desarrollo de una actividad laboral y una vida familiar normal.

Los límites establecidos por el artículo 33 CP a la duración del TBC, pues, son infranqueables, sin que exista ningún precepto en el CP que indique lo contrario (VALLDECABRES 1996:338; CHOCLÁN MONTALVO 1997:165; CID 1997:111; POZUELO 1997:336; BRANDARIZ 2002:194, respecto de la regulación anterior a la LO 15/2003).

3.4.4. La duración de la jornada de trabajo

3.4.4.1. Determinación de la jornada de trabajo

El artículo 49 CP fija en ocho horas la duración máxima de la jornada de trabajo de los penados a TBC. El artículo 6.1 RD 515/2005 reitera este máximo y establece que *“para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales”*.

A diferencia de lo que sucedía en el RD 690/1996, que disponía que la duración de la jornada laboral debía oscilar entre las cuatro y las ocho horas, no se establece ya un mínimo reglamentario a esa duración. Esto debe en principio considerarse positivo porque puede facilitar una mayor adaptación del plan de ejecución de la pena a las cargas laborales y familiares del penado. Ante el silencio de la normativa, y la importancia del principio de flexibilidad en la ejecución de la pena, se ha sugerido una duración mínima de la jornada laboral de una hora (TÉLLEZ 2005:135; MAGRO 2005:2, 6 propone en cambio una duración mínima de dos horas, también acorde al principio de flexibilidad).

El límite máximo de ocho horas se justifica a la vista de la normativa que regula la prestación de laboral por cuenta ajena⁶⁶ (MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178; POZUELO 1997:336; DE LAMO 1997:159, para quien además viene justificado por la finalidad expresa de hacer compatible el cumplimiento de la pena con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del penado). Por otra parte, el propio artículo 49 CP prohíbe la imposición de trabajos que atenten contra la dignidad del penado, que además de por cierto tipo de actividades, también se vería violentada de verse obligado a cumplir con jornadas de trabajo de una duración excesiva (CHOCLÁN 1997:166).

Los destinatarios del RD 515/2005 son, como su preámbulo establece, los servicios sociales penitenciarios responsables de la ejecución de la pena; son también, pues, los destinatarios de este precepto, por lo que de acuerdo con la dinámica de imposición y ejecución de la pena establecida les corresponde la determinación del contenido horario de las jornadas de trabajo en función de las cargas personales, laborales y familiares del penado.

Esta previsión es correcta en tanto los servicios sociales penitenciarios son los que conocerán la extensión de estas cargas después de la entrevista con el penado, así como las características de las plazas disponibles, por lo que son los que en principio se

⁶⁶ La falta de coincidencia exacta con la duración de la jornada de trabajo fijada por la legislación laboral, que permite la realización de horas extraordinarias, ha venido explicada por “la evidente razón” de que el penado no puede realizar horas extraordinarias para compensar su culpabilidad en un plazo de tiempo más breve (CHOCLÁN 1997:166).

Por otra parte, este límite máximo ha sido considerado excesivo por ser difícilmente compatible con el desarrollo de una actividad laboral normal por parte del penado (SANZ MULAS 2000a:354, 2000b:103). No compartimos esta valoración, pues debido al principio de flexibilidad que rige la ejecución del TBC para facilitar la compatibilidad de la pena con el normal desarrollo de las actividades diarias del penado (art. 6.2 RD 515/2005), al determinar la duración de la jornada de trabajo se tendrán en cuenta las circunstancias del penado, por lo que las ocho horas no podrán imponerse en estos supuestos, especialmente si tenemos en cuenta que se trata de un límite máximo, no de una duración de obligada imposición.

encuentran en mejores condiciones para determinar unas jornadas de una duración y distribución viable.

Sin embargo, con esta regulación se estará dejando en buena medida en manos de la administración la determinación de la carga punitiva de la pena: el juez determinará el número de jornadas a imponer, pero será la administración la que determine el contenido horario de las mismas, de acuerdo con los criterios expuestos⁶⁷. De este modo, una misma pena de por ejemplo 100 jornadas de TBC, puede acabar representando cualquier cosa entre las 800 y las 100 horas de trabajo, presumiblemente. Esto representa un problema importante desde el punto de vista del principio de igualdad y la proporcionalidad, pero también desde el punto de vista de la determinación judicial de la pena (BLAY 2005:5).

En la práctica, la administración catalana está recibiendo sentencias que únicamente determinan el número de jornadas y el plazo de cumplimiento (aunque ello no es uniforme), y el protocolo de funcionamiento de la administración asigna, si nada dispone la sentencia, cuatro horas de trabajo por jornada.

En este sentido, el RD 515/2005 está contradiciendo el principio de determinación judicial de las penas, por lo que en este extremo debe considerarse ilegal.

Para solucionar este despropósito, de *lege ferenda*, se propone que el juez determine el contenido de la pena en el sentido del bloque de horas de trabajo, y que traslade este contenido a los servicios sociales penitenciarios para que éstos lo distribuyan en el tiempo de acuerdo con los criterios de flexibilidad y adaptación a las circunstancias y cargas del penado.

3.4.4.2. El principio de flexibilidad en la ejecución de la pena

El artículo 6.2 RD 515/2005 establece que la ejecución de la pena debe regirse por el principio de flexibilidad; este principio debe “*hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta*”; a efectos de posibilitar esta compatibilidad, continua el precepto, el JVP podrá autorizar, cuando concurra una causa justificada, el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o diferentes días.

⁶⁷ El “Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 49 CP en relación con el RD 515/2005, de 6 de mayo” (MAGRO 2005:7, 12) aclara que será la administración penitenciaria la que fijará la duración horaria de las jornadas en función de criterios como la realización de una actividad laboral por parte del penado, sin apuntar ninguna desventaja o problema por esta mecánica de funcionamiento y por los criterios que acaban determinando la magnitud de pena a cumplir.

El respeto al principio de flexibilidad durante la ejecución de la pena para hacerla compatible con las cargas personales y familiares del penado es un *leit motiv* o hilo conductor de la regulación, que debe interpretarse extensivamente (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:494-495 respecto del RD 690/1996, en este extremo análogo al RD 515/2005). Esta exigencia abunda en el sentido preventivo especial de la pena (CHOCLÁN 1997:166). Por ello no podemos compartir la opinión de quienes consideran que esta flexibilidad “confiere una excesiva discrecionalidad a los tribunales y que, por el procedimiento establecido, puede llegar a desnaturalizar el sentido de esta nueva sanción penal” (JORGE 1997a:223; en el mismo sentido, 1997b:94).

Es más, el necesario respeto en la ejecución de la pena a las cargas y obligaciones laborales, familiares y sociales del penado es producto del propio contenido punitivo de la pena: el TBC debe privar de tiempo de *ocio*, pero no de tiempo dedicado al trabajo remunerado, la educación o las responsabilidades familiares del penado, por lo que deberá cumplirse en tiempos no ocupados por esas cargas.

Al revisar para su aprobación o rectificación el plan de cumplimiento propuesto por los servicios sociales penitenciarios el JVP podrá en su caso autorizar el cumplimiento de las jornadas de forma partida. Esta disposición cobra todo su sentido cuando, durante el cumplimiento de la pena, las circunstancias del penado cambian (con, por ejemplo, la obtención de un puesto de trabajo remunerado o el cambio de turno en su empresa) haciendo necesario un cambio en la distribución temporal de la pena que puede comportar la necesidad de partir el cumplimiento de las jornadas impuestas.

El precepto reglamentario tiene aquí como interlocutor al JVP, lo que representa una vulneración de la reserva de ley para las normas de competencia y procedimiento judicial (art. 117 CE); vuelve a ponerse de manifiesto aquí la necesidad de regulación legal de la materia.

3.5. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DEL PENADO

En este apartado pretendemos examinar la declaración del artículo 49 CP que consagra como requisito esencial de la ejecución del TBC el respeto a la dignidad del penado, deteniéndonos en la discusión sobre la necesidad o la redundancia de la mención, su

origen constitucional y sus consecuencias en la configuración y especialmente en la ejecución de la pena.

Para la mayoría de autores el necesario respeto a la dignidad del penado es una exigencia constitucional (CHOCLÁN 1997:163; JORGE 1997a:224, 1997b:95; DE LAMO 1997:159; PARÉS 1998:160; LÓPEZ BARJA 1999a:98, 1999b:146). Así, derivaría del principio de humanidad de las penas reconocido por el artículo 15 CE (JORGE BARREIRO 1997a:224, 1997b:95; LÓPEZ BARJA 1999a:98, 1999b:146⁶⁸) o incluso de la interdicción de los trabajos forzados contenida en el artículo 25.2 CE (DE LAMO 1997:159; DE LEÓN 1999:198-199).

La indicación que estamos examinando ha sido tachada por parte de la doctrina como innecesaria o redundante (MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178; POZA 1996:262; POZUELO 1998:92; ARÁNGUEZ 2000:22), con base en los siguientes argumentos:

1. El artículo 10.1⁶⁹ CE consagra el respeto a la dignidad del individuo, y el artículo 15 del mismo texto prohíbe la aplicación de penas inhumanas o degradantes (ARÁNGUEZ 2000:22-23).
2. La configuración legal de la pena y su naturaleza y fines impiden que pueda vulnerarse la dignidad del penado, tratándose de un trabajo en interés de la comunidad, propuesto por la Administración o el propio reo, aceptado por él e impuesto y controlado por un órgano jurisdiccional (ARÁNGUEZ 2000:23; en el mismo sentido, POZA 1996:262; POZUELO 1998:92, que considera el respeto a la dignidad tácitamente incluido en la regulación).

Llama la atención, sin embargo, que el legislador haya querido consagrar expresamente la necesidad del respeto a la dignidad del penado a TBC pero no del penado a otras sanciones incluidas en el catálogo del CP. Si hubiese considerado que las declaraciones de los artículos 10 y 15 CE no son suficientes para garantizar esa

⁶⁸ Para este autor la necesidad de consentimiento y de respeto a la dignidad del penado son exigencias del mandato constitucional que prohíbe los trabajos forzados y las penas o tratos inhumanos o degradantes (LÓPEZ BARJA 1999a:98, 1999b:146), siendo la dignidad del penado y su consentimiento los parámetros que rigen esta pena.

⁶⁹ Artículo 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Artículo 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

dignidad en todo el sistema de penas, lo lógico sería que en la regulación de todas y cada una de las penas se recogiera expresamente este principio, y no sólo en la regulación del TBC (ARÁNGUEZ 2000:23). Cabe preguntarse, por ello, tanto por los motivos que impulsaron al legislador a introducir esta mención como por las consecuencias que tiene respecto de la ejecución de esta pena.

Lo que en realidad busca el legislador con esta mención es “evitar los recelos que pudiera suscitar esta pena”, subrayando así la imposibilidad de imponer trabajos cuya aflicción aproxime al TBC a la tradicional pena de trabajos forzados (ARÁNGUEZ 2000:23; BRANDARIZ 2002:249-250). A la vista de la historia del trabajo penal en nuestro país, y de su particular uso en tiempos no tan lejanos estos recelos pueden entenderse, aunque no justificarse, pues como hemos buscado demostrar en el capítulo I la pena de TBC no tiene sus antecedentes en anteriores formas de trabajo penal, sino que es una creación propia de contexto histórico.

Por otra parte, se ha sugerido que este requisito puede ser útil “como límite frente a eventuales excesos de la ideología resocializadora acertadamente criticados por la doctrina” (BRANDARIZ 2002:250), que supondrían una injerencia en la esfera privada del individuo que atentaría a su dignidad. Quizá más que a este tipo de injerencias no previsibles en un futuro próximo, su utilidad puede proyectarse más plausiblemente como forma de limitar la introducción en nuestro ordenamiento de tendencias legislativas y prácticas en la ejecución de la pena que apuntan al endurecimiento de sus condiciones de cumplimiento mediante la imposición de trabajos especialmente duros o la obligación de llevar un uniforme identificativo de penado durante el tiempo de trabajo.

Algunos autores identifican la falta de éxito del TBC como alternativa a la prisión con el hecho que no sea comparable a la misma a los ojos de la sociedad, pues el trabajo que desempeñan los penados a TBC consiste en actividades cuyo desempeño en un contexto no penal despierta admiración, y de ningún modo supone reprobación social en sí mismo (KAHAN 1998:701). Ello hace, según estos autores, que el TBC no consiga *expresar condena* de forma clara, como consigue hacerlo, por ejemplo, la prisión (KAHAN 1998:693). Si una pena alternativa, como el TBC, no es comparable en términos de expresión de reprobación con la pena de prisión, no resulta políticamente aceptable (KAHAN 1998:704).

La solución que propone el autor consiste en añadir un elemento degradante (*shaming*) a las penas alternativas como la multa o el TBC; en el caso del TBC ese

elemento podría añadirse imponiendo la realización de tareas que denotan humillación sin ningún tipo de ambigüedad, como la recolección de basura; la reserva de determinadas tareas (municipales) a los penados o el cambio de denominación a “*shameful service*” en vez de “*community service*” (KAHAN 1998:706).

Estas tendencias doctrinales se han reflejado en declaraciones de responsables políticos, que periódicamente sugieren la introducción de la obligación de los penados a TBC a llevar uniforme mientras desempeñan su trabajo⁷⁰. Mediante estas medidas el TBC puede adquirir elementos de pena degradante. Ante las dificultades de las doctrinas de justificación de las penas para excluir por ilegítimas las penas degradantes (LARRAURI 2000:169), quizá la expresa consignación de la necesidad de preservar la dignidad del penado no resulte en absoluto ociosa.

Más allá de estas cuestiones generales y en nuestro contexto únicamente hipotéticas, la protección de la dignidad del penado tiene consecuencias concretas para la configuración y la ejecución de la pena, entre las que cabría citar a modo de ejemplo:

- a. Esta disposición evita que el trabajo pueda tener cualquier efecto estigmatizador sobre la persona, cosa que implica que solamente los responsables de supervisar el trabajo sabrán que éste se desempeña como consecuencia de una pena (CID 1997:114, al que sigue BRANDARIZ 2002:250⁷¹). Esto no sucede en el Reino Unido, donde los miembros de la entidad en que se presta el servicio y los beneficiarios del mismo son informados de la condición de penados de los trabajadores.
- b. El trabajo impuesto debe ser “razonablemente exigible al penado” tanto por lo que se refiere a su duración y plazo de ejecución como a su contenido, que no puede reclamar un esfuerzo físico y psíquico excesivo o unas aptitudes de las que el penado carece (JAREÑO 1996:71-72; BRANDARIZ 2002:250-251).
- c. Deben evitarse actividades que “sometan al penado durante un largo período de tiempo a situaciones que puedan causarle estrés muy intenso o anomalías psíquicas, y de extender al mismo el alcance de las normas de protección de los trabajadores” (BRANDARIZ 2002:251).

⁷⁰ Ver nota al pie número 10 en el capítulo II de este trabajo.

⁷¹ “No obstante, en casos en que no exista riesgo de rechazo social, no cabe minusvalorar los efectos positivos que en orden a la mayor visibilidad del hecho punitivo y a la implicación comunitaria en el proceso resocializador puede tener la ampliación del círculo de sujetos que conocen el carácter penal de la actividad” (BRANDARIZ 2002:250).

Lo relevante en cuanto al necesario respeto a la dignidad del penado radica, pues, además de la salvaguarda que puede representar frente a tendencias rechazables con algún peso en otros países, en “la concreta determinación de los límites que impone en la ejecución de esta pena” (ARÁNGUEZ 2000:23). Se trata de un concepto amplio por lo que quizá hubiera sido preferible añadir además declaraciones de contenido más preciso, mediante por ejemplo el establecimiento de “criterios objetivos para la selección de la actividad a desarrollar por el reo, entre los que podría encontrarse la adaptación a la calificación profesional del penado⁷², la relación con el delito cometido, la compatibilidad con la jornada laboral que en su caso tuviera que cumplir el penado que no fuera desempleado, el respeto a su confesión religiosa, etc.” (ARÁNGUEZ 2000:23).

En particular, cabe vincular el necesario respeto a la dignidad del penado a la posible extensión de algunos derechos laborales esenciales, más allá de la protección a la Seguridad Social consagrada en el artículo 49 CP y en el artículo 11 RD 690/1996, cuestiones que se examinarán seguidamente.

3.6. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

3.6.1. Protección de la Seguridad Social y seguridad y en materia de prevención de riesgos laborales

Entre las condiciones de ejecución de la pena que establece el artículo 49 CP, se recoge que el penado “gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social” (regla 4ª). El RD 515/2005⁷³ reitera la extensión de la protección de la Seguridad Social, omitiendo la referencia a la legislación penitenciaria, y la amplía a la protección de “la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales”.

⁷² Otros autores han reclamado que la ley recoja la regulación de estos elementos, aunque no la han vinculado al respeto a la dignidad del penado (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:676-677).

⁷³ Artículo 11 RD 515/2005: “1. La protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa que resulte de aplicación.

2. También están protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales”. La redacción del RD 515/2005 supone una mejora respecto de la contenida en el RD 690/1996, que extendía a los penados a TBC la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

La extensión de la protección del régimen de la Seguridad Social a los penados ha sido vinculada al artículo 25.2 *in fine* CE, que establece que el condenado a la pena de prisión “*en todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social (...)*” (GARCÍA ARÁN, G. 1996:48; LÓPEZ BARJA 1999b:147, 2000:617). A pesar de que el precepto constitucional se refiere expresamente a los condenados a la pena de prisión, la analogía entre el trabajo penitenciario y el trabajo en beneficio de la comunidad permitiría la extensión del mandato constitucional a un supuesto no comprendido en su literalidad.

Mientras que la referencia del artículo 11 RD 515/2005 a la protección de la seguridad social es una remisión directa, la referencia a la misma en el art. 49 CP conecta esa protección con la normativa penitenciaria; por su parte, el artículo 26 f) LOGP dispone, entre las condiciones del trabajo penitenciario, que éste “*gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social*” (MANZANARES 1996:499-500; TAMARIT 1996:361).

Sin embargo, la LOGP no añade ninguna disposición que desarrolle la protección en materia de Seguridad Social a los penados a prisión que desempeñan trabajo penitenciario. Tampoco lo hace el artículo 134.7 RD 190/1996, que se limita a afirmar que “*las actividades laborales a que se refiere el apartado 1 de este artículo, gozarán de la acción protectora de la Seguridad Social establecida en la legislación vigente para los reclusos encuadrados en la relación laboral penitenciaria*”.

El mandato del artículo 49 CP, reiterado y ampliado en el artículo 11 RD 515/2005, implica que en supuestos de enfermedad laboral o de accidente de trabajo, el penado a TBC disfrutaría del derecho a la asistencia sanitaria (ARÁNGUEZ 2000:32). Sin embargo, y como apunta este mismo autor, muchos de los derechos reconocidos por la legislación de la Seguridad Social “*están en función del salario percibido por el trabajo desempeñado y la correspondiente cotización a la Seguridad Social*” (ARÁNGUEZ 2000:32; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:253-254). A diferencia del trabajo penitenciario, el TBC no es un trabajo remunerado, por lo que los penados a TBC no podrán acceder a aquellos derechos vinculados a la percepción de un salario.

El alcance de la protección de la Seguridad Social a los penados a TBC deberá regularla el gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 55/1999,

de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁷⁴. Esta regulación se ha llevado a cabo mediante RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁷⁵. El RD 782/2001 dedica su capítulo IX, artículos 22 y 23⁷⁶, a la protección de Seguridad Social de los sometidos a la pena de TBC. El artículo 22 establece que “*los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que estén cumpliendo la misma, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”, de modo que la protección de la Seguridad Social no se extiende más allá de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Se han planteado problemas prácticos para lograr el alta en la Seguridad social de penados cuando se trata de extranjeros extracomunitarios no documentados, y de pensionistas cuyas pensiones son incompatibles con el desempeño de trabajo remunerado. Los primeros no tienen derecho a la inscripción en la Seguridad social, y en algunos casos las pensiones de los segundos son incompatibles con un alta en la seguridad social que suponga la realización de un trabajo.

Estos problemas serían de fácil solución si las disposiciones pertinentes crearan un epígrafe específico de la Seguridad social para cursar las altas de penados a TBC, como sucede en el supuesto de penados a prisión que realizan trabajo penitenciario⁷⁷ (Juanjo SUBERO, comunicación personal).

⁷⁴ Art. 21 de la Ley 55/1999: “*El Gobierno regulará las relaciones laborales de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. En la referida regulación se establecerá un marco de protección de la Seguridad Social, de este colectivo, acorde con sus especiales características. A las cotizaciones de la Seguridad Social que hayan de efectuarse por las contingencias cuya cobertura se establezca, se les aplicarán las bonificaciones generales que otorguen a favor de los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral o las que específicamente se fijen para este colectivo. El Gobierno regulará, asimismo, la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad*” (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999).

⁷⁵ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2001, pp. 24769-24774.

⁷⁶ Artículo 23 RD 782/2001: “*Las personas jurídicas, en cuyo ámbito de organización y dirección dichos penados realicen el trabajo, cotizarán por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales aplicando la tarifa de primas vigente al tope mínimo de cotización, y cumplirán las demás obligaciones para con la Seguridad Social*”.

⁷⁷ En la práctica, a aquellos extranjeros indocumentados que ni siquiera disponen de pasaporte, se les practica la inscripción consular correspondiente, y después se intenta dar de alta en la Seguridad Social. A aquellos que disponen de pasaporte pero no de permiso de trabajo y residencia, ni tampoco de NIE, se les intenta dar de alta en la Seguridad Social, hasta ahora sin resultado. La Subdirección General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives está en vías de conseguir un acuerdo con la Subdelegación del Gobierno en Barcelona para que se otorgue a los penados a TBC que se hallan en esta situación un Número de Identificación de Extranjeros que permita su alta en la Seguridad Social.

Por otra parte, además de la protección de la Seguridad social, la extensión al TBC de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales⁷⁸ es absolutamente lógica dentro del modelo de TBC acogido por nuestro ordenamiento; otra cosa incrementaría “la aflictividad de las condiciones en que se presta el servicio, y pondría en cuestión su sostenibilidad desde la perspectiva de la dignidad del penado y, por consiguiente, del principio de humanidad de las penas” (BRANDARIZ 2002:256).

En la práctica, la protección en materia de prevención de riesgos laborales es una cuestión que la administración deberá tener en cuenta al celebrar convenios con entidades públicas o privadas en las que los penados puedan prestar sus servicios, de manera que unas condiciones no óptimas en este sentido impedirían la celebración de convenios y con ella la recepción de penados en el seno de la entidad. En el Reino Unido, donde una mayoría de trabajos se realizan en grupo y son de naturaleza manual, los penados reciben formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, por escrito y oralmente en la primera entrevista con el técnico de la administración responsable de su seguimiento, así como en la sesión en la que se les asignarán los concretos trabajos a desempeñar, mediante distintos métodos didácticos.

3.6.2. Discusión sobre la extensión de la normativa laboral a los penados a TBC

Los artículos 49 y 11 RD 515/2005 no reconocen la extensión de más derechos laborales a los penados a TBC que la protección de la Seguridad Social y de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Cabría preguntarse, además, si a través de la supletoriedad de la LOGP o la aplicación de la regulación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), sería posible la extensión de los derechos laborales colectivos a los penados a TBC.

El artículo 1 ET dispone su aplicación “*a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización*

⁷⁸ TÉLLEZ (2005:137 n.p.) menciona como disposiciones más relevantes: RD 485/1997, 486/1997, 487/1997, 488/1997, de 14 de abril, y RD 773/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en distintas actividades laborales; RD 664/1997, 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores frente a determinados riesgos; RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo; RD 1389/1997, de 5 de septiembre, y RD 1627/1997, de 24 de octubre, disposiciones mínimas de seguridad y salud en actividades mineras y obras de construcción; RD 216/1999, de 5 de febrero, y RD 258/1999, de 12 de febrero, sobre condiciones mínimas de protección de la salud en el ámbito de las empresas de trabajo temporal y respecto de los trabajadores del mar; RD 374/2001, de 6 de abril, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra riesgos relacionados con agentes químicos; RD 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a riesgos electrónicos.

y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Parece, pues, que los elementos de voluntariedad de la prestación y de su retribución excluyen del ámbito de aplicación del ET a los penados a TBC. Esta limitación vendría corroborada por la exclusión del ámbito regulado por la ley de las *prestaciones personales obligatorias*, recogida en su artículo 3. b). Sin embargo, de modo análogo a como se ha recogido la relación laboral de carácter especial de los penados en instituciones penitenciarias (art. 2.1 ET⁷⁹) podría extenderse en un futuro la protección de la normativa laboral a los penados a TBC, de acuerdo con sus peculiaridades (GARCÍA ARÁN, G. 1996:47).

Por otra parte, en diversos supuestos el ejercicio de los derechos laborales colectivos (sindicación, huelga, art. 28.1 y 2 CE) queda restringido por su normativa de aplicación a los trabajadores asalariados⁸⁰ (BRANDARIZ 2002:257). Así, los condenados a TBC accederán al derecho a la sindicación o a la huelga no en tanto penados a TBC sino, en su caso, en tanto sujetos de una relación laboral⁸¹.

Ante la condición de penados de los que realizan actividades por TBC, y la peculiaridad de su situación, que los aleja de la de los internos condenados a prisión⁸², la mejor solución sería, *de lege ferenda*, establecer en la regulación del régimen jurídico de los penados a TBC los concretos derechos de qué disfrutaran, en particular el derecho al descanso semanal o a interrupciones no periódicas de la prestación (ARÁNGUEZ

⁷⁹ G. GARCÍA ARÁN (1996:47) apunta que la Disposición Adicional 2 ET insta al Gobierno a que en un plazo de 18 meses regule el régimen jurídico de esta relación laboral de carácter especial.

⁸⁰ Así, el artículo 1 de la LO 1/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical dispone “1. *Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.* 2. *A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas. (...)*”; y su artículo 3.1 matiza que “*no obstante lo dispuesto en el artículo 1.º.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica*” (BOE, núm. 189, 8 de agosto de 1985, pp. 25119-25123).

⁸¹ “Con todo no parece razonable someter al penado a la obligación de acudir a su plaza de prestación en una jornada de huelga que afecte al personal de la entidad receptora, pues ello podría suponer dejar al condenado a merced de posibles abusos por parte de la entidad receptora y enfrentarlo a un posible rechazo por parte de sus compañeros. Por ello, los casos en que el penado no acuda a su plaza en una jornada de huelga deben contemplarse como ausencias justificadas” (BRANDARIZ 2002:258).

⁸² “Se podría pensar en aplicar la normativa penitenciaria sobre permisos extraordinarios para garantizar que un penado a trabajos en beneficio de la comunidad goce de un día de descanso, por ejemplo, para asistir al funeral de su padre o para contraer matrimonio, pero los criterios que deberían aplicarse a las excepcionales salidas de prisión y a la ausencia de un día al trabajo en beneficio de la comunidad deberían ser distintos” (ARÁNGUEZ 2000:40). De acuerdo con la regulación actual, sin embargo, consideramos que estos “permisos” serían ya posibles, considerándose como ausencias justificadas y computando como tales en la liquidación de condena (art. 9 RD 690/1996).

2000:39-40), así como el ejercicio del derecho a la huelga en supuestos en que afecte a otros trabajadores de la entidad. Una solución ante la falta de regulación consiste en entender incluidos en estos supuestos dentro del régimen de faltas justificadas al trabajo (art. 49, cond. 7ª CP), que no computarían en la liquidación de la condena pero que tampoco se entenderían como abandono de la actividad (en este sentido, BRANDARIZ 2002:258).

3.7. LA DETERMINACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

No sólo cualquier pretendida eficacia educativa de esta pena sino, de hecho, la mera posibilidad de su aplicación dependen de la existencia de un “substrato institucional” formado tanto por un cuerpo funcional especializado en la gestión de esta sanción como por una red de entidades capaz de proporcionar un abanico adecuado de puestos de trabajo⁸³, sustrato del que no puede hablarse, en general y en ninguno de los dos sentidos apuntados, en este país (BERNAL 1999:28; en el mismo sentido, por ejemplo, DE LA CUESTA 1985:244; DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:63-64; DE SOLA 1996:1215, 1223; JAREÑO 1996:70, MAPELLI/TERRADILLOS 1996:176-177; POZUELO 1998:101⁸⁴; SANZ MULAS 2000a:347-348; BRANDARIZ 2002:274). La determinación de los puestos de trabajo es, por tanto, una de las cuestiones fundamentales en la regulación y la ejecución de la pena.

La condición tercera del artículo 49 del CP establece que “*el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin*”. Por su parte, el artículo 4.1 RD 515/2005 desarrolla esta disposición del siguiente modo: “*el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria, que a tal fin podrá establecer los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública. En este caso, estas*

⁸³ “La posibilidad de optar a un trabajo que reúna las características previstas constituye el punto nuclear de esta regulación y verdadero test del que se va a hacer depender la validez y corrección de su introducción en el CP” (DE LEÓN 1999:199).

⁸⁴ “Se ha partido de la base de que existen suficientes puestos de trabajo para el desarrollo de esta sanción, sin que se hayan previsto medidas para el caso de que ocurra lo contrario. Por otra lado (...) esa búsqueda es más fácil en medios urbanos que rurales, e incluso, dentro de los urbanos, no resulta igual dentro de todas las zonas de la ciudad” (POZUELO 1998:99-100).

Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria”⁸⁵.

Examinaremos bajo este epígrafe la interpretación y la aplicación que de la regulación ha llevado a cabo la administración; el tipo de entidades en que se desarrolla la prestación del trabajo y el sistema de convenios articulado para el establecimiento de una red de entidades receptoras de esas prestaciones, así como la posibilidad excepcional de que sea el propio reo el que proponga un concreto trabajo a desempeñar.

3.7.1. De una genérica administración a la administración penitenciaria

El artículo 49 CP establece que será una genérica administración la encargada de facilitar los puestos de trabajo⁸⁶; en cambio el artículo 4 RD 515/2005 encomienda esta tarea específicamente a la administración penitenciaria en concreto, la competencia para la gestión de la ejecución de la pena está atribuida a los servicios sociales penitenciarios⁸⁷ (art. 26 RD 515/2005, art. 49 CP los menciona en relación con las comunicaciones de causas de incumplimiento al JVP).

La doctrina no encuentra fundamento sólido para esta especificación del RD, y ello por diversos motivos. Por una parte, se ha criticado por representar una quiebra al principio de legalidad (MOLINA 2000:638, respecto de la regulación contenida en el RD 690/1996, en este punto análogo a la del RD 515/2005). Por otra parte, se ha dicho que carece de cobertura legal en la LOGP, pues el TBC, pena privativa de derechos, no se encuentra específicamente mencionado en la normativa penitenciaria ni en el

⁸⁵ El precepto no ha sufrido ninguna modificación sustancial respecto de la regulación anterior, contenida en el art. 2.1 RD 690/1996.

⁸⁶ Se ha apuntado a la posibilidad de que sea el juez de vigilancia penitenciaria (o la figura del juez de aplicación de las penas) el que establezca la lista de puestos de trabajo disponibles en su demarcación; la intervención del juez “sería imprescindible para asegurar que las prestaciones reúnan las condiciones propias de un trabajo al servicio de la comunidad. Al respecto, parece evidente que las entidades dadoras del trabajo deben ser o públicas o totalmente desprovistas de afán de lucro” (DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:64). Aparecen, así, dos modelos posibles: el adoptado aquí, en que es la administración la que confecciona ese catálogo, y el juez aprueba finalmente la asignación de un puesto concreto; y otro modelo, en el que es el juez el que establece este catálogo. En este segundo modelo el protagonismo del juez es mayor, debería tratarse de un juzgado especializado en la aplicación de penas y disponer de una oficina y de unos medios de apoyo técnicos y materiales de los que hoy no se disfruta.

⁸⁷ Para una discusión acerca de la oportunidad de vincular la ejecución de una pena alternativa, no privativa de libertad, precisamente a la administración *penitenciaria*, de la que se distingue en muchos aspectos ver, por ejemplo, MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:490 y BRANDARIZ 2002:303.

ámbito de aplicación de la LOGP⁸⁸, destinada a las penas privativas de libertad (MANZANARES 1996:490; MOLINA 2000:638; en el mismo sentido, CGPJ 1996:45). Estas dos primeras críticas parecen incontestables.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que, desde un punto de vista práctico, la precariedad de medios con que la administración penitenciaria afronta sus tareas tradicionales, no recomienda su sobrecarga con otras atribuciones (MANZANARES 1996:490; MOLINA 2000:638). Una suficiente dotación de medios personales y materiales es necesaria para posibilitar una satisfactoria ejecución de la pena, independientemente de la administración o sector de la misma al que corresponda la competencia.

La alternativa a la actual atribución competencial pasaría *de lege ferenda* necesariamente por la creación, formación y dotación de medios de un sector de la administración especializado en la ejecución de penas no privativas de libertad, ya que no existe otro cuerpo o sector en la propia administración del estado ni en la oficina judicial del juez sentenciador/ejecutor, ni en la oficina del JVP que pueda asumir la función (CID/LARRAURI 2002:120-121; BRANDARIZ 2002:268).

En los países de nuestro entorno, la competencia para la gestión de la ejecución de la pena está atribuida generalmente al servicio de *probation* o agentes de libertad vigilada de cada país.

Inicialmente y hasta la entrada en vigor del RD 1599/2004, de 2 de julio, por el que se modifica la estructura básica del Ministerio del Interior, la gestión de la ejecución de la pena fue desarrollada por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, adscrito al Ministerio del Interior mediante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por Real Decreto 326/1995, modificado por RD 1449/2000⁸⁹. El RD 1599/2004 atribuye en su artículo 9 a la Dirección General de

⁸⁸ Art. 1 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (BOE nº 239, de 5 de octubre): *Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.*

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

⁸⁹ La concreta competencia correspondía de acuerdo con la instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 11/1996 al ya existente organismo autónomo *Trabajo y Prestaciones Penitenciarias*. El artículo 2 del RD 326/1995, de 3 de marzo, que regulaba el OATPP, enumeraba las funciones atribuidas a dicho organismo, y recogía a partir de la reforma llevada a cabo por el RD 1449/2000, de 28 de julio, de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, en su número 10 *“la gestión de la pena alternativa de trabajo en beneficio de la comunidad y la que corresponda en materia de gestión de recursos y de seguimiento de penas alternativas y/o de medidas alternativas del Código Penal”*.

Instituciones Penitenciarias entre otras la competencia sobre “*la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad*”. La misma disposición reglamentaria modifica la denominación del Organismo Autónomo citado, así como sus funciones, disponiendo en su disposición final tercera que las competencias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias descritas en el artículo 9.1.e), entre otras, dejarán de corresponder al citado organismo para hacerlo a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. Los servicios sociales penitenciarios que gestionarán la ejecución de la pena, pues, se integrarán en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a través de esta subdirección.

La comunidad autónoma catalana es la única que tiene traspasadas las competencias en materia de ejecución penitenciaria, y de acuerdo con el Decreto 425/2004, de 9 de noviembre, de reestructuración parcial del Departamento de Justicia, es el Servicio de Medidas Penales Alternativas el que tiene asignada competencia para la coordinación de la ejecución del TBC (art. 18 RD 425/2004), integrado en la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Penales Alternativas, y dependiente de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil del Departamento de Justicia e Interior de la Generalitat de Cataluña. En la provincia de Barcelona y mediante un contrato de gestión, la gestión directa de la pena corresponde al IRES (Institut de Reinserció Social), bajo la responsabilidad y supervisión de la Subdirección mencionada.

3.7.2. Entidades en que se presta el trabajo

La regulación establece que el trabajo deberá ser facilitado por la administración, prestándose en la propia *administración* o bien en *entidades públicas o privadas de interés general*, gracias a convenios celebrados a tal fin (art. 49 CP, 1ª condición). De esto parece desprenderse que el trabajo se prestará mayoritariamente en el seno de la propia Administración, o por lo menos en organismos públicos (en este sentido, GARCÍA ARÁN, G. 1996:40) . Sin embargo, estas disposiciones normativas se han interpretado y aplicado en el sentido que la administración (penitenciaria, añade el RD 515/2005) es la responsable de determinar el concreto catálogo de puestos de trabajo a ofertar al penado, puestos de trabajo no ubicados en la propia administración (o no principalmente en ella) sino en otras entidades públicas o privadas de interés general (parece entenderlo así DE LAMO 1997:161; PARÉS 1998:162).

Cabe preguntarse si las actividades pueden desempeñarse en entidades privadas que desarrollan tareas de utilidad pública o social con afán de lucro. No parecen excluirse expresamente estas entidades por la literalidad de estos preceptos. Sin embargo, si tenemos en cuenta la condición 5ª del artículo 49 CP, la no supeditación del TBC al logro de intereses económicos, la voluntad del legislador parece ser la de excluirlas. Además, y desde un punto de vista práctico, “para evitar posibles abusos en la utilización de esta mano de obra, tales entidades dadoras de trabajo deben ser públicas o totalmente desprovistas de afán de lucro y las únicas entidades privadas que pueden incluirse en la segunda categoría serían aquellas dedicadas bien a la beneficencia, bien al desempeño de tareas que redundan en el bienestar social sin obtención de beneficios comerciales” (GARCÍA ARÁN, G. 1996:40). En el ámbito de competencias de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives el hecho de que una entidad pueda tener afán de lucro la invalida, en la práctica, como receptora del trabajo de penados a TBC.

Como hemos puesto de manifiesto en el apartado 3.3.4 de este trabajo, para el establecimiento de la necesaria red de puestos de trabajo puede aprovecharse, y de hecho se ha aprovechado, la proliferación y crecimiento de las ONGs en los últimos años en España (JAREÑO 1996:70). Estas asociaciones, dedicadas a tareas asistenciales en el ámbito de la salud, la educación, la integración social de discapacitados o la tercera edad, son las entidades privadas de interés general que desempeñan las tareas de utilidad pública, con valor educativo e interés social descritas anteriormente. Por lo menos en el ámbito competencial catalán, proporcionan más del 80% de las plazas de TBC.

Entidades en que se cumplió la pena y número de jornadas cumplidas (2002), en el ámbito competencial de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives:

ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PÚBLICAS	JORNADAS TBC
Ayuntamiento Amposta	10
Ayuntamiento Balaguer	30
Ayuntamiento BCN-Parcs i jardins	235
Ayuntamiento Calella	30
Ayuntamiento Castellgalí	8
Ayuntamiento Folgueroles	90
Ayuntamiento Girona	28
Ayuntamiento Lleida	132
Ayuntamiento Masquefa	2
Ayuntamiento Mollerussa	32

Ayuntamiento Palmaos	90	
Ayuntamiento Reus	36	
Ayuntamiento Santa Coloma Gramanet	16	
Ayuntamiento Santa Perpetua de Mogoda	25	
Ayuntamiento Terrassa	8	
Ayuntamiento Torre de Segre	90	
Ayuntamiento Tortosa	10	
Hospital Santa Creu de Vic	14	
TOTAL JORNADAS EN ENTIDADES PÚBLICAS	886	16,02%
ENTIDADES PRIVADAS		
Fundació ACIDH	30	
ARED	147	
AUPA'M- Santa Coloma de Gramanet	22	
Asociación Antisida Baix Empordà	5	
Ass. APIP	149	
Ass. De Veïns Escodines-Manresa	360	
Ass. De Veïns Fontsa	90	
Ass. De Veïns la Balconada	286	
Ass. Egueiro	17	
Ass. Estel Tàpia	57	
Ass. L'Arca del Maresme	40	
Ass. Main	818	
Ass. RETO	12	
Ass. Solidança	15	
Ass. Voluntaris de Badalona	91	
Càritas	71	
CECAS	15	
Centre de Rehabilitació del Ripollès	105	
Centre Esclat	15	
CIJB-Club Infantil i Juvenil Bellvitge	15	
Cruz Roja	1512	
Esplai Picasso	22	
Fundación Engrunes	357	
Fundación ESCÓ	15	
Fundación Formació i Treball	85	
Fundación Josep Puntí i Gol	48	
Fund. Maresme- Residencia Torre Llauder	17	
Fundación Marianao	69	
Liga Protectora de Animales de Barcelona	15	
Parroquia Sant Cosme-El Prat	94	
Residencia Sagrada Familia- Manresa	34	
Sociedad Protectora de Animales de Mataró	10	
TOTAL JORNADAS EN ENTIDADES PRIVADAS	4644	83,98%
TOTAL JORNADAS TBC	5530	100,00%

Datos facilitados por la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives.

3.7.3. El sistema de convenios

La administración penitenciaria debe facilitar el trabajo a desempeñar por los penados a TBC, para lo cual podrá establecer convenios con otras administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de interés general⁹⁰ (art. 49 CP, art. 4 RD 515/2005). Parece que de este modo el CP y el RD 515/2005 anuncian únicamente la posibilidad de que esos convenios se celebren. Sin embargo, toda la prestación del trabajo de los penados se articula mediante estos convenios, de modo que la “implícita renuncia legal” que su posibilidad implica (POZA 1996:263; 1999:322) se ha convertido en el sistema habitual de funcionamiento.

Ya en la Exposición de Motivos del RD 690/1996 se leía que el trabajo será facilitado por la administración penitenciaria y que “se articula a través de convenios con las Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas que desarrollan actividades de utilidad pública o social”; esta afirmación se reproduce literalmente en la Exposición de Motivos del RD 515/2005. Como se ha puesto de manifiesto, “el uso en presente indicativo del verbo “articular” como algo definitivo y general pugna con el art. 49.3º del nuevo Código Penal, a cuyo tenor dicho trabajo no se configura necesariamente a través de tales entidades, antes bien, la Administración Penitenciaria “*podrá establecer los convenios oportunos para tal fin*”: “la excepción, lo accesorio, es según el Código Penal la posibilidad de establecer tales Convenios” (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:486, 490; MANZANARES 1997a:1051). Esto representa la voluntad de eludir o atenuar obligaciones que de acuerdo con la ley corresponden a la administración (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:486, 490; MANZANARES 1997a:1051).

El sistema de obtención de una red de puestos de trabajo a través de convenios, y no facilitados por la propia administración penitenciaria directamente, tiene una lectura positiva en cuanto asegura que el trabajo de los penados se desarrollará en un marco comunitario ajeno a lo penal y lo penitenciario, lo que puede resultar ventajoso desde el punto de vista de la prevención especial.

⁹⁰ El artículo 4 RD 515/2005, como en su momento el 2 RD 690/1996, no lo menciona expresamente, pero debe entenderse que la realización de los convenios debe llevarse a cabo de acuerdo a la normativa administrativa correspondiente, en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (DE LAMO 1997:162; ARÁNGUEZ 2000:25).

Ya a los pocos meses de la publicación del RD 690/1996 (y de la entrada en vigor del CP), algún autor advertía “una clara voluntad de alterar el sentido de este precepto, pues lo que parece, en principio, criterio general: que el trabajo será facilitado por la Administración, no sólo se posterga a un segundo plano, sino que, prácticamente, se prescinde de él, en beneficio del sistema de “convenios”, de los que ya se han cerrado varios, entre la Administración y otras organizaciones, de carácter privado, tales como diversas ONG” (MAZA 1996:181; en el mismo sentido, MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:490; MANZANARES 1997a:1051). Esta afirmación temprana es todavía sostenible, por lo menos a la vista de las prestaciones que se realizan en el ámbito competencial catalán, de las cuales aproximadamente la mitad se llevan a cabo en entidades públicas (ayuntamientos) y la otra mitad en entidades privadas de interés general sin afán de lucro (organizaciones no gubernamentales).

Aunque ello sea así, se ha cuestionado que un penado a TBC pueda prestar sus servicios en el seno de una organización privada; esto “supone un paso adelante en la misma línea de las propuestas de privatización de las prisiones, lo que conlleva una pérdida de la directa capacidad de control de la ejecución de la pena y un riesgo de desviación del interés general a favor del interés de la organización” (ARÁNGUEZ 2000:25).

A pesar de que asumimos en principio la llamada de atención sobre los peligros de la privatización en este ámbito, cabe matizar las críticas al recurso a entidades privadas. Por una parte, teniendo en cuenta que las posibles disfunciones que ello pueda ocasionar pueden evitarse mediante un control de la ejecución cercano y constante por parte de los servicios sociales penitenciarios; por otra parte, la exigencia de utilidad social de la tarea a desempeñar por el penado “exige recurrir a entidades privadas cuyas actividades presentan, quizás en mayor medida que las desarrolladas por las administraciones, tal perfil” (BRANDARIZ 2002:269-270).

Ya inicialmente se pensó que el mejor modo de articular una red de puestos de trabajo estables, de amplia cobertura geográfica y con las características que debe tener el TBC (de utilidad pública, valor educativo e interés social) era el establecimiento de un acuerdo general con los ayuntamientos (CGPJ 2000:87). Ello motivó que la Circular 11/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias propusiera el establecimiento de un convenio marco con la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), como pone de manifiesto DE LEÓN (1999:199). A raíz

de ello, se suscribió el Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y la FEMP para la gestión del cumplimiento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de 19 de mayo de 1997⁹¹, que a 31 de diciembre de 2003 había facilitado la disponibilidad de 3117 plazas de TBC en España.

En desarrollo de sus competencias, el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña celebró en 2000 un convenio marco con la Federación de Municipios de Cataluña y la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, reelaborado el 21 de octubre de 2004 y el 26 de octubre de 2005. Este tipo de convenios establecen una regulación marco, y los municipios u otras entidades locales que así lo deseen pueden adherirse y ofertar plazas para el cumplimiento del TBC. Por lo menos en la comunidad catalana también destaca por el volumen de puestos en que se ofrece el convenio celebrado con la Cruz Roja, que por su extensión en el territorio y el tipo de tareas asistenciales que realiza es óptima.

3.7.4. La posibilidad excepcional de propuesta de plazas por el reo (art. 4.2 RD 515/2005)

El artículo 4 RD 515/2005 prevé en su apartado segundo la posibilidad de que el penado proponga un concreto trabajo a realizar *“que será valorado, en informe previo, por la Administración penitenciaria, atendiendo a la extensión y ámbito de los convenios en vigor y al número de plazas disponibles. En este caso, la Administración penitenciaria, tras analizar la propuesta ofrecida por el penado, emitirá un informe al juzgado de vigilancia penitenciaria en el que valorará la propuesta y, en especial, si cumple los requisitos establecidos en el Código Penal y en este Real Decreto, a fin de que adopte la decisión correspondiente”*⁹².

La posibilidad contemplada en el artículo 4.2 RD 515/2005 puede sistematizarse del siguiente modo:

1. No se trata, a diferencia de la regulación contenida en el derogado RD 690/1996, de una posibilidad excepcional aplicable únicamente en supuestos de inexistencia de convenio o de insuficiencia de plazas, salvándose así la

⁹¹ 369 entidades locales españolas se han adherido al convenio, habiéndose ofertado hasta el momento 2575 plazas, pertenecientes especialmente a los sectores de limpieza y mantenimiento de instalaciones municipales, así como jardinería y conservación medioambiental (BOLDOVA 2000:131-132, n.p.).

⁹² Esta posibilidad ya venía recogida en el RD 690/1996, en el que se contemplaba como posibilidad excepcional que podía tener lugar en supuestos de insuficiencia de plazas o falta de convenios, y que debía ser aprobada, de acuerdo con la anterior distribución de competencias, por el juez o tribunal sentenciador.

posible contravención del mandato contenido en el art. 49 (3ª) CP, que establece que la Administración facilitará los puestos de trabajo.

2. El puesto de trabajo propuesto por el penado no tiene que estar necesariamente incluido en alguno de los convenios de los realizados por la administración penitenciaria (entre otros, DE LAMO 1997:163; ARÁNGUEZ 2000:21; BRANDARIZ 2002:271).
3. La propuesta la realizará el penado, o sus representantes procesales, y deberá consistir en un trabajo concreto que reúna las características de utilidad social, respeto a la dignidad del penado, ausencia de fines lucrativos, no retribución, respeto a la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, y demás, recogidos en el art. 49 CP y en el RD 515/2005 (DE LAMO 1997:163; BRANDARIZ 2002:271).
4. Este artículo no especifica en qué momento podrá formularse esta propuesta, pero en la regulación de la entrevista que los servicios sociales realizarán con el penado se menciona que se lo escuchará a estos efectos (art. 5.1 RD). Debe entenderse, sin embargo que puede formularla en cualquier momento anterior a la elevación por parte de los servicios sociales penitenciarios de la propuesta de cumplimiento al JVP para su aprobación (art. 5.2 RD 515/2005).

Esta propuesta, que en la práctica catalana ha tenido lugar en contadas ocasiones, la han formulado en esos casos sujetos que habitualmente realizan tareas de voluntariado en entidades de interés general, ante el juez sentenciador en el mismo momento de solicitar la sustitución o de consentir a la imposición de la pena.

5. La propuesta será analizada por los servicios sociales penitenciarios, que valorarán si cumple los requisitos establecidos en el CP y en el RD, debiendo emitir un informe sobre esos extremos (AYO 1997:156; DE LAMO 1997:163; BRANDARIZ 2002:271). La redacción del precepto es tortuosa, seguramente como resultado del deseo de evitar partir del presupuesto de la insuficiencia de plazas pero querer a la vez reservar esta posibilidad para los casos en que las mismas no sean suficientes para cubrir todas las necesidades.

Parece además que se apunta a dos momentos de valoración administrativa de la propuesta en que se tienen en cuenta distintos criterios: un primer momento (“*previo*”) en que se tendrá en cuenta “*la extensión y ámbito de los convenios en vigor*” así como el número de plazas disponibles, con lo que parece que esos

deban ser criterios determinantes, valorándose negativamente las propuestas en caso de existencia de suficientes convenios y de plazas disponibles. Y un segundo momento en que (“*tras analizar la propuesta*”), se elabora un informe valorativo sobre la adecuación de la plaza a los criterios legales y reglamentarios, que se eleva al JVP para su aprobación o rechazo en función de si la plaza satisface los requisitos legales y reglamentarios.

En la práctica, la administración pondrá especial interés en comprobar que el trabajo que se desempeñe como TBC vaya a ser *distinto* de la colaboración que el penado normalmente desempeña en esa entidad para preservar el contenido punitivo de la tarea.

7. El informe se trasladará al JVP, que resolverá sobre si el trabajo propuesto cumple o no con los requisitos previstos en el CP 95 y normativa de desarrollo, y adoptará la decisión que corresponda, en orden a su cumplimiento o no; en particular, el JVP debe verificar si se trata realmente de un trabajo que se desarrolle con fines sociales, trabajo de utilidad pública, con interés social y valor educativo, cumpliendo con el concepto de *trabajo en beneficio de la comunidad* (en este sentido CHOCLÁN 1997:165; DE LAMO 1997:163; LÓPEZ BARJA 1999a:98, 1999b:146).

Esta posibilidad, inicialmente introducida de forma excepcional por el RD 690/1996 sin que el CP la mencionara, ha sido ampliamente criticada como forma de trivializar y restar credibilidad a la pena de TBC (JORGE 1997a:225, 1997b:95, 2000:499). Se ha puesto de manifiesto asimismo que vulnera la condición 3ª del artículo 49 CP que establece que el trabajo será facilitado por la administración, sin contemplar excepciones (CGPJ 1996:45; MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:490; MAZA 1996:182; JORGE 1997a:225, 1997b:95; MANZANARES 1997a:1051; ARÁNGUEZ 2000:26). Además, el procedimiento que establece es complicado, iniciándose con la propuesta del reo seguida por el informe de la administración y la decisión final del JVP.

La introducción de esta disposición en el RD 690/1996 podía interpretarse (o justificarse) como previsión ante la falta de convenios antes de la entrada en vigor del

CP⁹³ (BOLDOVA 2000:132) o ante la escasez de plazas generadas desde la administración penitenciaria, cuando la celebración de estos convenios no sea posible (DE LEÓN 1999:200). Sin embargo, la posibilidad se mantiene, y al perder el carácter de excepcionalidad, parece que se amplía o por lo menos normaliza, en el RD 515/2005, lo que en principio no puede justificarse por una falta de previsión inicial (critica la pérdida de excepcionalidad de esta posibilidad TÉLLEZ 2005:143).

Para algunos autores, esto representa, sin embargo, una dejación de funciones por parte de los poderes públicos en cuanto a la ejecución de la pena, que queda “disponible para el penado, no ya en cuanto a su imposición, sino incluso en su contenido” aunque el JVP deba aceptar o no la propuesta (POZA 1996:267, 1999:322). Esta posibilidad se sitúa en la “misma línea de eludir o atenuar las obligaciones propias” [de la Administración] que la articulación de un sistema de convenios para facilitar los puestos de trabajo, que en el CP se plantea como posibilidad y en el RD como necesidad (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:486; MANZANARES 1997a:1051; en el mismo sentido, POZA 1996:267, 1999:322; TÉLLEZ 2005:143).

Esta disposición, sin embargo, tiene por lo menos dos virtudes. En primer lugar, funciona como garantía para evitar que la pena de TBC deje de aplicarse en supuestos en que no existan plazas suficientes (BRANDARIZ 2002:272) Así, podría representar una manera de poder aplicar el TBC en un momento en que la infraestructura administrativa necesaria para ello todavía no esta a la altura de las demandas tratándose, así “de utilizar esta válvula de escape para evitar hurtar posibilidades de sustitución o de selección de penas alternativas por la penuria de las disponibilidades administrativas y por la carencia estructural de plazas en muchas provincias” (FISCALÍA 2004:25).

En segundo lugar, desde una perspectiva preventivo especial, la posibilidad del sujeto de proponer la plaza en que realizar la prestación es la mejor manera de implicarlo en la ejecución de la pena (BRANDARIZ 2002:271). Los efectos preventivo generales de la sanción no quedan menoscabados, ni la ejecución de la pena se deja en manos del penado, en tanto en cuanto en su propuesta deberán concurrir todos los requisitos exigidos por el CP y el RD 515/2005, extremo que

⁹³ Hasta la adopción de una ordenación completa de la aplicación de esta pena, se articuló un procedimiento provisional contenido en la Circular 11/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (BOLDOVA 2000:132).

verificará la Administración en su informe y que deberá valorar en última instancia el JVP (BRANDARIZ 2002:273).

3.8. LA FIJACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LA PENA

El artículo 3 RD 515/2005 dispone que *“Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena”*⁹⁴.

La imposición de una pena de TBC puede contenerse en sentencia o en auto. Cuando el TBC se imponga como pena directa, su imposición se decidirá normalmente en una sentencia; el caso de imposición como sustitutivo de una pena de prisión, el art. 88 CP dispone que ésta puede producirse *“en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado”*. Nada especifica el CP respecto al cumplimiento de la RPSIM mediante TBC, pero debido a *“la mecánica de su imposición”*, que requiere de una multa impagada, sólo podrá acordarse este cumplimiento en un momento posterior a la sentencia, recogido en un auto (DE LAMO 1997:165; S. AP. CANTABRIA (SEC. 3ª) 30/07/2003).

A diferencia de lo que sucedía con la regulación anterior (del art. 3 RD 690/1996 se deducía que la resolución judicial determinaría por lo menos el número de jornadas de trabajo a imponer, su duración horaria y el plazo máximo de cumplimiento), no existe ninguna norma que especifique el contenido de la resolución judicial que imponga el cumplimiento del TBC. En la mayoría de supuestos en que se han impuesto, por lo menos en el ámbito catalán, el juez o tribunal decreta la imposición de la pena fijando el número de jornadas de TBC a cumplir, sin especificar su duración horaria, y el plazo máximo en que deberá cumplirse la pena. Las resoluciones son remitidas con este contenido a los órganos competentes de la

⁹⁴ Esta redacción es sustancialmente distinta de la contenida en el derogado art. 3 RD 690/1996 *“la Administración penitenciaria procederá a la efectiva ejecución de la pena, tan pronto como le sea remitido el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, una vez que el Juez o Tribunal haya determinado las jornadas de trabajo impuestas al penado, la duración horaria de las mismas y el plazo máximo en que deberán cumplirse”*. La redacción anterior, en dudosa tensión con la reserva de ley respecto de las funciones jurisdiccionales, especificaba que la resolución judicial debía contener, por lo menos, determinación de las jornadas de trabajo, su duración horaria y el plazo máximo de cumplimiento.

administración a fin de que éstos, después de la entrevista con el penado (art. 5 RD 515/2005), y en atención a sus características y situación personal, social y familiar (art. 6 RD 515/2005), formulen un concreto plan de cumplimiento en el que se especificará la tarea a realizar y la entidad en que se llevará a cabo, así como la duración horaria de las jornadas y su distribución en el tiempo.

Por lo tanto, en estos supuestos y de acuerdo con la regulación contenida en el RD 515/2005 la administración penitenciaria estará de hecho determinando la *cantidad* de pena a cumplir en función de las circunstancias personales, laborales y familiares del penado, en tanto en cuanto determina la duración horaria de las jornadas.

Como pusimos de manifiesto en el apartado 3.4.4.1 de este trabajo, teniendo en cuenta que el número de horas integra, junto con el número de jornadas, la magnitud punitiva del TBC, la regulación plantea problemas desde diversos puntos de vista. En primer lugar, deja en manos de la Administración la determinación de la cantidad de pena a cumplir, algo que corresponde concretar al juez o tribunal sentenciador. Y en segundo lugar, esta determinación no se hace en función de criterios de proporcionalidad con la infracción cometida sino de adaptación a las cargas personales, sociales y familiares del penado, lo que plantea problemas en relación con el principio de igualdad, pudiéndose acabar cumpliendo penas de magnitudes muy distintas por infracciones comparables dependiendo de circunstancias ajenas a toda consideración penal, como por ejemplo, de si el sujeto tiene cargas laborales o no (art. 6 RD 515/2005) (BLAY 2005:5; en contra, TÉLLEZ 2005:135⁹⁵).

El despropósito que esto representa tiene su origen en que el CP mide ahora la pena exclusivamente en términos de días o jornadas⁹⁶, con lo que la determinación del contenido horario de las mismas se relega a los servicios sociales penitenciarios competentes para la gestión de la ejecución de la pena. La superación de esta situación

⁹⁵ TÉLLEZ (2005:135) no ve problema alguno en que no actúe “como criterio ponderativo para dicha concreción [la duración horaria de las jornadas] ni el delito cometido ni el grado de participación o circunstancias modificativas concurrentes en el sujeto, todo lo cual servirá para determinar la pena (fijar el número de jornadas) pero no para concretar la duración de cada una de ellas”. Entendemos que la concreción de la duración horaria de las jornadas debe formar parte de la determinación (judicial) de la pena, pues además del número de jornadas a trabajar, también el número de horas de trabajo es parte íntegra de la *cantidad* de pena impuesta.

⁹⁶ El art. 33 CP clasifica al TBC como pena leve o menos grave en términos de días; el art. 88 CP dispone que cada día de prisión podrá sustituirse por una jornada de trabajo (o dos cuotas de multa); el art. 53 CP dispone que cada día de privación de libertad por RPSIM equivaldrá a una jornada de trabajo y los diversos artículos de la Parte Especial del CP que contemplan la imposición alternativa del TBC lo hacen asimismo en términos de días de trabajo.

pasa por la reforma de la regulación del CP en este sentido: si la pena se mide en horas, el juez puede imponer el número de horas a trabajar en función de los criterios que establece el CP, trasladando a la administración el exacto contenido horario de la pena para que ésta, conocedora de las cargas familiares y personales del penado, lo distribuya en el tiempo, de acuerdo con el principio de flexibilidad que debe regir la ejecución de esta pena (art. 6 RD 515/2005).

La solución pasa, *de lege lata*, por entender que la resolución judicial deberá fijar el número de días a trabajar, el contenido horario de las jornadas y su plazo de cumplimiento (en contra, TSJ VALENCIA *et al.* 2005:18, para quienes la concreción de las horas diarias a cumplir formará parte de la propuesta que los Servicios Sociales penitenciarios formulen con base en el informe social).

El problema estriba en que para ello el juez debe conocer las circunstancias personales, laborales y familiares del sujeto, lo que en buena medida queda recogido en un informe después de la entrevista de los servicios sociales penitenciarios con el penado; por ello la solución óptima pasaría por anteponer esta entrevista a la resolución judicial. Según nuestra opinión el juez debería fijar esos extremos con la información de que dispone (siempre se puede preguntar al sujeto directamente sobre su disponibilidad horaria), y con posterioridad a la entrevista los servicios sociales penitenciarios elaborar un plan de ejecución distribuyendo temporalmente el cumplimiento de las jornadas a lo largo del plazo de cumplimiento marcado por resolución judicial, respetando las obligaciones y cargas del penado.

A pesar de ese contenido mínimo respecto a nuestra pena que debe contener la parte dispositiva de la resolución, nada obsta a que se incluyan otras previsiones, como la mención de las posibles causas y efectos del incumplimiento del TBC⁹⁷, el régimen de las ausencias justificadas o la obligación del penado de atender a los llamamientos de la administración penitenciaria durante el proceso de entrevista o selección de puesto de trabajo (art. 4 y 5 RD 5/2005), advirtiendo de las consecuencias que su incumplimiento puede producir.

Esta resolución se comunicará mediante testimonio a la administración penitenciaria encargada de la ejecución de la pena, junto con “los particulares necesarios” (art. 3 RD 515/2005), que normalmente consistirán en “los datos

⁹⁷ POZA (1999:332-333) considera que en el auto o sentencia, o en la notificación del mismo al penado, deberá advertirse de que en caso de quebrantamiento total o parcial del TBC se retornará a la pena sustituida.

personales del penado, testimonio de la sentencia (si se hubiese acordado la sustitución en resolución distinta) y, en general, toda documentación que obre en autos y que se considere pueda influir en la determinación de la actividad más adecuada (antecedentes de drogadicción, hoja histórico penal que pueda revelar la previa comisión de delitos específicos como incendios, daños, contra la libertad sexual, informes médicos, de los Servicios Técnicos del Juzgado de Menores, etc.)” (POZA 1996:264, 1999:323; en el mismo sentido, DE LAMO 1997:167). Cuanta mayor información se remita en la resolución judicial o en los testimonios adicionales, más se estará facilitando la posterior entrevista con los servicios sociales penitenciarios (DE LAMO 1997:169).

El artículo 3 RD 515/2005 precisa que serán los servicios sociales penitenciarios los que reciban testimonio de la resolución y el resto de documentación procedente del juzgado o tribunal sentenciador. Esto representa una clara mejora respecto de la regulación anterior, en la que no se especificaba a qué órgano en particular dentro de la administración penitenciaria correspondía esta competencia. Como ha quedado expuesto, hasta la entrada en vigor del RD 1599/2004 fue la OATPP el receptor de las resoluciones y gestor de la ejecución de la pena, pero actualmente y en virtud de esa disposición, los servicios sociales penitenciarios responsables se integran en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en particular en la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. En el ámbito de competencias de la Generalitat de Catalunya se remiten a la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives.

Los criterios a tener en cuenta a la hora de fijar las condiciones de ejecución de la pena (número de jornadas impuestas, duración horaria de las mismas y plazo máximo de cumplimiento) son los siguientes:

- a. Deben aplicarse los módulos de conversión fijados en los artículos 88 CP (un día de prisión será sustituido por una jornada de TBC) y 53 CP (un día de privación de libertad-RPSIM equivale a una jornada de TBC), así como, en su caso, los criterios generales para la determinación de las penas dentro de los márgenes dados en los artículos correspondientes de los libros II y III CP.
- b. Respecto a la duración horaria de las jornadas, deben tenerse en cuenta el límite máximo de 8 horas (art. 49 CP); la ausencia de regulación

reglamentaria de un límite mínimo no obsta a que puedan imponerse jornadas de hasta 1 hora de duración, junto con la posibilidad cuando concurra causa justificada de que el JVP acuerde el cumplimiento partido de las mismas (art. 6.2 RD 515/2005).

- c. El plazo máximo de cumplimiento debe fijarse con suficiente amplitud “para completar los trámites necesarios y lo bastante breve como para impedir la prescripción de la pena (que sólo se interrumpe cuando empieza a ejecutarse ésta)” (POZA 1999:323; en el mismo sentido, 1996:265). Otra consideración en favor del establecimiento de un plazo de cumplimiento relativamente amplio es que posibilita que los servicios sociales penitenciarios tengan un mayor margen de maniobra a la hora de elaborar el plan de cumplimiento de la pena, pudiendo distribuirlo temporalmente respetando las cargas personales, sociales y familiares del penado.
- d. En la determinación de la duración de la jornada y del plazo máximo en que deberán cumplirse las jornadas impuestas, deben tenerse en cuenta las cargas personales o familiares del penado (art. 6.1 RD 515/2005).
- e. El principio de flexibilidad rige la ejecución de esta pena, por lo que se buscará su compatibilidad con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del penado (art. 6.2 RD 515/2005).

La intervención de los servicios técnicos de la administración no está prevista con carácter general antes de la adopción de la resolución judicial que impone la pena, aunque ha sido reclamada por algún autor (CID 1997:111-112; PARÉS 1998:163; CID/LARRAURI 2002 :120-121). El juez, pues, deberá en primer lugar decidir acerca de la conveniencia de la imposición de la pena, en ocasiones mediante sustitución, y en tal caso fijar las condiciones de ejecución de la misma sin el conocimiento de las particulares circunstancias personales, sociales y laborales del penado, conocimiento que se recabará en la posterior entrevista⁹⁸. Por ello “puede plantearse muy a menudo

⁹⁸ En las resoluciones consultadas en que se discutía la elección de una u otra pena previstas alternativamente en la parte especial se pone en evidencia que los criterios que guían esta decisión están relacionados con la gravedad del caso y cuestiones de proporcionalidad, pero también con aspectos concretos de las circunstancias personales y sociales de los sujetos, para cuyo conocimiento resulta óptimo el informe social (ver apartado 3.13.4 de este trabajo). Por otra parte, en resoluciones sobre la oportunidad sustituir penas privativas de libertad se pone de manifiesto que “en este como en tantos otros casos no se han hecho indagaciones que nos permitan saber algo sobre las características de las personas que se condenan ... difícil es, pues, el que pueda aplicarse correctamente la personalización requerida por

la necesidad de modificar el acuerdo judicial inicialmente adoptado, además de imposibilitar un mínimo proceso de individualización de la pena” (PARÉS 1998:163). El artículo 28 RD 515/2005 prevé la posibilidad de que el juez, tribunal o fiscal solicite con anterioridad a la resolución judicial la emisión de un informe social. Aunque esta previsión representa una mejora en la regulación, es deficiente en cuanto la petición informe social es introducida únicamente como una posibilidad⁹⁹. La regulación de este aspecto es más correcta, por ejemplo, en la legislación de menores; diversas disposiciones a lo largo de la LO 5/2000, reguladora de responsabilidad jurídica de los menores, contemplan la utilidad del informe de los servicios técnicos regulado en el artículo 27, que deberá ser solicitado por el fiscal durante la instrucción del expediente y emitirse en un plazo máximo de diez días.

La ausencia de informe social previo a la resolución judicial representa, pues, una disfunción, especialmente cuando la entrevista revela que en atención a las condiciones personales, sociales o familiares del penado el TBC resultaría de difícil o imposible ejecución (art. 5.3 RD 515/2005). Esta dificultad o imposibilidad se comunicará al JVP “a los efectos oportunos”; que, debe entenderse, son debido a la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales, la devolución de la cuestión al juez o tribunal sentenciador.

La anteposición de un informe de tal naturaleza no es totalmente ajena, como hemos visto en la legislación de menores a nuestra cultura jurídica¹⁰⁰ y existe asimismo en ordenamientos de nuestro entorno. Cabe apuntar, sin embargo, que ello requiere de una ágil articulación entre las oficinas fiscales o judiciales, según el caso, y los servicios sociales penitenciarios. Por otra parte, cabe tener en cuenta que en nuestro ordenamiento un buen número de imposiciones de TBC se decidirán en los juicios rápidos (CACHÓN/CID 2003a, 2003b); por la celeridad que los caracteriza esos procedimientos no son el marco óptimo para que se soliciten esos informes.

El testimonio de la resolución es remitido a los servicios sociales penitenciarios a fin de que éstos, después de la entrevista con el penado, y en base a sus

el Código penal si nos movemos con una tan total falta de datos de las personas a las que se condena” (S. AP. MADRID (SEC. 17ª) 5/03/2002).

⁹⁹ Otra deficiencia es que esta posibilidad se recoge en sede reglamentaria, vulnerando la reserva de ley para la regulación de la actuación judicial (art. 117 CE).

¹⁰⁰ Además de lo expuesto respecto de la legislación de menores, algunas de las resoluciones judiciales consultadas atestiguan que en ocasiones existen un informe social previo (ver, eg. S. AP. BURGOS (SEC. 1ª) 12/06/2002).

características y situación personal, social y familiar, formulen un plan individualizado de ejecución. Este plan, que contará con la conformidad formal del penado y del responsable de la entidad en que se desarrollará el trabajo, es trasladado al JVP, que lo aprobará o lo rechazará.

Como ha quedado expuesto aquí y se verá en el siguiente epígrafe, el mecanismo de funcionamiento establecido por el RD 515/200 en sus artículos 3 a 5, según el cual en primer lugar el juez establece el número de jornadas y su plazo de cumplimiento, y sólo posteriormente se llevará a cabo una entrevista con el penado, atribuyéndose a la administración de la capacidad para fijar la magnitud de la pena, en función de criterios pragmáticos distintos a los estrictamente relacionados con la infracción cometida y la culpabilidad del autor plantea problemas. Por una parte, estos problemas están relacionados con la distribución constitucional de competencias entre los distintos poderes del estado, y por otra con el respeto al principio de igualdad. Más prácticamente, el juez deberá tomar la decisión sobre la imposición del TBC y fijar las condiciones de ejecución de la pena que sean sin contar con toda la información relevante. Estas disfunciones serían evitables si, modificando la regulación vigente, la magnitud de referencia de la pena en el CP fuesen exclusivamente las horas y si además se antepusiera la entrevista con técnicos a la resolución judicial.

3.9. ENTREVISTA Y SELECCIÓN DEL TRABAJO (art. 5 RD 515/2005)

Una vez recibido el testimonio de la resolución judicial que fije las condiciones de ejecución de la pena, *“los servicios penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena”* (art. 3 RD 515/2005), procediéndose a la efectiva ejecución de la pena, que se inicia mediante la entrevista con los servicios sociales penitenciarios prevista en el artículo 5 RD 515/2005. El precepto tiene en su apartado primero el siguiente contenido: *“Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su*

cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos a los que se refiere el artículo 4.2, se escuchará la propuesta que el penado realice”.

La entrevista deben llevarla a cabo los técnicos competentes de los servicios sociales penitenciarios, que en el supuesto de que la comunidad autónoma de que se trate no tenga asumidas las competencias relevantes, serán los técnicos de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. En Cataluña la llevan a cabo técnicos de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives, y en la provincia de Barcelona, los técnicos pertenecientes al IRES, en dependencias del Departament de Justícia.

Las funciones de la entrevista pueden haberse visto satisfechas en el caso de haberse hecho uso de la posibilidad prevista en el art. 28 RD 515/2005 consistente en que el juez o tribunal, o en su caso, el Ministerio Fiscal, solicite con anterioridad al juicio oral o con posterioridad a la sentencia un informe social sobre la situación del penado. En tal caso, los técnicos de los servicios sociales penitenciarios ya conocerán las características personales, laborales, sociales y familiares del penado; aunque si se ha producido alguna modificación, la entrevista podrá ser útil para actualizar la información disponible.

La función propia de la entrevista es facilitar a los técnicos responsables el conocimiento de las características y circunstancias personales, laborales, sociales y familiares del penado para poder decidir la plaza de trabajo más adecuada para él¹⁰¹ (art. 5 RD), ofertándole *“las distintas plazas existentes con indicación expresa de su cometido y el horario en que debería realizarlo”* (art. 5.1 *in fine* RD 515/2005). Se explicará al penado el contenido de la tarea a realizar y el horario en que debe llevarse a cabo. Para una correcta aplicación del principio de flexibilidad que debe regir la ejecución de esta pena (art. 6.2 RD 515/2005) deberán conjugarse los condicionantes del penado con las necesidades de la entidad en que se prestan los servicios. Estos condicionantes obligan a disponer de una red amplia y variada de plazas, distintas en función de las concretas tareas a realizar pero también del lugar y los tiempos en que deban realizarse.

¹⁰¹ A pesar de que la concreción de la tarea a desempeñar es función de los servicios sociales penitenciarios, el “Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 49 CP en relación con el RD 515/2005, de 6 de mayo” (MAGRO 2005:5) prevé que los jueces de instrucción y de lo penal dispondrán del listado de trabajos que podrán desarrollar los penados y las entidades en que se puedan llevar a cabo. Ello nos parece positivo en tanto asegura que los jueces conocerán de la posibilidad real de la aplicación de la pena en su jurisdicción y puede facilitar en algunos casos su decisión acerca de la conveniencia de su imposición.

En segundo lugar la entrevista permitirá además conocer si se da alguna circunstancia en el penado que haga difícil o imposible la ejecución de esta pena (art. 5.3 RD 515/2005) (en este sentido, BRANDARIZ 2002:283-284).

Se ha apuntado a otra función de la entrevista: su utilidad para detallar las condiciones y obligaciones que el TBC implica, a efectos de que el penado pueda prestar su consentimiento al concreto trabajo ofertado con plena información¹⁰² (BRANDARIZ 2002:282).

La entrevista de los servicios sociales penitenciarios con el penado, por tanto, cumple tres funciones: la que le es propia de facilitar a la administración la selección de puestos de trabajo a ofertar, y las de verificar la idoneidad del sujeto para el cumplimiento de la pena y completar la información de que dispone sobre el TBC; estas funciones podrían verse reducidas en caso de existencia de un informe social previo a la resolución que imponga el cumplimiento del TBC (art. 28 RD 515/2005). Sin embargo, la falta de existencia de informes previos preceptivos hace que persistan disfuncionalidades en el mecanismo de imposición y ejecución de la pena.

Se han formulado diversas críticas y detectado problemas alrededor de la regulación de la entrevista:

En primer lugar, las previsiones contenidas en el artículo 5 RD 515/2005 son excesivas en los supuestos de imposición de muy escasas horas o jornadas de TBC; ni siquiera el tiempo que dura la entrevista guardaría necesariamente relación con la duración de una pena de una o dos jornadas; esta desproporción es más grave si tenemos en cuenta que la situación de los servicios sociales responsables de la entrevista no es necesariamente desahogada desde el punto de vista material y del personal a su servicio (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:492-493).

Esta desproporción entre el mecanismo de puesta en funcionamiento y la entidad de la pena podría evitarse si, como se ha propuesto en otro lugar de este trabajo, se eleva el límite mínimo del TBC como pena leve de 1 día (jornada de una a ocho horas) a 36 o 40 horas, algo habitual, por otra parte, en derecho comparado.

En segundo lugar, el art. 5.1 RD 515/2005, como en su momento el art. 4.1 RD 690/1996, establece que se ofertarán al penado las distintas plazas existentes, “sean o no las que la Administración Penitenciaria considere acordes con el resultado de la

¹⁰² Aunque es posible que toda esta información haya sido ya proporcionada al penado por el órgano jurisdiccional, se ha afirmado que “la presente entrevista debe servir para evitar omisiones en este punto, ya que sólo cuando el penado conozca estos extremos puede existir un consentimiento válido a los efectos del art. 49 CP” (BRANDARIZ 2002:282).

entrevista” (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:493). Lo correcto será ofertar, de entre las distintas plazas disponibles, aquellas que sean adecuadas al penado de acuerdo con los resultados de la entrevista (en este sentido, BRANDARIZ 2002:283; DE LA CUESTA 2002:142-143). Consideramos que esta interpretación del precepto es sostenible en vista de su redacción, que menciona “las distintas plazas existentes” después de establecer que la entrevista se sostiene “con el fin de determinar la actividad más adecuada”; serán, pues, las existentes entre las más adecuadas de acuerdo con el criterio de la administración y el resultado de la entrevista, las plazas que se ofertarán.

Por otra parte, pero todavía en relación con el ofrecimiento de plazas al penado, se ha argumentado que su consentimiento ya se habrá dado ante el Juez, cumpliéndose la exigencia del artículo 49 CP, sin que el sujeto conozca los detalles del cumplimiento. El TBC difícilmente lograría sus fines preventivo especiales sin contar con cierta voluntad por parte del sujeto. Si el sujeto no estuviese de acuerdo con realizar un trabajo determinado se plantearían problemas análogos a la falta de consentimiento inicial.

En tercer lugar ni el CP ni el reglamento resuelven los supuestos de incomparecencia del penado a la entrevista. En estos casos, los servicios sociales penitenciarios informarán al JVP¹⁰³, que dará audiencia al penado, y si estima que la incomparecencia está justificada podrá otra vez remitirle a esos servicios; si estima que la incomparecencia no está justificada retornará la cuestión al juez o tribunal sentenciador que, o bien determinará el cumplimiento de la pena sustituida o la RPSIM en forma de privación de libertad, o en caso de que el TBC se hubiese impuesto como pena principal, podrá disponer el cumplimiento de la otra pena principal alternativa y subsidiariamente prevista en sentencia (MAGRO 2005:12).

Se ha propuesto, con el fin de evitar una sobrecarga al órgano judicial competente, que en aquellos supuestos de incomparecencia inequívocamente justificada sea la misma administración penitenciaria la que ofrezca una nueva cita (BRANDARIZ 2002:284). De hecho, de acuerdo con el protocolo de actuación seguido por la administración catalana, se citará al penado hasta tres veces, y no será hasta la tercera incomparecencia que se informará al órgano judicial. Con ello se

¹⁰³ VIDAL (1999:119) pone de manifiesto la imposibilidad de ordenar la detención y conducción forzosa ante el técnico de la administración, pues en este supuesto no están presentes los requisitos del art. 490 LECrim.

pretende dar oportunidad suficiente al penado de personarse en la entrevista (Juanjo SUBERO, comunicación personal), solución que nos parece adecuada.

El artículo 5.2 RD 515/2005 dispone que *“Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al juzgado de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación”*.

Se exige aquí la conformidad del penado con el trabajo específicamente propuesto, lo que comporta una segunda prestación de consentimiento, esta vez a la pena concretamente configurada (en realidad, un puesto en el que desempeñar una actividad definida en una entidad concreta, siguiendo el horario acordado durante las jornadas impuestas). Esta segunda prestación es necesaria si se tienen en cuenta los fines preventivo especiales del TBC: el potencial resocializador de la sanción podría disminuir o desaparecer en el supuesto de imponerse un concreto trabajo al que el penado no consiente (BRANDARIZ 2002:291-292).

Como se ha expuesto en anteriores páginas de este trabajo, esta segunda prestación de consentimiento representa una disfunción en la regulación de la ejecución de la pena (BRANDARIZ 2002:290) tanto en el anterior RD 690/1996 como en el vigente RD 515/2005.

Pasando a otra situación distinta, cabe plantearse qué hacer ante la falta de consentimiento del penado a las propuestas que le ofrece la administración. Esta situación podría llevar a un aplazamiento de la efectiva ejecución de la pena si el penado se niega sistemáticamente a aceptar las propuestas ofertadas, y de prolongarse la situación podría llegarse a la prescripción de la pena (VIDAL 1999:119). Se ha propuesto como solución en estos casos dejar sin efecto la sustitución, retornando de este modo a la pena sustituida (POZA 1996:266, 1999:324; VIDAL 1999:119¹⁰⁴). Esto supondría la devolución del expediente al juez o tribunal sentenciador, que debería

¹⁰⁴ VIDAL (1999:120) propone una solución *de lege ferenda* a estos supuestos, consistente en la adición de un párrafo a continuación del ordinal 3 en el vigente artículo 49 CP con el siguiente contenido: *“la declaración de idoneidad del penado en relación con el trabajo en beneficio de la comunidad asignado, corresponderá siempre al juez sentenciador a propuesta del equipo técnico de la Administración competente, sin que el reo pueda rechazarla excepto por causas suficientemente fundadas a criterio del tribunal sentenciador. En ningún caso podrán rechazarse más de tres actividades de utilidad pública ofertadas. Si el reo así lo hiciere, y no proporcionar a su vez ningún trabajo de utilidad social concreto en los términos previstos en el art. 2.2 del RD 690/1996, el juez sentenciador procederá de oficio y previa audiencia de las partes, a sustituir la pena por la vía establecida en el art. 88.2 de este Código. Del mismo modo, si el penado no acudiere, sin causa justificada, a las entrevistas concertadas para valorar dicha idoneidad, se considerará que se opone tácitamente a la ejecución de la pena”*.

acodar en caso de TBC impuesto como pena sustitutiva, el regreso a la pena sustituida, o el cumplimiento de la otra pena sustitutiva¹⁰⁵, en caso de TBC impuesto como forma de cumplimiento de la RPSIM, el cumplimiento de esta responsabilidad mediante alguna forma de privación de libertad¹⁰⁶, y en caso de imposición de TBC como pena directa, la ejecución de la pena alternativa prevista en el precepto correspondiente del Libro II o III del CP y recogida subsidiariamente en sentencia.

En la práctica catalana este consentimiento del penado se plasma en el ‘documento de compromiso’, firmado por un responsable de la entidad en que se prestarán los servicios, por el técnico responsable del seguimiento de la ejecución y por el propio penado, en el que se detalla la tarea a realizar, la entidad en la que se desarrollará, el horario y la distribución del mismo en el tiempo, así como el plazo de cumplimiento. Este mismo contenido es el que se eleva al JVP.

Presumiblemente la propuesta se aprobará si se ajusta a los requisitos establecidos por el CP y por el RD 515/2005, así como a la resolución judicial que impone el cumplimiento de la pena, y si es viable a la vista del informe social elaborado por la administración.

El JVP puede *rectificar* el plan de cumplimiento: bien devolviendo la propuesta a los servicios sociales penitenciarios mediante auto que justifique los motivos del rechazo, para que esos servicios la rectifiquen; bien modificando por sí mismo la propuesta y aprobándola también mediante auto motivado (TÉLLEZ 2005:145). Se echa de menos aquí una norma con rango de ley que especifique esta tarea del JVP, pues con esta previsión el reglamento vuelve a entrar en un terreno, el de las competencias y procedimientos judiciales, que no le corresponde.

¹⁰⁵ La negativa del penado puede responder a múltiples situaciones, por lo que en sí misma no es rechazable *a priori*, pudiendo estar relacionada con una “determinación de la pena incompatible con el objetivo de minimizar su desocialización” (BRANDARIZ 2002:292). Por ello consideramos más correcto que el juzgador vuelva a sopesar las circunstancias que determinaron inicialmente la concesión de la sustitución, pues muy posiblemente esos “criterios –es decir, la consideración de las necesidades de prevención general en tensión dialéctica con las de prevención especial y los propios principios limitadores del *ius puniendi*, y en atención específicamente a los factores orientadores de la decisión citados en el art. 88.1 CP – aconsejen en el caso concreto la aplicación de la pena de multa” (BRANDARIZ 2002:293).

¹⁰⁶ La falta de aceptación del penado a los trabajos propuestos no debe llevar automáticamente al cumplimiento de la RPSIM en régimen de privación de libertad continuada, siendo más adecuado su cumplimiento mediante una forma menos restrictiva de privación de libertad, pudiéndose reproducir aquí la injusticia que representa la privación de libertad por imposibilidad de satisfacer una multa por un delito que inicialmente sólo ha merecido esta sanción.

El artículo 5.3 RD 515/2005 prescribe que “*La no conformidad con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales sociales o familiares será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al juez de vigilancia penitenciaria a los efectos oportunos*”.

Este precepto recoge dos supuestos distintos y muestra el despropósito de la secuencia que la regulación establece de la actuación del órgano jurisdiccional y de los servicios técnicos de la administración, pudiéndose dar situaciones en que deba modificarse la resolución judicial inicialmente adoptada, llegándose incluso a decretar la ejecución de una pena distinta, además de dificultar la fijación judicial de las condiciones de ejecución.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, falta de consentimiento del penado con la concreta plaza ofertada por los servicios sociales penitenciarios, no existe previsión legal alguna sobre cómo deba procederse en este caso. En opinión de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de 6 de junio 2005 el necesario consentimiento del penado no comporta que “la imposición de la pena dependa de veleidades de opinión del reo, pues si presta su conformidad a esta clase de pena, su cumplimiento no puede quedar condicionado a que en el futuro cambie de opinión y diga que ya no se conforma con ella” (S. AP. ALICANTE 6/06/2005). De acuerdo con estos razonamientos, y a tenor de la misma sentencia, la negativa del penado a someterse al cumplimiento de la pena, por ejemplo, no consintiendo a un concreto plan de ejecución, podría suponer la comisión de un delito de quebrantamiento de condena.

Esta solución resulta problemática por diversos motivos. En primer lugar, porque el consentimiento a prestar por el penado es una exigencia constitucional, que en ningún caso debe reducirse a una mera formalidad y que por ello debe estar dotado de suficiente contenido. Y en segundo lugar porque tal como está configurada la mecánica de imposición y ejecución de la pena corresponde a la administración penitenciaria la fijación de la duración horaria de las jornadas de trabajo, y con ella la *cantidad* de pena a cumplir. Esto determina que el penado consiente a una pena cuya magnitud punitiva desconoce, y cuyo cumplimiento puede en realidad resultarle más gravoso que la alternativa legalmente prevista.

Lo procedente en estos supuestos será que el JVP traslade al juez o tribunal sentenciador la falta de conformidad del penado, para que éste dicte la resolución que considere conveniente (TÉLLEZ 2005:154).

La solución *de lege ferenda* de estas disfunciones pasa por la previsión legal de estos supuestos o por una reforma en profundidad de la mecánica de ejecución de la pena, que permita un único consentimiento, debidamente informado, ante el juez que debe decidir su imposición.

Por otra parte, es necesario distinguir la falta de consentimiento del penado con una plaza concreta que está en condiciones de ocupar satisfactoriamente de su falta de consentimiento a una plaza inadecuada a su formación o circunstancias; en estos casos no puede trasladarse al penado la carga de que la administración competente no disfrute de una red suficiente y diversa de plazas a ocupar.

La segunda situación descrita en el precepto, “*imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares*” (art. 5.3 RD 515/2005) no es equiparable a la anterior: el sujeto ha consentido a la imposición de la pena y está dispuesto a ello, pero debido a su condición o circunstancias *no puede*. Este supuesto no podrá recibir en ningún caso el tratamiento del incumplimiento ni considerarse que se ha producido quebrantamiento de condena.

Una amplia y variada oferta de puestos de trabajo “minimizaría la incidencia obstativa de aquellas circunstancias personales, sociales o familiares”; en los supuestos en que el sujeto reúna condiciones para que se ejecute la pena pero el problema sea la insuficiencia de plazas adecuadas a sus necesidades o características, estaremos más bien ante una infracción de los deberes atribuidos a la administración por el CP (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:493; en el mismo sentido, POZUELO 1998:100; BRANDARIZ 2002:286).

Cabe reclamar tanto de la administración como de los órganos jurisdiccionales competentes “una especial sensibilidad hacia los aspectos positivos de esta sanción”, en la búsqueda de plazas que se acomoden a las particulares características de sujetos aparentemente problemáticos, o procurar medidas de otro tipo (p. ej. de asistencia social) antes de descartar por completo la aplicación del TBC (BRANDARIZ 2002:287), especialmente cuando la alternativa sea el cumplimiento de una pena de prisión.

Entre las circunstancias que harían difícil o imposible la ejecución de la pena pueden citarse las drogodependencias, el alcoholismo, el carácter agresivo o la enfermedad mental del sujeto (en este sentido, POZUELO 1998:100; BRANDARIZ 2002:285).

La evitación de parte de estos problemas pasa por anteponer la intervención de los técnicos de la administración a la resolución judicial sobre la imposición de la pena, intervención que se regula como posibilidad en el artículo 28 RD, y que detectaría esas circunstancias del sujeto que lo incapacitan para el cumplimiento de la pena (BLAY 2005:10).

Ante la comunicación de los servicios sociales penitenciarios al JVP, después de la entrevista, de que la pena resulta de imposible o difícil ejecución en relación con un sujeto en particular, la regulación no ofrece ninguna solución. Parece que el JVP en principio deberá trasladar al juez o tribunal sentenciador la cuestión para que tome la decisión oportuna. Se han propuesto diversas soluciones.

Si el problema se reduce a que en el momento de celebrarse la entrevista no existen plazas adecuadas para el penado, de acuerdo con sus condiciones personales, sociales o familiares, el juez o tribunal podrá esperar a que se produzca una vacante idónea (POZA 1996:266, 1999:324). Durante este lapso de tiempo la ejecución de la pena seguirá dejándose en suspenso (POZUELO 1998:91).

Pero si el problema no es la falta circunstancial de una actividad adecuada a desempeñar o una entidad en que llevarla a cabo, sino que las condiciones personales, sociales o familiares del penado hacen de difícil o imposible ejecución esta pena, se ha propuesto, a pesar de no ser la situación a la cual está destinada, recordar al penado la posibilidad que tiene de proponer un trabajo concreto a desempeñar, recogida en el artículo 4.2 RD 515/2005 (en contra, MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:493). Si ni así se estima que pueda ejecutarse la pena, se pasará a tramitar el correspondiente incidente, con audiencia de las partes, que se resolverá mediante auto motivado, que ante la imposibilidad de ejecutar la pena de TBC puede llegar a determinar la dejación sin efecto de la sustitución efectuada, pasando a ser ejecutada la pena sustituida, que de este modo cobrará total vigencia (DE LAMO 1997:170; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:287), siempre que no sea posible la suspensión de la pena de acuerdo con los artículos 80 CP y concordantes; en caso de tratarse de TBC impuesto por RPSIM, pasaría a cumplirse mediante privación de libertad, y en caso de ser pena directa, podría ejecutarse la pena alternativa subsidiariamente prevista en sentencia, siempre y cuando no pueda suspenderse.

En relación con el artículo 5 RD 515/2005 se han descrito tres situaciones, la incomparecencia del penado a la entrevista, la falta de prestación del consentimiento y la imposibilidad de que el penado cumpla la pena, cuyas consecuencias no están

previstas en la regulación; parece que en los tres casos la cuestión debería resolverla el juez sentenciador, y que únicamente en el primero podría apreciarse propiamente incumplimiento.

Las líneas precedentes ponen de manifiesto que la ejecución de la pena de TBC es notablemente compleja, tanto por la necesidad de recabar el consentimiento del penado a la imposición de la pena y a la concreta tarea a desempeñar, como por la intervención en la mecánica de ejecución de cuatro entidades distintas: el juez o tribunal sentenciador (al que habrá que devolver el expediente en numerosas ocasiones para que resuelva lo oportuno), el JVP, los servicios sociales penitenciarios (en caso de subcontratación cabría sumar además la entidad subcontratada: el IRES en la provincia de Barcelona, por ejemplo) y la entidad en que efectivamente se desempeña la tarea impuesta.

La regulación de la intervención de los distintos sujetos, así como la secuencia de esa intervención en la determinación de la pena y en el seguimiento de su ejecución es uno de los aspectos problemáticos de la regulación del TBC. Entre estos aspectos destaca la falta de regulación legal de cuál sea el contenido mínimo de la sentencia, la fijación judicial de las condiciones de la pena, en segundo lugar, lo que representa una mejora respecto de la situación anterior al RD 515/2005, se contempla sólo como posibilidad la intervención de técnicos antes de la resolución judicial sobre la imposición del TBC; finalmente, resultan asimismo problemáticas las dificultades que comporta una segunda prestación de consentimiento por parte del penado, esta vez sobre la concreta tarea a desempeñar. La regulación reglamentaria soluciona algunos problemas (posibilidad de informe previo), pero deja otros por solucionar. Sea como sea, como ya hemos puesto de manifiesto, el RD 515/2005 supera el principio de reserva de ley para cuestiones de competencia jurisdiccional en numerosas ocasiones, además de entrar a regular cuestiones propias de una ley de ejecución: la regulación actual adolece de la falta de una ley de ejecución de la pena y de la falta de regulación procesal de las tareas del JVP.

3.10. SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN

3.10.1. Disposiciones legales y reglamentarias

La condición primera del artículo 49 CP establece que *“la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los*

informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios”.

Por su parte, la condición 6ª del artículo 49 CP establece la obligación de los servicios sociales penitenciarios de comunicar al JVP, después de hacer las verificaciones pertinentes, las incidencias relevantes en la ejecución de la pena.

Por otra parte, el RD 515/2005 contiene diversas disposiciones referidas al control de la ejecución de esta pena. En primer lugar su artículo 7, que establece la obligación del penado de seguir, durante el cumplimiento de la pena, las instrucciones que reciba del JVP y de los servicios sociales penitenciarios, así como las directrices que le formule la entidad en la que desarrolle su trabajo. Con la periodicidad necesaria, los servicios sociales penitenciarios comprobarán el sometimiento del penado a la pena y el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto, a cuyo fin mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo, adoptando, en su caso, las medidas que procedan. Por otra parte, sigue el precepto, cuando se cumpla un TBC impuesto por sustitución (art. 88.1 CP) si se han impuesto, junto a la pena de TBC, *“la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico, los servicios sociales penitenciarios remitirán el penado al centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena, y realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al juez de vigilancia penitenciaria”.*

El RD 515/2005 establece también en su artículo 8 la obligación de los servicios sociales penitenciarios de, después de realizar las verificaciones necesarias, comunicar al JVP las incidencias relevantes en la ejecución de la pena, a los efectos de las condiciones 6ª y 7ª del artículo 49 CP.

Además, el artículo 4.1 RD 515/2005 establece la posibilidad de que las administraciones o entidades públicas o privadas en que el penado desarrolle su concreta actividad asuman las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, todo ello, añade el artículo, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria. El artículo 7.3 RD 515/2005 regula, en relación con el seguimiento y control del cumplimiento de la pena, el supuesto de sustitución en que además de TBC deba cumplirse la obligación de seguir un programa

específico de reeducación y tratamiento psicológico¹⁰⁷. Este precepto representa una novedad absoluta respecto de la anterior regulación de la ejecución del TBC.

El artículo 7.3 RD 515/2005 establece en primer lugar que en los supuestos en que las obligaciones mencionadas sean impuestas los servicios sociales penitenciarios remitirán el penado al centro en que se lleve a cabo el programa; en segundo lugar que la realización del programa debe ser compatible con el cumplimiento de la pena; y finalmente que los servicios sociales deben realizar el seguimiento del programa, del que informarán al JVP.

Por último, cabe también traer a colación al tratar del control de la ejecución de esta pena el artículo 10 RD 515/2005, que establece que los servicios sociales penitenciarios deberán informar al JVP del cumplimiento de las jornadas, una vez se haya completado, a los efectos oportunos.

Para abordar la cuestión del control de la ejecución del TBC es útil partir de la distinción propuesta por SERRANO BUTRAGUEÑO (1996:50) y ARÁNGUEZ (2000:29) entre control primario o administrativo y control secundario o judicial. Sin embargo, antes de entrar en el estudio de la materia, consideramos de interés detenernos en la discusión sobre la atribución del control judicial de la ejecución de la pena al JVP o al juez o tribunal sentenciador, ya presente en los debates parlamentarios del CP, sobre la que se ha pronunciado buena parte de la doctrina y que la LO 15/2003 ha resuelto a favor del JVP.

3.10.2. Atribución de la función de control de la ejecución del TBC al JVP

Las modificaciones operadas por LO 15/2003 atribuyen el control de la ejecución de la pena al JVP en detrimento del juez o tribunal sentenciador (o allí donde existen, de los jueces de ejecución). Con esta atribución se viene a satisfacer las demandas de la doctrina mayoritaria en este sentido y a evitar la sobrecarga de los juzgados sentenciadores con la trabajosa mecánica de ejecución del TBC. Ello supone asimismo un cambio de orientación del legislador, que a finales de los setenta optó en la LOGP no por un juez de ejecución de penas sino por un juez centrado en la tutela de la legalidad y los derechos de los penados a privación de libertad, y ahora parece haber optado por el modelo genérico de juez de ejecución (LÓPEZ LORENZO 2004:4).

¹⁰⁷ Por su otra parte, los artículos 16 a 20 RD 215/2005 regulan la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, que puede comportar la imposición de obligaciones y reglas de conducta (art. 83 CP).

Ya el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal otorgaba el control de la ejecución del TBC al JVP; aunque el Proyecto pasó a referirse al juez o tribunal sentenciador, y durante los debates parlamentarios la asignación de esta competencia a uno u otro órgano jurisdiccional fue ampliamente debatida. Con argumentos centrados en la inexistencia de una planta de JVP suficiente como para asumir la competencia y en la actual especialización de ese juez en las penas de prisión, se acabó imponiendo para la redacción original del artículo 49 CP la atribución del control de la ejecución del TBC al juez o tribunal sentenciador.

Una mayoría doctrinal, sin embargo, consideraba que la función de control judicial hubiera debido atribuirse al JVP¹⁰⁸ empleando argumentos que pueden resumirse del siguiente modo:

1. La atribución del control al juez o tribunal sentenciador representa una sobrecarga de la fase de ejecución de la sentencia (LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN 1996:62; BRANDARIZ 2002:305); sobrecarga capaz de producir un “desgaste procesal desproporcionado a la gravedad de la pena” (MOLINA 2000:638¹⁰⁹; en el mismo sentido, ARÁNGUEZ 2000:30). Los recientemente creados juzgados de ejecución han asumido, allí donde se han implantado, estas competencias, aliviando la sobrecarga de los jueces y tribunales sentenciadores y pudiendo dedicar una mayor atención a su específica función.

2. La atribución al JVP parece que casa mejor con la distribución general de funciones y competencias entre órganos jurisdiccionales (CGPJ 1996:45; GARCÍA ARÁN, G. 1996:44, que trae a colación que el artículo 76.7 LOGP configura a los JVP como órganos jurisdiccionales especializados en hacer cumplir las penas impuestas; MAZA

¹⁰⁸ Ver por ejemplo GARCÍA ARÁN, G. (1996:44); LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996:62); MANZANARES/ORDÓÑEZ (1996:490); MAZA (1996:181); AYO (1997:156-157), quien se limita a poner de manifiesto que en esta pena la atribución del control se asigna al juez o tribunal sentenciador, y no como, en el AFS, al JVP; JORGE (1997a:224, 1997b:94, 2000:517), que subraya la necesidad de “articular legalmente, con claridad y precisión, la ejecución de penas y medidas de seguridad, donde se reformule la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria como auténtico juez de ejecución (...)” (2000:517); MANZANARES (1997a:1050); PARÉS (1998:165); ARÁNGUEZ (2000:29-30); MOLINA (2000:638).

¹⁰⁹ Para (MOLINA 2000:638) el hecho de que la ejecución de esta pena deba desarrollarse bajo la vigilancia del juez o tribunal sentenciador “obliga al Tribunal a entrar en un terreno administrativo que no le corresponde”. No podemos compartir esta opinión, en primer lugar porque consideramos que el mandato constitucional dirigido a jueces y tribunales para que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) comprende el control de la ejecución de una sanción penal impuesta por sentencia; en segundo lugar, porque el control inmediato lo ejercerán la administración competente y la administración, entidad pública o privada en que el penado preste sus servicios, y el control judicial se superpone a este control primario.

1996:181; PARÉS 1998:165 que apunta, además, a razones de mayor operatividad; ARÁNGUEZ 2000:29-30).

3. La ejecución del TBC “exige un atento y continuado seguimiento, similar al que se ejerce sobre las penas privativas de libertad” (ARÁNGUEZ 2000:30); esta atención no la podrá prestar debidamente el juez o tribunal sentenciador, debido al exceso de trabajo mencionado, por lo que todo ello llevará a que la efectiva supervisión la acaben llevando a cabo la administración penitenciaria y la entidad receptora del trabajo (BRANDARIZ 2002:305-306).

4. También se ha defendido la atribución del control al JVP observando que es más conforme con la opción del RD hacia lo penitenciario (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:490). No podemos secundar este argumento, pues por una parte abogamos por la separación de todo lo relativo al TBC del ámbito penitenciario, con el que no comparte principios ni naturaleza, y por otra parte consideramos positiva la creación de una verdadera figura de juez de ejecución de las penas, más allá de la figura del JVP centrado en la pena de prisión.

En contra de la atribución del control de la ejecución de esta pena al JVP se ha esgrimido la naturaleza de pena privativa de derechos del TBC, y la atribución de competencias al JVP únicamente sobre penas privativas de libertad y medidas de seguridad (DE LAMO 1997:159-169; en el mismo sentido, PARÉS 1998:165). A pesar de que la observación puede ser acertada, la falta de competencias del JVP podría subsanarse mediante una reforma de la normativa que regula sus competencias. Esta crítica es asumible, si a lo que se tiende es a la constitución de un juez cuya competencia se centre en el control de la ejecución de las penas y no únicamente de la pena privativa de libertad.

En conclusión, parece que lo que subyace a esta cuestión es la discusión sobre la configuración del JVP únicamente como juez competente para el control de las penas de prisión o su configuración como juez de control de la ejecución de las penas en general, y con posterioridad a las reformas operadas por la LO 15/2003, parece que la tendencia es a acercar la figura al juez que controla la ejecución de penas en general.

La atribución del control de la ejecución al JVP por la LO 15/2003, afecta no sólo a la redacción del artículo 49 CP, sino también al contenido de los artículos 94

LOPJ¹¹⁰, 76.1 LOGP, a la normativa que en el futuro regule el procedimiento ante el JVP y al mismo nombre del órgano jurisdiccional (BRANDARIZ 2002:307). Como se desprende de los comentarios a la regulación reglamentaria de la ejecución de la pena, se echa de menos una ley de ejecución y una regulación procesal de la tarea del JVP que subsane tanto los vacíos normativos como las vulneraciones al principio de reserva de ley que contiene el RD 515/2005, que a menudo se dirige al JVP o al MF, y no a la administración competente.

3.10.3. Control primario o administrativo

En los supuestos en que la actividad del penado se desarrolle en administraciones o entidades públicas o privadas distintas de la administración penitenciaria “*éstas podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria*” (art. 4.1 RD 515/2005). Por otra parte, durante el cumplimiento de su condena el penado deberá seguir las directrices de la entidad en la que preste sus servicios, además de las instrucciones del JVP y de los servicios sociales penitenciarios (art. 7 RD 515/2005).

El control primario o administrativo es el llevado a cabo por los servicios sociales de la Administración penitenciaria y por los responsables de la entidad pública o privada en que el penado desarrollo su actividad (art. 4.1 RD 515/2005) (ARÁNGUEZ 2000:29), por lo que cabe hablar en este ámbito de dos actores distintos. Prestaremos primero atención al papel desarrollado por las entidades receptoras de los servicios del penado para centrarnos después en el desempeñado por los servicios sociales penitenciarios, así como en las críticas vertidas sobre la regulación de estas funciones de control.

El artículo 4.1 RD 515/2005, como en su momento el equivalente art. 2.1 RD 690/1996, está redactado de forma potestativa (las administraciones o entidades “*podrán asumir*”), pero ante la notable asunción de funciones de gestión y control por parte de las administraciones, entidades públicas o entidades privadas en que el penado presta sus servicios, esa posibilidad acaba realizándose siempre (BRANDARIZ 2002:295). Por lo menos en el ámbito competencial catalán, cada vez que se acuerda la

¹¹⁰ El artículo 94 LOPJ atribuye al JVP el ejercicio de las funciones jurisdiccionales previstas en la ley general penitenciaria en materia de ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, y demás funciones que señale la ley, por lo que las funciones de control del TBC recogidas en la modificación del CP caben en su ámbito funcional así definido (en este sentido, CHIANG 2003:163).

prestación del un TBC en una entidad, se designa a un miembro de la misma como responsable de estas tareas para con un penado en particular; por su parte, el Convenio entre el Departament de Justícia, la Federación de Municipios de Cataluña y la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas prevé en su condición cuarta el destino de técnicos con el fin de colaborar en este tipo de tareas.

Las funciones de *gestión y asesoramiento* consisten en primer lugar en capacitar e instruir al penado para que pueda desarrollar correctamente la tarea que le ha sido asignada, garantizar su integración en el ámbito del trabajo y supervisar que éste se preste adecuadamente (BRANDARIZ 2002:296).

Las mención a la *asistencia* al penado por parte de las entidades receptoras parece ser meramente retórica, y ello porque esta responsabilidad, en el contexto de un estado social, debería recaer en los servicios sociales generales, en coordinación con la administración penitenciaria, y no en la entidad receptora, pública o privada (BRANDARIZ 2002:297). Cabe subrayar la importancia de esta tarea de asistencia social respecto del TBC: numerosos incumplimientos o supuestos de reincidencia serían evitables con una efectiva labor de asistencia al penado (BRANDARIZ 2002:297-298).

En cuanto a las tareas de *seguimiento y control*, la entidad en que se prestan los servicios deberá verificar que el penado desempeña su actividad de acuerdo con el plan de ejecución impuesto, respetando el ritmo de las jornadas, sus horarios y desarrollando normalmente su actividad¹¹¹. Además, la entidad deberá facilitar las comprobaciones periódicas por parte de la administración del sometimiento del penado a la pena y del cumplimiento efectivo del trabajo impuesto (art. 7.2 RD 515/2005).

El *seguimiento y control* por parte de la administración consiste, en primer lugar, en su supervisión de las funciones descritas como “*gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados*” (art. 4.1 RD 515/2005); por otra parte, mantendrá contactos periódicos con la entidad en la que se desarrolle la concreta actividad del penado (art. 7.2 RD 515/2005) y, cumplidas las jornadas de trabajo impuestas o constatado la existencia de incidentes relevantes en la ejecución de la pena, lo pondrá en conocimiento del JVP a los efectos oportunos (art. 8 RD 515/2005). El técnico integrado en los servicios sociales penitenciarios es, así, el

¹¹¹ En la práctica este seguimiento se lleva a cabo mediante una hoja en la que se apuntan las horas efectivamente trabajadas cada jornada, que estará a disposición de la administración y que integrará el expediente administrativo del penado.

responsable de comprobar que tanto el penado como la entidad prestataria desarrollan correctamente su tarea recíproca, de acuerdo con el convenio firmado (VIDAL 1999:122).

De acuerdo con el art. 7.2 RD 515/2005, los servicios sociales penitenciarios comprobarán, con la periodicidad que sea necesaria, el sometimiento del penado a la pena y su efectivo cumplimiento del trabajo impuesto, manteniendo para ello los contactos periódicos que sean necesarios con la entidad en que se desarrolle y adoptando las medidas procedentes. La comprobación del “*sometimiento del penado a la pena*” consistirá en asegurarse que se está cumpliendo lo establecido en el documento de compromiso: asistencia puntual al trabajo, en los momentos y lugar establecidos y realización correcta de la tarea.

Las “*medidas procedentes*” que deben adoptar los servicios sociales penitenciarios pasarán por recordar en su caso al penado el contenido del documento de compromiso y en caso de que se trate de una conducta calificable de incidencia relevante en el cumplimiento de la pena informar puntualmente al JVP.

La regulación estudiada ha recibido numerosas críticas, que pueden articularse alrededor de los siguientes puntos:

1.- Se ha criticado la posibilidad de que pueda ser un particular¹¹² el principal e inmediato encargado de la gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados (art. 4.1 RD 515/2005), considerándolo una “cesión inadmisibles del control de la ejecución de las penas” que de este modo se desplaza de la administración pública a un sujeto privado (ARÁNGUEZ 2000:29, 40). Esta crítica nos parece en principio asumible, y más si tenemos en cuenta que las tareas asignadas a la administración penitenciaria no las desempeñó hasta hace poco la administración por sí misma sino *mediante* un organismo autónomo (OATPP), en un caso, y en Barcelona lo sigue haciendo una asociación civil (IRES), lo que aleja un paso más de lo público la tarea del control de la ejecución de una pena.

¹¹² El presidente de una ONG, pone como ejemplo ARÁNGUEZ (2000:29); pero en realidad podría ser cualquier empleado o incluso voluntario de la misma. En la práctica y como hemos apuntado, cada ONG con la que la Administración catalana establece convenio y que recibe los servicios prestados por los penados designa una persona responsable en este sentido, miembro de la entidad, pero no necesariamente el presidente de la misma.

Sin embargo la intervención de la entidad en que el penado presta sus servicios es hasta cierto punto inevitable; y ello porque esa entidad es quien tiene un contacto más directo y constante con el penado: “no cabe desdeñar las potencialidades de inmediatez y continuidad de la supervisión que aporta la entidad destinataria, ni cabría obligar a la misma a adoptar un papel distante y neutral respecto al hecho de la ejecución, imponiéndole la carga de acudir a los órganos administrativos supraordenados para dirimir cualquier conflicto menor de dirección de la realización de la actividad” (BRANDARIZ 2002:300). Además, se ha esgrimido el argumento de la precariedad de medios de los servicios sociales penitenciarios, por lo que no están en condiciones materiales de asumir en exclusiva la función (BRANDARIZ 2002:300).

Ante esta situación, los riesgos que la privatización del control conlleva deberán minimizarse mediante una efectiva supervisión por parte de los servicios sociales penitenciarios, que deberá garantizar que “la realización del trabajo se ajusta a los fines que orientan la sanción y se desarrolla con pleno respeto a los derechos del condenado” (BRANDARIZ 2002:302). Esta supervisión por parte de la administración (Subdirección General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives y Dirección General de Instituciones Penitenciarias) deberá proyectarse en realidad no sólo sobre las entidades en que el penado presta sus servicios sino también, en su caso sobre los organismos autónomos, entidades o asociaciones civiles que efectivamente gestionen la ejecución de la pena y que suponen un grado más en la escala de privatización de su ejecución.

2.- La siguiente objeción señala la falta de concreción de la mínima frecuencia con la que los servicios de la administración penitenciaria deben informar al juez o tribunal sobre la marcha del cumplimiento de la pena (ARÁNGUEZ 2000:29). Este mismo autor recuerda que en los supuestos de suspensión de la pena con la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares (art. 83.1.4 CP), los servicios correspondientes de la administración competente deberán informar al menos cada tres meses sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas (art. 83.2 CP) (ARÁNGUEZ 2000:29). Es más, en el propio RD 515/2005, al regular la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el artículo 20 establece la obligación de los servicios sociales penitenciarios de informar al juez o tribunal sentenciador acerca de “*la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, conforme al Código Penal, cada tres meses*”.

Debe entenderse, ante la falta de regulación, que esta disposición resulta aplicable por analogía, por lo que la información deberá producirse por lo menos cada tres meses.

3.- Los servicios sociales penitenciarios deben comprobar “*con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena*” y el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto (art. 7.2 RD 690/1996); la expresión “*periodicidad necesaria*” es demasiado genérica, y acabará concretándose mediante criterios establecidos por la propia administración y no por el CP o el reglamento (POZUELO 1998:94). El protocolo de actuación de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives establece que cuando el cumplimiento de la pena se extienda más allá de los tres meses, el control por parte de la administración se realiza cada tres meses, con lo que la práctica es análoga a la seguida en supuestos de suspensión. Por otra parte, ante cualquier incidente la entidad debe informar puntualmente a la administración, que tomará las medidas pertinentes.

4.- Ante la falta de previsión legal y reglamentaria de mecanismos de control del efectivo desarrollo de la pena, VIDAL (1999:122) se pregunta a quién corresponde la competencia legal de velar por el correcto cumplimiento y extinción de la pena. Es materialmente imposible que el JVP o los servicios sociales penitenciarios hagan el seguimiento diario y, continúa este autor, no está previsto ni parece lícito ceder esta competencia al responsable de la entidad prestataria. Aunque en la normativa actual no hay ninguna referencia sobre la posibilidad de delegar funciones de control en favor de las Fuerzas de Seguridad del Estado¹¹³, la literalidad del antiguo artículo 6 RD 690/1996, en este punto equivalente al vigente art. 7.2 RD 515/2005, permite al JVP emplear esta medida de control complementaria. ARÁNGUEZ (2000:30-31) es de la misma opinión y añade que, de no ser así, el juez sólo contaría con los datos

¹¹³ VIDAL (1999:123) considera que “esta pena parece especialmente idónea para continuar manteniendo la colaboración ejecutiva entre juzgado sentenciador y Policía local (...) por razones obvias de proximidad geográfica e incluso de conocimiento del penado en municipios pequeños” (VIDAL 1999:122). Se trata, por motivos de proximidad y por la naturaleza de las tareas que se los penados desarrollan, de la fuerza pública idónea para controlar la ejecución del TBC, y transmitir al penado que se apoya tanto a los técnicos de la administración como a los responsables de las entidades en que se presta el trabajo (VIDAL 1999:22-23).

proporcionados en su informe por la administración competente, al margen de la cual no podría constatar ninguna información sobre la ejecución de la pena.

Cabe poner de manifiesto, sin embargo, que por lo menos en el ámbito de la comunidad autónoma catalana, no se produce esta intervención ni la utilización de esta medida de control complementaria. El JVP dispondrá en todo caso de la información que la administración le suministra; y, en caso de desear disponer de otra visión, deberá citar a los responsables de la entidad en que se prestan los trabajos y demás sujetos implicados. Por otra parte, los servicios sociales penitenciarios remiten al JVP el informe final, que se basa en buena medida en los datos recogidos por la entidad dadora del trabajo, que la administración se encarga de reproducir o trasladar.

5.- No acaba de entenderse por qué la regulación de la ejecución en los supuestos de TBC sustitutivo con reglas de conducta adicionales (art. 7.3 RD 515/2005) es tan parca, cuando el mismo RD en sus artículos 16 a 20 regula pormenorizadamente las funciones de los servicios sociales penitenciarios en relación con los mismos programas y obligaciones impuestos como condiciones de cumplimiento de la suspensión (BLAY 2005:13).

Las necesidades de la ejecución del TBC con reglas de conducta y de la suspensión con reglas de conducta coincidirán en buena parte, y de hecho en los protocolos de actuación se procede de forma paralela en ambos casos, por lo menos en el ámbito catalán (BLAY 2005:13).

El precepto establece que los servicios sociales penitenciarios remitirán al penado al centro en que deba seguir el concreto programa de tratamiento; por otra parte, el seguimiento del programa de que se trate debe resultar *compatible*¹¹⁴ con el cumplimiento de la pena, en relación con su contenido, pero también su horario y lugar de cumplimiento. Ello implica que en la práctica los servicios sociales deberán tener este extremo en cuenta cuando elaboren el “plan de cumplimiento” del TBC, de modo que en algunas ocasiones el perfil o las circunstancias del penado aconsejarán el seguimiento del programa con anterioridad al cumplimiento de las jornadas de trabajo (caso de programas relacionados, por ejemplo, con el consumo de sustancias tóxicas, o programas de formación laboral que puedan resultar útiles durante el cumplimiento del TBC). Sería recomendable una regulación más pormenorizada de la cuestión, paralela a

¹¹⁴ Ya el CGPJ en el informe sobre el proyecto de RD exigió compatibilidad y reclamó la introducción de un procedimiento o de criterios para hacerla efectiva (CGPJ 2004:6).

la que establece el artículo 17 RD 515/2005, que prevé en el supuesto de suspensión la elaboración de un plan individual de intervención y seguimiento, que los servicios sociales elevarán al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación. (BLAY 2005:13).

El RD dispone que los servicios sociales llevarán a cabo “*el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al juez de vigilancia penitenciaria*”. Esta disposición plantea una duda sobre qué es exactamente un seguimiento pertinente del programa. En los supuestos de suspensión éste consistirá en el que se haya establecido en el plan de intervención y seguimiento aprobado por el juez (art. 19 en relación con art. 17 RD), y la información que los servicios sociales facilitarán al juez tendrá la frecuencia que éste determine, y en todo caso, será por lo menos trimestral (art. 83.2 CP). La ausencia de regulación cuando ello mismo sucede en la sustitución puede resolverse mediante una aplicación analógica de estas disposiciones, que es lo que se hace en la práctica, aunque es deseable la regulación expresa de la cuestión o por lo menos una remisión también expresa a la normativa relativa a la suspensión (BLAY 2005:13).

6.- Se atribuye el control primario a la administración penitenciaria, pero la falta de medios de la misma hace difícil que pueda desempeñar en la práctica las funciones que tiene asignadas. Debe reiterarse aquí el llamamiento al desarrollo de un sector de la administración dotado de técnicos con la formación adecuada y dedicado a la gestión y control de la ejecución de penas no privativas de libertad (en este sentido, BRANDARIZ 2002:303), análogo a los servicios de *probation* y a sus agentes que existen en numerosos países de nuestro entorno.

3.10. 4. Control secundario o judicial

De acuerdo con la previsión contenida en el artículo 117.3 CE que otorga a jueces y tribunales no sólo la facultad de interpretar y aplicar el derecho sino también lo que MAZA (1996:144) denomina “poder de decisión ejecutorio”, el artículo 49.1 CP encomienda a un juez el control de la ejecución de la pena. De acuerdo con este artículo “*la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios*”.

El control secundario o judicial se manifiesta en diversos momentos de la ejecución del TBC:

I. Antes del inicio de los trabajos por parte del penado:

1.- El JVP debe valorar la propuesta de cumplimiento de la pena elaborada por los servicios sociales penitenciarios con el acuerdo del penado (documento de compromiso) y aprobarla o rechazarla (art. 5.2 RD 515/2005).

Los servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al JVP “*para su aprobación o rectificación*”: presumiblemente la propuesta se aprobará si se ajusta a los requisitos establecidos por el CP y por el RD de ejecución, así como a la resolución judicial que impone el cumplimiento de la pena, y si es viable a la vista del informe social elaborado por la administración.

El JVP puede *rectificar* el plan de cumplimiento introduciendo directamente las modificaciones que crea necesarias o devolviéndolo a los servicios sociales penitenciarios para que sean ellos los que lo modifiquen. Vuelve a echarse de menos aquí una norma con rango de ley que especifique esta tarea del JVP (BLAY 2005:9).

2.- El JVP debe aceptar o rechazar el trabajo propuesto por el penado en los supuestos regulados en el artículo 4.2 RD 515/2005, teniendo en cuenta el informe elaborado por los servicios sociales penitenciarios y la satisfacción de los requisitos legales y reglamentarios.

3.- Si después de la entrevista mantenida con el penado éste no presta su conformidad con el concreto trabajo propuesto o los servicios sociales penitenciarios consideran que la ejecución de esta pena puede resultar difícil o imposible, el JVP será informado de ello a los efectos oportunos (art. 5.3 RD 515/2005). La ley no establece cuáles son estos “*efectos oportunos*” ; por otra parte la competencia del JVP se limita al control de la ejecución del TBC (art. 49 CP), que en estos supuestos no podrá llevarse a cabo, por lo que la solución pasará en todo caso por la devolución de la cuestión al juez sentenciador.

II. Durante la ejecución de la pena:

1.- El JVP dará al penado las oportunas instrucciones durante el cumplimiento de la pena, ante las incidencias que tengan lugar, presumiblemente averiguadas mediante los

informes que a efectos de ejercer su función de control el JVP requerirá a la administración, entidad pública o asociación en que se presten los servicios (art. 49.1 CP, art. 7.1 RD 515/2005). La reforma convierte en obligatorio el requerimiento de informes a efectos de controlar la ejecución de la pena por parte del JVP a la administración o entidad en que se preste el trabajo, que antes era potestativo (se ha pasado de un “*podrá requerir*” en el RD 690/1996 a un actual “*requerirá*”). Para agilizar los mecanismos de control, quizá hubiera sido más correcto establecer la obligación periódica de la administración o entidad de informar al JVP sobre la marcha del trabajo, evitándose así el trámite previo del requerimiento (en este sentido, TÉLLEZ 2005:148); por otra parte, y como se ha puesto de manifiesto, se echa de menos en la regulación la especificación de la periodicidad o frecuencia con que el JVP deberá requerir el mencionado informe. La cuestión de la periodicidad y la frecuencia de los informes cobra especial importancia en supuestos de penas de TBC de gran extensión.

2.- A partir del informe final elaborado por los servicios sociales penitenciarios el JVP decidirá si queda extinguida la responsabilidad penal o lo que en su caso resulte oportuno (art. 10 RD 515/2005).

3.- El JVP deberá valorar el informe elaborado por los servicios sociales penitenciarios acerca de las incidencias relevantes en la ejecución de la pena y tomar la decisión oportuna: acordar que el penado finalice el cumplimiento en el mismo centro, en otro distinto o bien entender que ha habido incumplimiento, en cuyo caso se desplegarán las consecuencias previstas para el mismo.

3.10. 5. Relación ente los diversos tipos de control

La administración penitenciaria tiene la responsabilidad material de la ejecución penal, de acuerdo con los términos establecidos en la sentencia y las disposiciones legales y reglamentarias (GARCÍA ARÁN, G. 1996:43; art. 3 RD 515/2005). Para hacer efectiva la garantía de ejecución derivada del principio de legalidad, el control de esa ejecución debe ser ejercido por un órgano de distinta naturaleza, correspondiendo a un órgano jurisdiccional, en nuestro caso al JVP (GARCÍA ARÁN, G. 1996:43 y arts. 49 CP y 7 RD 515/2005).

Más allá de esta distribución teórica según la cual la administración ejecuta y el órgano jurisdiccional controla, en la práctica tanto los servicios sociales penitenciarios como el JVP desempeñan funciones de control. Así, el control del cumplimiento efectivo se lleva a cabo por la administración penitenciaria, como ponen de manifiesto JORGE (1997a:224, 1997b:94-95, 2000:498-499) y POZA (1999:325), sin perjuicio del superior control del órgano judicial (CHOCLÁN 1997:166)¹¹⁵. Para un efectivo control de la ejecución de la pena, así como para una efectiva ejecución, es necesario que exista una relación de coordinación entre las distintas entidades implicadas (BRANDARIZ 2002:308).

El reglamento induce a confusión al someter al penado a las instrucciones del JVP, los servicios sociales penitenciarios y la entidad para la que preste sus servicios (POZA 1999:325; art. 7.1 RD 515/2005). En previsión de posibles contradicciones entre estas instrucciones debe concederse prevalencia a las dictadas por el órgano judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el CP, por encima de las demás, y en su caso a las emitidas por la administración por encima de las disposiciones de la entidad receptora (en este sentido, POZA 1999:325; BRANDARIZ 2002:301).

El control de la ejecución del TBC, especialmente complejo porque el contenido de la pena implica la prestación de un servicio por parte del penado, durante unos días y en un horario determinados, en el contexto de una entidad distinta de la propia administración penitenciaria, es un elemento fundamental en la configuración de esta pena ya que, de no desarrollarse del modo previsto, podría hacer que la sanción perdiera su sentido y finalidad (en este sentido, POZUELO 1998:92-92). Este control es ejercido por sujetos distintos, desempeñando cada uno funciones diferentes dentro del conjunto. Es especialmente importante dotar a la administración penitenciaria y a la oficina judicial, además de una regulación clara y adecuada, de los medios materiales y personales necesarios para desarrollar las tareas que el control asignadas, especialmente si tenemos en cuenta que en un buen número de supuestos el trabajo se prestará en entidades privadas; a pesar de que estas entidades deban perseguir el interés general, no dejan de ser entidades privadas con sus propios intereses y dinámicas de funcionamiento, que no necesariamente coincidirán o pueden en ocasiones no ser

¹¹⁵ Distribución valorada por la doctrina tanto negativamente (JORGE 1997b:94-95, 2000:498-499, para quien debería haberse atribuido a órganos jurisdiccionales) como positivamente (POZA 1999:325).

perfectamente compatibles con la prestación en su seno de un trabajo que constituye una sanción penal.

3.10.6. El informe final (art. 10 RD 515/2005)

De acuerdo con el artículo 10 RD 515/2005, *“una vez cumplidas las jornadas de trabajo, los servicios sociales penitenciarios informarán al juez de vigilancia penitenciaria de tal extremo a los efectos oportunos”*. Este artículo mejora la redacción de la regulación anterior, que obligaba además de informar sobre el cumplimiento de las jornadas impuestas, también sobre *“las vicisitudes ocurridas durante la ejecución”*: cuando estas vicisitudes son relevantes deben comunicarse en el momento en que tienen lugar, sin esperar al informe final. El informe final, pues, tendrá como única función la comunicación al JVP del cumplimiento de las jornadas impuestas, a fin de que éste pueda comprobar el cumplimiento de la pena.

Los *“efectos oportunos”* mencionados en el artículo son bien la declaración de la extinción de la responsabilidad penal por el juez competente, bien el señalamiento de más jornadas de trabajo con su correspondiente horario en el supuesto de que se hayan producido ausencias justificadas (art. 49.7ª CP).

3.11. RÉGIMEN DE INFORMACIÓN (art. 9 RD 515/2005)

El RD 515/2005 establece un régimen de información general y particular; el régimen de información general viene fijado en el número 1 del artículo 9, a tenor del cual *“la Administración penitenciaria facilitará, con carácter general y periódico, a las autoridades judiciales y fiscales y a los colegios de abogados, y, singularmente cuando así se reclamen por éstas para un penado en concreto, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible”*.

El artículo 9 supone un esfuerzo para promover la aplicación de la pena, que si es efectivamente llevado a cabo puede ayudar positivamente a normalizar su uso (BRANDARIZ 2002:270).

Útil será la información sobre los puestos de trabajo disponibles, especialmente si es transmitida con antelación, detalle y seguridad, dada la propia dinámica del cumplimiento de la pena (DE LAMO 1997:164); de hecho, se ha vinculado el éxito de la puesta en práctica de la pena con este tipo de información (MAGRO 2005:1).

Una información puntual al respecto podrá ayudar a los operadores jurídicos implicados a decidir, cada uno en su ámbito de actuación, sobre la conveniencia de solicitar/imponer la pena (AYO 1997:161). De no existir suficientes plazas o plazas adecuadas, esta información podría llevar a que los fiscales no la soliciten ni los órganos jurisdiccionales la apliquen; en la situación creada tras la ampliación del ámbito de aplicación de la pena por las reformas operadas mediante la LO 15/2003, en que la administración penitenciaria manifiesta la insuficiencia de puestos de trabajo disponible, puede evitar la imposición de condenas que prescribirán o cuyo cumplimiento se verá retrasado indeseablemente. Por otra parte, es lamentable que si criterios penales recomiendan la imposición de esta pena, ello no pueda llevarse a cabo por falta de plazas.

Esta información puede resultar útil a los colegios de abogados para verificar si se cumple con la legalidad y se respetan los derechos del penado (AYO 1997:161¹¹⁶).

Se ha ido incluso más allá sosteniendo la necesidad de la información por parte de los jueces sobre la disponibilidad de plazas en el momento de tomar la decisión sobre la imposición de una pena de TBC, debiendo existir, en consecuencia, una perfecta relación entre la administración y el poder judicial en este sentido (SANZ MULAS 2000a:347). Esta posición podría matizarse si tenemos en cuenta el hecho de que de acuerdo con el actual esquema de ejecución de la pena, será la administración la que determine el concreto puesto de trabajo a ocupar por el penado, con posterior aprobación judicial.

Se ha criticado el hecho que se proporcione información no sólo sobre las plazas disponibles sino sobre la pena y su forma de ejecución, pues se considera que los profesionales del derecho son capaces de comprender la normativa por sí mismos, sin necesidad de asesoramiento (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:499). Sin embargo, teniendo en cuenta la relativa novedad de la pena, el hecho de ser ajena a nuestra tradición, así como las reticencias de algunos operadores jurídicos a su aplicación (CID/LARRAURI 2002:111; Dirección General de Instituciones Penitenciarias 2003:286), esta tarea informativa de apoyo a la pena por parte de la administración, no resulta gratuita, pudiendo contribuir al mejor conocimiento y

¹¹⁶ Este mismo autor sugiere que además de la información deberían permitirse “controles por parte tanto de autoridades judiciales, fiscales y de los Colegios de Abogados, mediante inspecciones o vistas efectuadas a los centros donde se desarrollan las actividades para comprobar “in situ” si en efecto se da o no el cumplimiento de la legalidad vigente. Lo contrario podría conducir a una falta de rigor en el cumplimiento de la pena y hacer dejación de funciones en manos de entidades particulares no siendo suficiente el control que pueda realizar la propia Administración penitenciaria” (AYO 1997:161).

normalización de la del TBC. Además casi diez años después de la entrada en vigor del CP 1995 y ante la reciente ampliación del ámbito de aplicación del TBC puede servir para rebatir la concepción que esta pena no resulta viable.

A 31 de diciembre de 2003 existían en España (exceptuando la comunidad autónoma catalana) 3260 plazas disponibles para el cumplimiento de la pena de TBC, habiéndose dictado ese año 663 sentencias imponiéndolo (Dirección General de Instituciones Penitenciarias 2004:285, 286). Esto significa que 2597 plazas disponibles de TBC quedaron sin utilizar. Aunque es necesario matizar al deberse tener en cuenta la desigual distribución geográfica de las plazas y sus características horarias, no deja de existir una importante desproporción entre las posibilidades de cumplimiento efectivo de la pena y el número de sentencias que la impusieron. Quizá una información más extensa a los operadores jurídicos implicados podría haber salvado esta desproporción (BLAY 2005:14).

En cuanto al régimen particular de información, establece el número 2 del artículo 9 RD 515/2005 que *“esta información también se transmitirá a todas aquellas personas, previa solicitud de estas, que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como a sus letrados”*. Esto permitirá al sujeto un mayor entendimiento de la pena, permitiéndole “conocer las obligaciones que puede contraer, facilitando una asunción de responsabilidad moral y social de la que hasta entonces había carecido” (AYO 1997:161). En todo caso, parece que la recepción de información cuando así se desee pasará a formar parte del contenido de derechos de los sujetos que se hallan en esa situación (DE LAMO 1997:164).

3.12. EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL TBC

3.12.1. Regulación

El artículo 49 CP contempla en su condición 6ª el régimen disciplinario de la pena, estableciendo la obligación de los servicios sociales penitenciarios de comunicar al JVP *“las incidencias relevantes de la ejecución de la pena”*, enumerando específicamente algunas de ellas. Establece asimismo que después de valorado ese informe, el JVP podrá acordar la continuación de la ejecución de la pena en el mismo centro, en otro centro distinto, o considerar que ha habido un incumplimiento de la

pena, en cuyo caso de deducirá testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena.

Por su parte, el artículo 88.2 CP establece que en caso de “*incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión*” establecida en el número 1 del mismo artículo.

Cabe destacar, de manera preliminar, la mejora que ha representado la LO 15/2003 en la regulación de la materia. Las reformas introducidas por esta ley, respondiendo a los llamamientos de la doctrina¹¹⁷, han solucionado la dispersión normativa anterior así como los problemas de legalidad planteados por la regulación en sede reglamentaria del régimen de incumplimiento de la pena, recogiendo en el CP¹¹⁸ (CGPJ 2003:18-19; CHIANG 2003:164). Por otra parte, la reforma ha supuesto, como veremos más adelante, la flexibilización de la regulación, en cuanto vincula la apreciación de incumplimiento por ausencias a un “rechazo voluntario” al cumplimiento de la pena, y amplía el abanico de posibilidades de actuación en manos del juez en supuestos en que se produzcan defectos en el cumplimiento (CID 2004:223).

Bajo este epígrafe se examinarán las circunstancias que, definidas por el CP como “*incidencias relevantes en la ejecución de la pena*”, constituyen causas de cumplimiento defectuoso y obligan a los servicios sociales penitenciarios a comunicar su existencia al JVP, el procedimiento mediante el cual se constata la existencia o no de incumplimiento y las posibilidades de actuación ante las mismas.

¹¹⁷ Numerosos autores criticaron en su momento la dispersión normativa y la regulación en sede reglamentaria del régimen de incumplimiento de la pena; entre otros, MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178; CHOCLÁN 1997:166; LÓPEZ BARJA 1999a:100, 1999b:148, 2000:618.

¹¹⁸ Es acertado haber regulado en norma con rango de ley el régimen disciplinario de la pena, aunque se ha cuestionado el acierto de hacerlo en el CP; una posible explicación de esta opción del legislador en favor del CP puede haber sido “una injustificada resistencia, demostrada ya en anteriores ocasiones, a acometer una revisión de la Ley Orgánica General Penitenciaria, al objeto de convertirla en una auténtica Ley de ejecución penal, según el modelo alemán, que aborde el contenido de las nuevas penas y regule con mayor coherencia las competencias de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria” (TAMARIT 2005a:388).

3.12.2. Las “incidencias relevantes de la ejecución de la pena” (art. 49 CP, cond. 6ª)

A efectos de seguir con mayor comodidad la exposición, reproducimos a continuación el contenido del artículo 49 condición 6ª CP: “*Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de las mismas.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro”.

3.12.2.1. De causas de incumplimiento a incidencias relevantes en el cumplimiento

Ha habido un cambio importante en la concepción del incumplimiento de la pena, casi un cambio de modelo. Mientras la regulación anterior enumeraba una serie de circunstancias a las que parecía considerar directamente causas de incumplimiento, la regulación actual se limita a enumerar circunstancias especialmente relevantes ocurridas durante la ejecución de la pena, que obligan a los servicios sociales penitenciarios a la elaboración de un informe que será posteriormente valorado por el JVP, a los efectos de tomar las medidas oportunas; únicamente en algunos casos estas circunstancias permitirán la apreciación de incumplimiento. Parece, pues, que se ha pasado de regular (reglamentariamente) las causas de incumplimiento, a simplemente enumerar detalladamente (en el CP) algunas circunstancias que por su relevancia deben ser comunicadas al JVP. No se trata, pues, de “reglas que constriñan la valoración que compete hacer al Juez de Vigilancia” ni “puede mantenerse que este precepto esté regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena sino que simplemente incorpora supuestos en los que es obligado analizar si efectivamente nos encontramos ante un quebrantamiento” (FISCALÍA 2004:30; en el mismo sentido, TSJ VALENCIA *et al.* 2005:21).

3.12.2.2. Análisis de las incidencias

Estas circunstancias son literalmente las mismas que en su momento se recogían en el artículo 8 RD 690/1996, excepto por alguna variación significativa en la primera de ellas.

La circunstancia recogida bajo la letra a) es la ausencia injustificada del trabajo. La nueva redacción parece recoger las críticas de la doctrina a la anterior (entre otros, CGPJ 2000:90; BRANDARIZ 2002:313) y representa una mejora respecto de ella al eliminar la antigua referencia a los abandonos, especificar que deberán ser dos las ausencias no justificadas y añadir la necesidad de que éstas representen un rechazo voluntario del penado al cumplimiento de la pena. Esta es la razón más clara e indubitada a la que puede responder el incumplimiento (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:497; MANZANARES 1997a:1052; BOLDOVA 2000:132; BRANDARIZ 2002:309).

La exigencia de que las ausencias representen un rechazo voluntario por parte del penado al cumplimiento de la pena imposibilita que las dificultades en el cumplimiento provocadas por condiciones o circunstancias personales del penado puedan ser constitutivas de esta causa de incumplimiento (BLAY 2004:22). Ello aleja la regulación de un modelo rígido, según el cual un número determinado de ausencias equivale a incumplimiento, aproximándolo a un modelo flexible, según el cual el TBC es una sanción con un componente rehabilitador, por lo que únicamente se considera que existe incumplimiento cuando el infractor rechaza voluntariamente el cumplimiento de la pena (CID 1997:102; 2004:223).

La letra b) recoge aquellos casos en que “*a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible*”.

De acuerdo con la literalidad del precepto es necesario que el responsable del centro de trabajo realice al menos dos apercibimientos expresos y previos (“*requerimientos*”) para poder entender que estamos ante este supuesto (TÉLLEZ 2005:150).

Para determinar cuál sea ese rendimiento mínimo exigible será necesario tener en cuenta tanto la particular actividad asignada como las condiciones y circunstancias del penado (reflejadas, en su caso, en el informe social elaborado por los técnicos de los servicios sociales penitenciarios, art. 28 RD 515/2005, y puestas en evidencia en

todo caso en la entrevista de éstos con el penado, art. 5 RD 515/2005). De otro modo, las consecuencias de una mala actuación de los servicios sociales penitenciarios al adjudicar al penado una tarea para él imposible o muy difícil de realizar recaerían sobre el propio penado (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:497; MANZANARES 1997a:1052; en el mismo sentido, BOLDOVA 2000:132; BRANDARIZ 2002:316).

Por otra parte, no basta con que el responsable del centro de trabajo requiera al penado para entender que estamos ante un rendimiento sensiblemente inferior al mínimo exigible (ARÁNGUEZ 2000:34-35¹¹⁹): el juez deberá valorar asimismo la pertinencia de esas instrucciones para poder considerar que su desobediencia es relevante a la hora de tomar la decisión de mantenerlo en el mismo centro, trasladar su centro de trabajo o considerar, en su caso, que se ha producido un supuesto de incumplimiento de la pena (en el mismo sentido respecto de la regulación anterior, MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:497; MANZANARES 1997a:1052 BOLDOVA 2000:132-133).

Por lo que se refiere a la circunstancia contenida en la letra c), la oposición e incumplimiento reiterado y manifiesto de las instrucciones dadas por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma: 1. Será necesario que la oposición o el incumplimiento de las instrucciones sea, como dice el propio precepto, reiterado y manifiesto, de modo que exprese efectivamente un rechazo voluntario a la ejecución del TBC; 2. las instrucciones del responsable de la ocupación deben referirse al desarrollo de la misma, y no a cualquier otro particular; 3. el juez deberá valorar la pertinencia de las instrucciones y su coherencia con la finalidad rehabilitadora de la pena (BRANDARIZ 2002:317-318).

Finalmente, de acuerdo con la letra d) será necesario que los servicios sociales trasladen un informe al respecto al JVP cuando “*por cualquier otra razón, su conducta [del penado] fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro*”. En el sistema establecido por la regulación anterior, en

¹¹⁹ “Este requisito parece inspirarse en la causa de despido disciplinario que establece el ET en su artículo 54. Pero recordemos que en una empresa el empleador goza del poder de dirección del empresario sin más límites que los establecidos por las leyes y el contrato de trabajo, mientras que en la ejecución del TBC las instrucciones que dirige el responsable, por ejemplo de una ONG, a un penado podrán ser revisados por la Administración penitenciaria y en última instancia por el órgano jurisdiccional que impuso la condena. Además no se establece la obligación de que para cada penado exista un responsable único cuyas instrucciones deba atender preferentemente ¿qué sucede si dentro de una determinada organización el condenado recibe distintas instrucciones contradictorias?” (ARÁNGUEZ 2000:35). En el ámbito competencial catalán, los técnicos que gestionan la ejecución de la pena designan a una persona (miembro de la entidad) como referente para el penado dentro de la entidad, de modo que se evita esta última posibilidad.

que lo que se enumeraban eran propiamente causas de incumplimiento, se subrayó que esta referencia constituía una fórmula residual imprecisa, indeterminada y abierta (MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:497; CHOCLÁN 1997:167; MANZANARES 1997a:1052; ARÁNGUEZ 2000:35; BOLDOVA 2000:133; BRANDARIZ 2002:320) incompatible con el principio de taxatividad, siendo necesaria una mínima certeza a la hora de calificar una conducta como causa de incumplimiento (ARÁNGUEZ 2000:35; BOLDOVA 2000:133). Esta cláusula, que engloba a todas las anteriores, permitía cualquier tipo de abuso (LÓPEZ BARJA 1999a:100, 1999b:149, 2000:618; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:320).

Sin embargo, en la situación actual, en que más que circunstancias constitutivas de causa de incumplimiento el artículo 49.6ª CP enumera circunstancias que obligan a los servicios sociales penitenciarios a elaborar un informe al respecto y al JVP a tomar una decisión sobre el curso de ejecución de la pena, sin constreñir su decisión al respecto “no puede hacerse ningún reparo de legalidad a los términos amplios e indeterminados” de la cláusula d) (FISCALÍA 2004:30; en el mismo sentido, TÉLLEZ 2005:151; en contra, CALDERÓN/CHOCLÁN 2005:101, que las consideran causa de incumplimiento, aunque no siempre supuestos de quebrantamiento, y que subraya la indeterminación de la cláusula d)).

Para una interpretación y aplicación racional de la misma, el juez deberá centrarse en la conducta del penado, que debe considerarse incompatible con el desarrollo del trabajo asignado y no en el hecho de que el responsable se niegue a seguir manteniéndolo en el centro de trabajo; la conducta del penado debe ser en todo caso la causa de esta actitud del responsable, la que provoca que el mantenimiento del penado en el puesto de trabajo sea inexigible a la entidad (en este sentido, LÓPEZ BARJA 1999a:100, 1999b:149, 2000:618; ARÁNGUEZ 2000:35¹²⁰; BRANDARIZ 2002:318-319).

Se ha apuntado que más correcta sería la previsión por parte del legislador de los comportamientos que en particular impiden que la conducta del penado permita el desempeño del trabajo asignado, como su toxicomanía o actitud violenta (ARÁNGUEZ 2000:35). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos comportamientos o situaciones deberán ser sobrevenidos, pues en caso de existir con anterioridad deberían haber sido detectados en la entrevista con los técnicos de la

¹²⁰ Este autor señala que en la regulación del despido disciplinario de trabajadores por cuenta ajena (art. 54 ET) se recogen causas similares (ARÁNGUEZ 2000:35).

administración y haber constituido un supuesto del artículo 5.3 RD 515/2005 en los que en consideración a las circunstancias personales, sociales o familiares del sujeto se considera que la pena resulta de difícil o imposible ejecución, comunicándolo al JVP. Por otra parte, la generalidad de los términos permite que se incluyan circunstancias que una enumeración taxativa podría excluir, que pueden darse en la práctica y que deben ser abordadas por el JVP, reorientando la ejecución de la pena, generalidad que no resulta objetable al no tratarse propiamente de la delimitación legal de una causa de incumplimiento.

3.12.3. Algunas cuestiones procedimentales

La función de los servicios sociales penitenciarios es, ante la incidencia de alguna de estas circunstancias, o cualquier otra relevante en la ejecución de la pena, verificar los hechos y ponerlos, mediante un informe, en conocimiento del JVP, que será en todo caso quien tomará la decisión oportuna.

Puesto que los servicios sociales penitenciarios serán los mejores conocedores de las particulares circunstancias del penado (especialmente en ausencia de informe social) y ante las opciones de decisión del JVP sería conveniente que, además de comunicar los hechos, los servicios sociales incluyan en su informe una valoración de los mismos y de la actuación del penado (en contra, respecto de la regulación anterior JORGE 1997a:226 para el que no se recoge la obligación de la Administración de motivar su comunicación al juez o tribunal¹²¹).

El momento en que debe producirse esta comunicación de los servicios sociales penitenciarios al JVP es tan pronto como los primeros tengan conocimiento de que se han producido “*incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso*”, las enumeradas seguidamente en el artículo 49.6^a CP. El informe final (art. 10 RD 515/2005) no debe sustituir en ningún caso la obligación de comunicar *puntualmente* esas incidencias, obligación particularmente importante en los supuestos de penas de TBC cuya ejecución se prolongue hasta las 1440 horas de trabajo y que puede en

¹²¹ Para JORGE (1997a:226) “hubiera sido más correcto el haber requerido expresamente que los servicios sociales penitenciarios deberían, en todo caso, “*motivar*” la comunicación de incumplimiento de la pena a la autoridad judicial a los efectos del artículo 88.3, pues la ambigua e indeterminada formulación de las circunstancias, recogidas en el artículo 8 del citado RD, nada o muy poco permitirá fundamentar la receptiva comunicación”.

ocasiones evitar, con la reorientación a tiempo de la ejecución de la pena, posteriores incumplimientos.

El JVP deberá valorar el informe trasladado por los servicios sociales penitenciarios y tomar una de las siguientes: acordar la ejecución de la pena en el mismo centro, remitir al penado a un centro distinto para que finalice la ejecución de la pena o bien entender que ha habido efectivamente incumplimiento de la pena (art. 49 CP). Este abanico de decisiones posibles, introducido por la LO 15/2003, supone una mayor flexibilidad, análoga a la regulación de la infracción de las obligaciones o deberes impuestos en caso de suspensión (art. 84.2 CP), en que el juez o tribunal podrá optar por sustituir la regla infringida por otra, prorrogar el plazo de suspensión o revocar la suspensión en caso de incumplimiento reiterado.

Sorprende el menor detenimiento en la regulación del incumplimiento del TBC, respecto de la regulación de las reglas de conducta en caso de suspensión, que incluye mención de la necesidad de audiencia de las partes, la posibilidad de prórroga o la mención de la necesidad de que el incumplimiento sea reiterado para poder revocar la suspensión (art. 84.2 CP). Es de lamentar que no se haya aprovechado la LO 15/2003 para introducir respecto del TBC disposiciones análogas, en particular la mención de una preceptiva audiencia de las partes y la posibilidad de optar por la prórroga del plazo, que en caso de TBC se traduciría en una ampliación del plazo de ejecución de la pena¹²².

Sólo podrá considerarse que estamos ante un supuesto de incumplimiento después de que el JVP concrete los indicios comunicados por los servicios sociales penitenciarios y *los valore* como incumplimiento (respecto de la regulación anterior en el mismo sentido MANZANARES/ORDÓÑEZ 1996:497; POZA 1996:272, 1999:330; MANZANARES 1997a:1052-1053; LÓPEZ BARJA 1999a:100, 1999b:149; BOLDOVA 2000:133).

Nos inclinamos por entender que es posible acordar la continuación de la ejecución de la pena en el mismo u otro centro tanto ante aquellas “incidencias relevantes” ocurridas durante la ejecución de la pena e incluidas en el informe de los servicios sociales como ante supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento insatisfactorio, reservando el resto de consecuencias jurídicas previstas para los

¹²² Posibilidad muy utilizada en el derecho británico. Ver, por otra parte, ARÁNGUEZ (2000:36).

supuestos de incumplimiento total¹²³. Esta interpretación estaría de acuerdo con las demandas de la doctrina expuestas en su momento acerca de la flexibilización de las posibilidades de actuación del juez ante la concurrencia de causas de incumplimiento.

En ningún lugar se regula el procedimiento a seguir ante el JVP, laguna que sería deseable subsanar. Tal procedimiento debería estar inspirado en el principio de contradictoriedad, dándose audiencia al penado y permitiéndosele formular alegaciones de defensa y aportar pruebas, en su caso. Sería deseable, asimismo, regular la intervención de los servicios sociales penitenciarios¹²⁴ y en su caso de los responsables del centro de trabajo, que permitiría aclarar extremos del informe y añadir todos aquellos datos que el JVP pudiera necesitar. La valoración por el juez de los datos aportados será discrecional, y su resolución debe ser en todo caso susceptible de recurso (GARCÍA ARÁN, G. 1996:45; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:322; POZA 1996:272¹²⁵, 1999:330, en cambio, limita aquí la actividad del juez a elementales diligencias de comprobación de los datos suministrados por los servicios sociales penitenciarios). La importancia de los efectos de la resolución del JVP hace que deba revestir la forma de auto con una motivación suficiente (FISCALÍA 2004:29-30).

Se echa de menos en la regulación la necesidad de una previa advertencia al penado, como requisito para poder iniciar el procedimiento, brindándole así la oportunidad de modificar su actitud antes de promover una respuesta que puede revertir en la privación de libertad (ARÁNGUEZ 2000:35).

3.12.4. Las consecuencias del incumplimiento

3.12.4.1. Consecuencias jurídicas del incumplimiento

Respecto de las consecuencias de la apreciación por parte del JVP del efectivo incumplimiento de una pena de TBC, el artículo 49 CP dispone que en tal caso “se

¹²³ Cabe señalar, sin embargo, que el contenido del artículo 88.2 CP, que sería de aplicación en el supuesto de incumplimiento de TBC impuesto como sustitutivo de una pena de prisión, estipula el regreso a la pena sustituida en caso de “*incumplimiento en todo o en parte*” de la pena sustitutiva, podría representar un escollo para nuestra propuesta.

¹²⁴ Esta intervención, junto a la del penado, se produce en el ámbito británico, y otorga inmediatez y flexibilidad; el margen de decisión del juez es generalmente amplio, y le permite tomar la decisión más correcta atendiendo el caso concreto, la voluntad del penado de seguir cumpliendo la pena, las circunstancias que lo dificultan y la valoración del supervisor del trabajo.

¹²⁵ A pesar de que convierte al juez en “un sucedáneo de Juez de lo Social y capataz que deberá depurar las actitudes negligentes u obstruccionistas del penado y los eventuales intereses espurios de los responsables de los centros donde aquél preste servicios” (POZA 1999:330, 1996:271-272).

deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468”, que regula el quebrantamiento de condena¹²⁶.

Por su parte, el artículo 88.2 CP establece las consecuencias del incumplimiento “*en todo o en parte*” de las penas sustitutivas de prisión (multa y TBC): el retorno a la pena sustituida descontando en su caso la parte del tiempo “*a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente*”.

Llama la atención lo que parece un descuido del legislador: se alude a la consecuencia del incumplimiento del TBC como pena sustitutiva (art. 88.2 CP), pero nada establece el artículo 53 CP respecto al incumplimiento del TBC como modo de cumplir la RPSIM, produciéndose así un vacío legal (LORENZO 1996:70-71; PRATS 1996:489; TAMARIT 1996:360; AYO 1997:159, 160; PARÉS 1998:165-166; ARÁNGUEZ 2000:34).

La regulación precedente plantea diversos problemas, que pueden agruparse alrededor de los siguientes que desarrollamos a continuación.

3.12.4.2. Problema I: ausencia de regulación de las consecuencias del incumplimiento del TBC-RPSIM

Como se ha expuesto, el CP no mencionaba expresamente las consecuencias del incumplimiento del TBC impuesto como forma de RPSIM, y la LO 15/2003 no ha solucionado este vacío legal. Consideramos de aplicación aquí un buen número de los argumentos esgrimidos para excluir la deducción de testimonio por posible delito de quebrantamiento de condena en los supuestos en que el TBC no se impone como pena directa (ver 3.12.4.4. de este trabajo), fundamentalmente que con ello se estaría dotando a un mismo hecho de dos consecuencias jurídicas distintas. Por ello nos inclinamos, con buena parte de la doctrina, por entender que la consecuencia del incumplimiento del TBC como forma de RPSIM será el cumplimiento de ésta mediante las consecuencias previstas en el propio artículo 53 CP, privación de libertad o localización permanente en los supuestos de faltas (respecto de la regulación anterior, entre otros, PRATS 1996:489; S. AP. ASTURIAS (SEC. 8) 20/10/2002; respecto de la regulación actual, BLAY 2004:24; VARONA 2004:8; FISCALÍA 2004:28).

¹²⁶ Art. 468.1 CP: “*Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos*”.

A esta solución se ha llegado a través de dos tipos de argumentos. Un primer tipo de argumentos gira alrededor de la analogía con la sustitución: para aquellos autores que entienden que el cumplimiento de la RPSIM mediante TBC funciona como un supuesto de sustitución¹²⁷, las disposiciones del artículo 88 CP, que regula la sustitución en general, le serán de aplicación. También es una aplicación analógica del artículo 88 CP la que lleva a la Circular 2/2004 en concreto a extender a estos supuestos la regulación del incumplimiento del TBC impuesto como sustitutivo de penas de prisión (FISCALÍA 2004:28).

Un segundo tipo de argumento se aleja de esta analogía. Se apunta en primer lugar a que los fundamentos de la RPSIM y de la sustitución son distintos, por lo que la aplicación en los supuestos objeto de análisis del artículo 88 CP “no tiene un sentido claro ni es aconsejable desde una perspectiva político-criminal” (BRANDARIZ 2002:330); por otra parte, el mismo principio de proporcionalidad que aconseja que el TBC sea aplicable preferentemente a la privación de libertad como modo de cumplimiento de la RPSIM, aconseja asimismo que ante su incumplimiento no se recurra a una privación de libertad continuada que inicialmente se ha buscado evitar; finalmente, es necesario evitar, desde otro punto de vista, que una pena alternativa como el TBC derive en una privación de libertad continuada (BRANDARIZ 2002:330-331).

En la regulación anterior a la LO 15/2003 ello conducía a abogar por una interpretación teleológica del artículo 8 RD 690/1996 y del artículo 53 CP, que llevaría a aplicar la privación de libertad mediante AFS en los supuestos de incumplimiento del TBC impuesto como forma de cumplimiento de la RPSIM (BRANDARIZ 2002:331; en contra, ARÁNGUEZ 2000:34, para quien la falta de previsión legal en este sentido hace difícil sostener esta solución, desde el punto de vista del principio de legalidad). Con la situación actual, sin embargo, parece que únicamente cabría *de lege lata* regresar al artículo 53 CP e intentar aplicar la solución menos desproporcionada, que en caso de faltas permitiría evitar la prisión mediante la localización permanente.

De lege ferenda se ha sugerido la posibilidad de que la privación de libertad a imponer en estos casos no se cumpla necesariamente en régimen de prisión, sino

¹²⁷ En primer lugar porque la RPSIM se contempla como pena privativa de libertad en el art. 35 CP; en segundo lugar por la necesidad de pasar de multa a RPSIM y de RPSIM a TBC, y la imposibilidad de pasar directamente de multa incumplida a TBC, porque no se han establecido criterios de equivalencia entre ambas penas (estos argumentos son resumidos por BRANDARIZ 2002:329-330).

mediante alguna forma de arresto domiciliario o, no siendo posible, una modalidad de residencia obligatoria y sólo en caso de rechazo al cumplimiento podría imponerse una forma atenuada de privación de libertad (CID 1997:117); otra solución pasaría por la posibilidad de imponer en estos casos un mayor número de horas de TBC, como fórmula para evitar la imposición de una pena privativa de libertad (BRANDARIZ 2002:332).

El regreso a una forma de RPSIM que implica la privación de libertad se produciría descontando, en su caso, la parte del tiempo de TBC cumplido¹²⁸ y aplicando el criterio de conversión según el cual cada jornada de TBC equivale a un día de privación de libertad por RPSIM (art. 53.1 CP) (entre otros, PRATS 1996:489).

Ello no resultaría problemático en los supuestos de regreso de una pena de TBC a la RPSIM por multa por cuotas, pues se aplicaría el criterio de conversión de una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad que corresponde a dos cuotas de multa impagadas (art. 53.1 CP). Pero más problemático resulta el supuesto de regreso de una pena de TBC a la RPSIM cuando se trate del impago de una multa proporcional. En estos casos la determinación de la RPSIM la hace el juez o tribunal “*según su prudente arbitrio*” sin que en ningún caso pueda exceder de un año de duración (art. 53.2 CP). Una posible solución pasaría por partir del número de días de privación de libertad fijados y aplicar a los mismos el criterio de equivalencia entre una jornada de TBC y un día de privación de libertad, reavivando la RPSIM con el abono que procediera según las jornadas efectivamente trabajadas, en su caso (MANZANARES 1997b:1053). Sin embargo, la solución que nos parece preferible consiste, partiendo de la falta de criterios legales de equivalencia, en orientar la discrecionalidad del juez “tanto por la referencia de la correspondiente modalidad de responsabilidad subsidiaria a la gravedad del hecho delictivo originario como por la consideración de la parte de la pena de trabajos efectivamente cumplida” (BRANDARIZ 2002:329).

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento del TBC impuesto como forma de cumplimiento de la RPSIM, como hemos visto, son problemáticas al guardar silencio el CP al respecto y al no tratarse, estrictamente, de una sustitución. En estos supuestos parece que la consecuencia debiera ser, como ha quedado expuesto, el

¹²⁸ Por analogía con el art. 88.2 CP, que establece que en el supuesto de regreso a la pena sustituida deberá descontarse las cuotas efectivamente satisfechas, debiéndose entender, además y a pesar de defectuosa redacción, también las jornadas de TBC trabajadas.

cumplimiento de la RPSIM mediante el resto de soluciones previstas en el artículo 53 CP, a lo que no se deberá sumar la apreciación de un delito de quebrantamiento de condena.

3.12.4.3. Problema II: Problemas en la regulación del incumplimiento del TBC-sustitutivo

La regulación del incumplimiento del TBC impuesto como pena sustitutiva de la prisión (art. 88.1 CP) plantea diversos problemas.

1.- La función del TBC como sustitutivo de las penas de prisión de hasta un año de duración, y excepcionalmente junto con la multa de hasta dos años, implica que el incumplimiento del TBC pueda reportar el regreso a una pena de prisión.

Al acordar la sustitución de la pena de prisión por TBC, el juez o tribunal competente consideró que lo aconsejaban “*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado*” (art. 88.1 CP). En los supuestos de sustitución extraordinaria de penas de prisión de hasta dos años por multa o por multa y TBC, el juez o tribunal decretó la sustitución teniendo en cuenta que “*de las circunstancias del hecho y del culpable*” se infería “*que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social*” (art. 88.1 párrafo segundo CP). Estas circunstancias inicialmente valoradas por el juez para conceder la sustitución no tienen por qué verse modificadas por ninguno de los hechos potencialmente constitutivos de incumplimiento del TBC. 49 CP). Por ello el juicio que aconsejó el no ingreso a prisión y el cumplimiento del TBC sigue en todo caso siendo válido, de manera que no se ve justificación desde este punto de vista para el regreso automático a una privación de libertad. Soluciones preferibles podrían ser, según las circunstancias del caso concreto, la imposición de un mayor número de jornadas de TBC, la sustitución de la pena inicialmente impuesta por multa, o incluso una suspensión de la pena de prisión originaria con imposición de reglas de conducta, debiéndose recurrir al ingreso en prisión solamente en última instancia.

2.- Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la remisión directa a la pena sustituida, descontando en su caso el tiempo efectivamente trabajado, sigue posibilitando la existencia de penas cortas privativas de libertad (SANZ MULAS

2000a:353; 2000b:102). Cabe valorar, sin embargo, en este sentido, la posibilidad de evitar el recurso a la privación de libertad si procede la suspensión de la pena de acuerdo con el artículo 80 y siguientes del CP (CID 1997:117; PARÉS 1998:166).

3.- El artículo 88.2 CP da el mismo tratamiento al incumplimiento que al cumplimiento insatisfactorio (incumplimiento “*en parte*”), cosa que representa una falta de equidad, que obvia la diferencia valorativa que existe entre incumplir totalmente una pena sustitutiva y cumplirla defectuosamente (en este sentido, respecto de la regulación anterior a la LO 15/2003, GARCÍA ARÁN, G. 1996:41; ARÁNGUEZ 2000:34; SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:679). Puesto que el artículo 49 CP prevé distintas posibilidades que suponen cumplimiento insatisfactorio pero que permiten la continuación de la ejecución de la pena, puede considerarse por el principio de especialidad que cuando la pena sustitutiva es TBC las consecuencias del incumplimiento previstas en el artículo 88 CP se producirán únicamente ante el incumplimiento propiamente dicho (y no ante supuestos de cumplimiento defectuoso).

4.- El artículo 88.2 CP establece como consecuencia del incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva el retorno a la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando si cabe, la parte del tiempo “*a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente*” (un día de prisión equivale a dos cuotas de multa). Esta redacción es mejorable y ofrece dudas.

El apartado se inicia con una genérica referencia al “*incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva*”, referencia que parece incluir la sustitución de prisión tanto por multa como por TBC (o sólo por multa o multa conjuntamente con TBC en el supuesto de penas de prisión de hasta dos años de duración). El texto sigue, sin embargo, estipulando la consecuencia de ese incumplimiento, que es la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta descontando, si cabe, “*la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas*”. Se alude aquí únicamente al regreso de la multa a la pena sustituida de prisión, sin referencia a las jornadas de TBC cumplidas que cabría descontar, en su caso, en supuestos de regreso de TBC a la pena de prisión. Esta omisión puede interpretarse como un descuido del legislador, o bien entenderse que es solamente el incumplimiento de la multa como pena sustitutiva el que acarrea el regreso a la pena de prisión, y no así el incumplimiento del TBC.

Esta última interpretación, por supuesto, da lugar a dudas acerca de las consecuencias del incumplimiento del TBC sustitutivo de penas de prisión, que podría acabar teniendo como consecuencia única, ante el silencio del legislador, la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena (art. 49 CP en relación con art. 468 CP). La objeción más obvia a esta interpretación, que nos parece insostenible, sería la falta de sentido que tiene prever el regreso a la prisión en caso de incumplimiento de una multa sustitutiva y no preverlo en el caso de incumplimiento de un TBC impuesto como sustitutivo.

5.- El artículo 88.1 CP establece la posibilidad de imponer, en los supuestos de sustitución de penas de prisión por TBC, deberes u obligaciones recogidos en el artículo 83 CP, posibilidad que se convierte en imperativo cuando se sustituyan penas impuestas por delitos relacionados con la violencia de género. Se plantean aquí por lo menos dos problemas en relación con el incumplimiento. En primer lugar, cabe preguntarse qué sucede en supuestos de incumplimiento del deber u obligación impuesto, sin que se incumpla el TBC. En segundo lugar, cabe preguntarse qué sucede con estos deberes u obligaciones cuando es solamente el TBC el que se incumple, decretándose el regreso a la pena sustituida.

5'.- Supuestos de incumplimiento de la regla de conducta y de cumplimiento del TBC. No puede considerarse que ha existido un incumplimiento de la *pena sustitutiva* cuyas consecuencias regula el artículo 88.2 CP; en primer lugar, porque no forman parte de la pena sustitutiva y tienen, por lo tanto, una naturaleza distinta; y en segundo lugar porque la regulación del abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida en supuestos de regreso a la prisión no es aplicable a las obligaciones o deberes, para los que no se fija regla de conversión alguna (FISCALÍA 2005:33). Tampoco cabrá aplicar lo previsto para los supuestos de reglas de conducta impuestas en caso de suspensión (art. 84.2 CP), pues se trataría de una aplicación analógica no favorable de las leyes penales (TAMARIT 2005b:523; en contra, LÓPEZ LORENZO 2004:10, que considera posible aplicar analógicamente las previsiones del art. 84.2 CP y MANZANARES 2004a:1287, quien para evitar la falta de consecuencia alguna propone la aplicación a estos supuestos, por criterios de interpretación sistemáticos y teleológicos, las previsiones del art. 84.2 CP).

Por lo tanto, y a pesar de tratarse de una consecuencia indeseable, de acuerdo con la regulación actual el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas además de un TBC sustitutivo carecerá de efecto sancionador (Circular 1/2005:33; TAMARIT 2005b:523). La única opción parece ser la de imponer nuevos deberes a cumplir en el plazo de ejecución que reste de la pena sustituida (TAMARIT 2005b:523).

5''.- Incumplimiento de TBC y cumplimiento de los deberes de conducta. Parece que deberá tener las mismas consecuencias que cualquier incumplimiento de TBC sustitutivo, ante la falta de previsión legal; al no existir ninguna disposición que recoja reglas de conversión aplicables, parece que no podrá *abonarse* de ningún modo el tiempo y esfuerzo dedicado al cumplimiento de las reglas de conducta a la hora de regresar a la prisión inicialmente impuesta. Sin embargo, este cumplimiento de las reglas de conducta deberá ser tenido en cuenta por el JVP a la hora de valorar la existencia o no de un verdadero incumplimiento del TBC, debiendo ser especialmente cuidadoso al descartar la imposibilidad de realizar una concreta tarea por parte del penado.

6.- En otro orden de cosas, si el incumplimiento del TBC como pena sustitutiva es inicial, no habiéndose llevado a cabo ninguna jornada de trabajo, se ejecutará la pena sustituida en su totalidad. Si el incumplimiento se produce, en cambio, cuando ya se ha cumplido una parte de la pena, será necesario descontar de la pena original el tiempo efectivamente trabajado, aplicando los módulos de conversión establecidos en el CP, que en estos casos actúan como “*módulos de reversión*” (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002a:1028).

El hecho de haber tomado como criterio de conversión la jornada laboral y no las horas de trabajo efectivamente cumplidas puede comportar consecuencias discriminatorias para el penado. El criterio de conversión establecido igualaría al penado que hubiese cumplido cinco jornadas de TBC de ocho horas de duración cada una con el que hubiese cumplido el mismo número de jornadas de una hora de duración cada una. A ambos se les descontaría de la privación de libertad a imponer cinco días, habiendo trabajado uno cuarenta horas y el otro cinco. A igualdad de jornadas de TBC pero con diferente duración, debería descontarse más tiempo al que más horas trabajó, aunque lo hubiera hecho en el mismo número de jornadas (AYO

1997:169). Este problema se solucionaría, *de lege ferenda*, fijando el TBC en horas, prescindiendo del equívoco concepto de jornadas.

3.12.4.4. Dudas acerca del delito de quebrantamiento de condena

El artículo 49 CP establece que cuando se estime incumplida la pena “*se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468*”, sin especificar si ello es así en los supuestos en que el TBC se impone como pena original o también cuando se impone como pena sustitutiva o como forma de cumplimiento de la RPSIM.

Caben aquí dos posibles interpretaciones. En primer lugar, se puede entender que el incumplimiento de la pena de TBC sólo podrá comportar un delito de quebrantamiento de condena en los supuestos en que se imponga como pena directa, pero nunca cuando se imponga como sustitutivo de la prisión (BLAY 2004:23; VARONA 2004:8; FISCALÍA 2004:28-29; MAGRO 2005:9; TSJ VALENCIA *et al.* 2005:1; TÉLLEZ 2005:182). A favor de esta interpretación militaría el hecho de que la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del TBC sustitutivo es el regreso a la pena inicialmente impuesta (art. 88.2 CP)¹²⁹, y la deducción de testimonio por un posible delito del artículo 468 CP supondría dotar de dos consecuencias jurídicas negativas a un mismo hecho (POZA 1999:327; BRANDARIZ 2002:325-326; MUÑOZ/GARCÍA ARÁN 2004:514-515, 568). Por otra parte, dentro del marco de la concepción de la sustitución como periodo de prueba basta para los supuestos de quebrantamiento una cláusula de retorno a la pena sustituida, siendo innecesaria la imposición de nuevas penas (entre otros, MAPELLI 1996:106¹³⁰). Finalmente, desde una perspectiva político criminal resultaría contraproducente que la consecuencia del incumplimiento de una pena no privativa de libertad sea no sólo el retorno a una pena de prisión sino la imposición de otra pena, una multa, por un posible delito de

¹²⁹ En el marco de la regulación anterior a la LO 15/2003, en que el TBC no tenía función de pena directa y nada se mencionaba expresamente respecto del quebrantamiento de condena, eran de esta opinión GARCÍA ARÁN, G. (1996:41); LORENZO (1996:73-74); MAPELLI/TERRADILLOS (1996:105-106); MORALES (1996:107); PRATS (1996:489); SÁNCHEZ YLLERA (1996:502); MANZANARES (1997c:1278); LLORCA (1999:279); POZA (1999:327); SERRANO PASCUAL (1999:379); DE LA CUESTA (2002:146); SERRANO BUTRAGUEÑO (2002a:679); a pesar de los cambios en la regulación, los argumentos esgrimidos por estos autores siguen en buena parte vigentes.

¹³⁰ El tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva, en nuestro caso el TBC, ha sido concebido como una suerte de “‘período de prueba’ en el que la suspensión definitiva depende del cumplimiento de la nueva pena [y de las eventuales obligaciones que el juez decida imponer de acuerdo con el artículo 83]”; en los supuestos de incumplimiento bastará pues con la previsión de una cláusula de retorno a la pena sustituida sin que sea necesario añadir nuevas penas, como las correspondientes al delito de quebrantamiento de condena (MAPELLI/TERRADILLOS 1996:106; lo siguen LLORCA 1999:279; SERRANO BUTRAGUEÑO 2002b:1027-1028).

quebrantamiento de condena (en relación con la regulación anterior, en este sentido, BRANDARIZ 2002:326; siguiendo a VALMAÑA 1990:191, *de lege ferenda*). Como pone de manifiesto BRANDARIZ (2002:326-327), en derecho comparado el quebrantamiento se reserva a los supuestos en que el trabajo comunitario es sanción originaria; el mecanismo de garantía propio de las sanciones originarias es el quebrantamiento de condena, pero el de las sanciones sustitutivas es el regreso a la sanción originaria.

La otra posible interpretación supone extender la deducción de testimonio por un posible delito del artículo 468 CP a todos los supuestos en que se incumpla una pena de TBC, sea pena directa o sea sustitutiva. A favor de esta propuesta puede esgrimirse que la literalidad del artículo 49 CP no excluye expresamente esta consecuencia para el TBC sustitutivo. Otro argumento más débil, es, en coherencia con la propuesta interpretativa del artículo 88.2 CP según la cual el incumplimiento del TBC como sustitutivo de penas de prisión no comportaría el regreso a la pena de prisión sustituida, que la consecuencia del incumplimiento del TBC cuando ejerce esa función es únicamente el quebrantamiento de condena.

Ante unos y otros argumentos, cabe inclinarse por entender que solamente si se ha impuesto como pena directa el incumplimiento del TBC acarreará deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena.

Cabe subrayar que para que exista propiamente quebrantamiento de condena deben estar presentes todos los elementos típicos del delito (ARÁNGUEZ 2000:36¹³¹). No todas las circunstancias descritas como incidencias relevantes en la ejecución de la pena en el artículo 49.6ª CP integran el delito de quebrantamiento de condena (CHOCLÁN 1997:166). El supuesto de hecho del artículo 468 CP se refiere a “*los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*”. Sólo el supuesto de “*condena*” podría referirse al TBC como pena sustitutiva, pero no se puede hablar en puridad de quebrantamiento de condena, pues el incumplimiento implicará la ejecución de la condena de forma distinta (pasándose de TBC a la prisión o privación de libertad por RPSIM originarias) “pero en ningún caso han dejado de cumplirse, sólo se han modificado los términos de su ejecución

¹³¹ Este autor pone el ejemplo del penado que muestra un reiterado desinterés por la labor que se le ha asignado, disminuyendo en consecuencia su rendimiento de forma notable, en cuyo supuesto podríamos estar ante una causa de revocación pero no ante un delito de quebrantamiento de condena (ARÁNGUEZ 2000:36).

como consecuencia de su incumplimiento” (PRATS 1996:489, sobre el AFS como pena sustitutiva; en el mismo sentido, BRANDARIZ 2002:325; SERRANO 2002a:679; TÉLLEZ 2005:182).

No obstante estos argumentos, y como pone de manifiesto SERRANO BUTRAGUEÑO (2002b:1029), existen pronunciamientos judiciales que en relación con el incumplimiento de penas sustitutivas aprecian la comisión del delito de quebrantamiento de condena¹³².

A pesar de tales pronunciamientos, en nuestra opinión, como hemos manifestado en líneas anteriores, en el supuesto de incumplimiento del TBC impuesto como pena sustitutiva debe regresarse a la pena inicialmente impuesta, sin que ese incumplimiento tenga además la consideración de un quebrantamiento de condena. Es de lamentar, sin embargo, que en los casos de sustitución no se incluya un artículo análogo al existente para los supuestos de suspensión.

3.12.4.5. Algunas conclusiones

El examen de la regulación del incumplimiento del TBC ha puesto de manifiesto diversas mejoras introducidas por la LO 15/2003, así como algunas cuestiones problemáticas en esa regulación.

En primer lugar, cabe celebrar que la regulación se aleja de modelos rígidos para acercarse a modelos flexibles de cumplimiento (CID 2004:223). Ello fundamentalmente por tres motivos: en primer lugar, porque dejan de recogerse taxativamente determinadas causas de incumplimiento para detallarse circunstancias relevantes en la ejecución de la pena que, en su caso y valoradas por el JVP, pueden dar lugar a diversas decisiones, entre ellas la de considerar que se ha producido un efectivo incumplimiento de la pena. Por otra parte, se introduce la posibilidad de que el JVP decida, ante tales

¹³² La S. AP. BARCELONA (SEC3ª) 20/03/2000, declara, con motivo del incumplimiento de una pena de AFS impuesta como pena sustitutiva de una pena privativa de libertad de cinco meses de arresto mayor que “es obvio que la pena sustitutiva, en los supuestos de que resulte quebrantada, puede constituir el ilícito previsto en el art. 468 del Código Penal, del mismo modo que todo incumplimiento o quebrantamiento de una pena lleva aparejada, junto con la sanción penal a tal conducta en cuanto hecho en sí penalmente típico, diversas consecuencias en orden al cumplimiento de la pena quebrantada, a la continuación del cumplimiento o a la agravación de las condiciones de tal cumplimiento. El art. 88.3, por lo expuesto, establece las consecuencias que el quebrantamiento de la condena de la pena sustitutiva, produce en el cumplimiento de esta pena. Las consecuencias jurídico Penales de la comisión del hecho tipificado penalmente como delito de quebrantamiento de condena son las establecidas en el art. 468. Acreditado dicho quebrantamiento, en su caso, resultará aplicable lo dispuesto en el art. 88 citado” (SERRANO BUTRAGUEÑO 2002b:1029, por donde se cita; ver, en el mismo sentido, S. AP. BURGOS (SEC. 1ª) 12/06/2002).

circunstancias, entre la continuación de la ejecución del TBC en el mismo centro u otro centro distinto o la consideración de incumplimiento de la pena (CID 2004:223). Y en tercer lugar, porque se vincula la cuestión de las ausencias al trabajo como incumplimiento al hecho de que signifiquen un “*rechazo voluntario... al cumplimiento de la pena*” (art. 49.6^a.a) CP).

Esta regulación debe ser valorada positivamente porque aunque la credibilidad de la pena está vinculada a la existencia de una amenaza seria para los supuestos de incumplimiento, es necesario también atender a los problemas que la persona pueda tener para cumplir la sanción, como sucede cuando existen dificultades para el pago de las multas, que se tratan con una tolerancia que aparece reflejada en la normativa (CID 2004:223).

Por otra parte, cabe lamentar que no se haya aprovechado la ocasión para introducir asimismo la posibilidad de ampliación del plazo de ejecución de la pena en casos de dificultades en el cumplimiento, la posibilidad de que exista una advertencia previa al penado por parte del JVP en caso de una primera instancia de incumplimiento para intentar evitar un ingreso en prisión, o la regulación de cuestiones procedimentales relativas a la verificación de incumplimiento ante el JVP (en el CP o en otro cuerpo legal) y administrativas (en el RD 515/2005).

Respecto de las consecuencias jurídicas del incumplimiento, se ha puesto en evidencia que únicamente en aquellos casos en que el TBC se impone como pena directa puede su incumplimiento acarrear la deducción de testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena. Esto significa que el TBC original puede dar lugar a una multa de 12 a 24 meses. Esta reacción ha sido calificada como insuficiente por lo que respecta al tipo de pena y excesiva por lo que se refiere a la cantidad: la multa resulta una reacción insuficiente ante el incumplimiento para otorgar credibilidad a la pena (CID 2004:223). Ciertamente la imposición de la multa resultará por sí misma poco capaz para disuadir del incumplimiento; sin embargo cuando se *sume* a la continuación del cumplimiento de TBC sí representa un plus punitivo suficiente. En los supuestos en que el incumplimiento del TBC esté vinculado a determinadas carencias, una reacción más apropiada sería la obligación de seguir un tratamiento (CID 2004:223).

El exceso cuantitativo viene dado por la desproporción que representan 12 meses de multa, que en caso de impago pueden convertirse en seis meses de prisión, para responder al incumplimiento del TBC (CID 2004:223).

Se han planteado asimismo problemas en torno a la regulación del incumplimiento del TBC impuesto como sustitutivo a la pena de prisión. Una cuestión fundamental es que los motivos que en su momento aconsejaron la sustitución subsisten en muchos supuestos de incumplimiento, por lo que bajo este punto de vista el regreso a la pena de prisión carecería de fundamento. Reconociendo la necesidad de una pena de refuerzo, sería conveniente, *de lege ferenda*, introducir otras posibilidades anteriores al regreso a la pena de prisión original, que debería decretarse en última instancia. Otro problema detectado es el vacío legal existente en los supuesto de incumplimiento de las reglas de conductas impuestas junto con un TBC sustitutivo, que deja este incumplimiento sin consecuencia jurídica. Sería deseable la imposición, previa advertencia del JVP, de alguna *constricción*, como un mayor número de horas de trabajo o una pequeña multa, como sanción de refuerzo en estos supuestos.

Otra laguna viene dada por la falta de regulación del incumplimiento del TBC impuesto como forma de RPSIM. La solución más evidente supone el regreso a las medidas previstas en el propio artículo 53 CP. Sin embargo, subsisten en este caso los problemas de proporcionalidad que suponen el paso de una pena de multa a la prisión. Sería recomendable, *de lege ferenda*, introducir otras posibilidades de cumplimiento de la RPSIM, antes de recurrir a la prisión, como un mayor número de horas de TBC o formas distintas de privación de libertad. Por otra parte, la LO 15/2003 no ha introducido una reforma más proporcional en este sentido: ha dejado pasar la oportunidad de obligar al juez a descartar de forma motivada la imposición de un TBC antes de decretar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla en prisión (CID/LARRAURI 2002:119-120; CID 2004:224).

Un problema común en todos los supuestos de regreso del TBC a penas de prisión o reconversión a privaciones de libertad viene dado porque los criterios de conversión vienen fijados en jornadas. Ello puede comportar problemas desde el punto de vista del principio de igualdad, por cuanto la duración de las jornadas de trabajo puede oscilar enormemente. La fijación de todas las magnitudes relativas al TBC en horas y no en jornadas evitaría este tipo de problemas.

En último lugar, hemos puesto de manifiesto que a pesar de la referencia genérica del artículo 49 CP a la deducción de testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena, ello únicamente se producía en los supuestos en que el TBC había sido impuesto como pena directa.

3.12.5. Las ausencias justificadas

El artículo 49.7ª CP recoge el régimen de las ausencias justificadas al trabajo¹³³. Estas ausencias no se entenderán como un abandono de la actividad constitutivo de incumplimiento; sin embargo, no se computarán en la liquidación de la condena, en que deberán constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado el penado del total impuesto.

Un posible parámetro a emplear para determinar si una falta está o no justificada es la legislación laboral y la doctrina emanada de la jurisdicción social aplicable, en relación con los trabajadores por cuenta ajena (FISCALÍA 2004:31), especialmente los criterios acerca de la incapacidad para el desarrollo, previsiblemente temporal, de una actividad laboral (LANDROVE 2004:6).

El precepto omite disponer que estas ausencias justificadas obligarán a modificar el plan de ejecución, pues deberán recuperarse, pudiendo dar lugar a un cambio en el plazo máximo de cumplimiento de la pena, lo que comporta una comunicación al JVP y una nueva resolución al efecto (en este sentido y respecto de la regulación anterior, POZA 1996:268; POZUELO 1998:94).

¹³³ Esta disposición ha sido introducida en el CP por la LO 15/2003. Con la misma dicción se recogía en el art. 7 del derogado RD 690/1996.

4. CAPITULO IV: FUNCIONES DEL TBC EN EL SISTEMA DE PENAS DEL CP 1995

En derecho comparado pueden identificarse principalmente cuatro modos de incorporación de los trabajos comunitarios al sistema de penas: como pena autónoma originaria, como forma de cumplimiento de la RPSIM, como sustitutivo de penas de prisión o como medida a imponer en caso de suspensión de la pena de prisión o dentro de una sanción de libertad vigilada.

Inicialmente, el papel otorgado por el CP 1995 al TBC se limitó a sustitutivo de la pena de AFS y forma de cumplimiento de la RPSIM. La reforma del CP introducida por la LO 15/2003, que elimina los AFS de su sistema de penas¹³⁴, recoge el TBC como pena sustitutiva de las penas de prisión de hasta un año de duración, y de modo excepcional, hasta dos años de duración conjuntamente con la multa (art. 88 CP), mantiene su función como modo de cumplimiento de la RPSIM (art. 53 CP) e introduce el TBC como pena directa en diversos preceptos de la parte especial del CP (como se verá más adelante, la LO 11/2003 ya había introducido el TBC como pena directa en el artículo 153 CP). El ámbito de aplicación de la pena resulta de este modo notablemente ampliado, pues las posibilidades de aplicar la sustitución de penas de prisión son mucho mayores que la sustitución del antiguo AFS; ello, junto a su inclusión como pena directa en la parte especial del CP, debe entenderse, como reza la propia Exposición de Motivos de la ley, como una potenciación del TBC por parte del legislador; en el capítulo final de este trabajo intentaremos valorar hasta qué punto se ha logrado esta potenciación. Parece que el legislador ha apostado claramente por un modelo mixto en el que los trabajos comunitarios pueden desempeñar distintas funciones.

Bajo este epígrafe se examinarán los supuestos en que el CP prevé la aplicación de la pena de TBC.

¹³⁴ El TBC se recogía en la redacción original del CP 1995 únicamente como sustitutiva de las penas de arresto de fin de semana (art. 88.2 CP) y como forma de cumplimiento de la RPSIM (art. 53 CP), por lo que cabe subrayar con buena parte de la doctrina la prudencia, incluso timidez del legislador en la introducción del esta pena en el catálogo de sanciones, resultando en su escasa relevancia y limitado ámbito de aplicación¹³⁴ (entre otros, GARCÍA ARÁN, G. 1996:39; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN 1996:62; CHOCLÁN 1997:161; ARÁNGUEZ 2000:16; CGPJ 2000:90; BRANDARIZ 2003:138, 141).

4.1. El TBC como sustitutivo de penas de prisión¹³⁵ (art. 88 CP)

En este apartado se examinarán algunos aspectos relativos a la regulación de la función del TBC como pena sustitutiva particularmente problemáticos. No entraremos en el análisis de los fines, requisitos, criterios de decisión y cuestiones procesales establecidos en el artículo 88 CP para la sustitución de penas de prisión, análisis que pertenece propiamente al estudio del mecanismo de sustitución en sí, más que a una aproximación a la pena de TBC.

Tampoco realizaremos un análisis detenido del contenido y significado de las reglas de conducta que en algunos casos pueden, y en otros deben, acompañar a las penas de TBC sustitutivas (art. 88 CP en relación con art. 83 CP). Sí trataremos sin embargo, de las implicaciones que tiene la aplicación de estas reglas *junto* con el TBC.

Al tratarse de una materia hasta cierto punto común con la función del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM, únicamente trataremos en este apartado las cuestiones específicas de estos criterios en relación con la función sustitutiva del TBC, reservando para un apartado común los aspectos más generales.

4.1.1. Regulación

De acuerdo con el artículo 88.1 CP, las penas de prisión de hasta un año de duración impuestas a reos no habituales podrán sustituirse, “*previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado*” por multa o por TBC; podrán imponerse en estos casos una o más de las reglas de conducta previstas en el artículo 83 CP durante la duración de la pena sustituida, a no ser que se hayan impuesto como penas en la sentencia.

Las penas de prisión de hasta dos años de duración podrán sustituirse excepcionalmente por multa o por multa y TBC. Se fijan criterios de conversión aplicables a ambos supuestos que hacen equivaler un día de prisión a un día de TBC.

El párrafo tercero del primer apartado del artículo 88 CP estipula que cuando el sujeto haya sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género¹³⁶, la

¹³⁵ Sobre la sustitución en general puede verse SERRANO PASCUAL (1999:368-393). Más recientemente, puede verse la monografía de jurisprudencia “Suspensión y Sustitución de la pena privativa de libertad”, en *La Ley Penal*, año II, núm. 21, Noviembre de 2005, en formato electrónico www.laley.net, que recoge las decisiones más relevantes en la materia; o LÓPEZ LORENZO (2004:1-2, 8-15).

¹³⁶ La vigente redacción de este párrafo es debida a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; de acuerdo con las modificaciones introducidas en el CP

pena de prisión sólo podrá sustituirse por TBC. En estos casos se impondrá adicionalmente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, además de las reglas de conducta 1ª y 2ª del apartado 1 del artículo 83 CP (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximación o comunicación con la víctima u otras personas).

En el número segundo del artículo 88 CP se recoge el régimen de incumplimiento de la pena sustitutiva, estableciéndose que en caso de incumplimiento total o parcial pasará a ejecutarse la pena de prisión inicialmente impuesta abonándose, en su caso, *“la parte del tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas”*, según la regla de conversión establecida en el apartado anterior del mismo artículo. Esta regulación es comentada en el apartado dedicado al incumplimiento del TBC en este trabajo.

Finalmente, el precepto dispone la prohibición de sustitución de penas que sean a su vez sustitutivas de otras¹³⁷.

Por su parte, el artículo 71.2 CP prevé una sustitución obligatoria cuando por aplicación de las reglas de determinación de la pena (arts. 61 y siguientes CP), se llegue a una pena de prisión inferior a tres meses *“conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda”*, es decir, conforme a los artículos 88 y 89 CP.

4.1.2. Comentarios

La regulación que el CP hace de la sustitución de penas de prisión por TBC invita a numerosos comentarios y suscita dudas alrededor de diversas cuestiones. Los interrogantes alrededor de la duración de la pena cuando ejerce funciones sustitutivas, quizá el problema más grave de la regulación, y el régimen de incumplimiento de la pena cuando ejerce esas mismas funciones han sido ya tratados en los respectivos apartados del capítulo III, a los que nos remitimos. El resto de observaciones son las que siguen:

1. Surge la duda de si la sustitución debe limitarse a penas de prisión previstas como únicas en la parte especial del CP o si puede extenderse a las penas de prisión previstas

por esta disposición, los delitos relacionados con la violencia de género son las lesiones del art. 148, los malos tratos del art. 153, amenazas del 171 o coacciones del art. 172.

¹³⁷ Esta disposición carece en la regulación actual de sentido, pues únicamente se prevé la sustitución de penas de prisión, y únicamente por penas de TBC o multa; tenía sentido en el contexto anterior a la LO 15/2003 en que la extinta pena de AFS podía ser a la vez sustituida y sustitutiva; parece tratarse, pues, de un descuido del legislador (TÉLLEZ 2005:182).

como alternativas a otras; es decir, si en supuestos de delitos castigados directamente en la parte especial con penas de prisión y penas alternativas opcionales, el juez sentenciador opta por la imposición de la pena de prisión, esa pena de prisión será sustituible (quizá por la pena alternativa inicialmente descartada). Se ha argumentado respondiendo negativamente a esta pregunta que puesto que el juez se ha decantado “con fundamentación específica, por la pena de prisión y no por la alternativa” sería “ilógico que luego se acudiera a esta misma en vía de sustitución” (TÉLLEZ 2005:178).

La imposición inicial de una pena de prisión y no de una pena alternativa traen consecuencias distintas, como por ejemplo el hecho que el incumplimiento de una pena de prisión luego sustituida por TBC comportará el regreso a prisión, mientras que el incumplimiento de un TBC directo puede comportar una multa de 12 a 24 meses por delito de quebrantamiento de condena; o el hecho que un TBC leve prescribe al año de ser impuesto en sentencia firme y un TBC menos grave, lo mismo que cualquier pena de prisión, prescribirá a los cinco años.

Teniendo en cuenta estas diferencias, el juzgador puede querer marcar el desvalor del hecho imponiendo inicialmente una pena de prisión, aún teniendo otra alternativa opcional directa, y considerar que las necesidades preventivo especiales del sujeto aconsejan la sustitución, pero considerar asimismo que en términos de merecimiento el incumplimiento de esa especie de segunda oportunidad que puede representar la sustitución debe tener como consecuencia el ingreso en prisión y no la imposición de una multa. Para lograr este efecto, debería imponer inicialmente la pena de prisión opcional, y posteriormente sustituirla por una pena alternativa, por lo que la posibilidad planteada puede tener su sentido y no debería verse vetada.

Por otra parte, la literalidad del artículo 88 CP se refiere a la sustitución por TBC o por multa “*aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate*”; si no queremos que esta referencia sea redundante y si debe dársele sentido, parece que este “*aunque*” signifique que si están previstas, obviamente se puede sustituir, lo que también podrá hacerse aunque no lo estén.

2.- El legislador no ofrece criterios para orientar la decisión del juez, una vez ha optado por la sustitución, entre la multa o el TBC, y en el caso de la sustitución extraordinaria, simplemente por una multa o bien por una multa junto con un TBC. La solución debe estar vinculada tanto a los fines perseguidos por la sustitución, como los criterios que se enumeran en el propio precepto y que deben guiar las decisiones en torno a la misma;

parece que “la sustitución de las penas privativas de libertad tenía el sentido en el CP de 1995 de poder dar una respuesta distinta a la prisión a los infractores/as con antecedentes penales” (CID 2004:221), especialmente las penas cortas privativas de libertad, dada su inutilidad desde el punto de vista de la prevención especial y su nocividad (estigmatización, desocialización, contagio criminal), sin lograr sus fines desde otros fundamentos de la pena (TAMARIT 2005b:519). Los fines de la sustitución, por tanto, son de tipo preventivo especial. Por otra parte, los criterios a los que se refiere el propio precepto son, por una parte (sustitución de prisión de hasta un año) “*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado*”; y en el caso de sustituciones de hasta dos años “*cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas [las penas de prisión impuestas] habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social*” (art. 88.1 CP). Estos criterios legales “suministran al juez unos parámetros de referencia, en base a los cuales ejercer su discrecionalidad para la concesión de la sustitución” (TAMARIT 2005b:520). Y a falta de otras indicaciones, serán estos mismos parámetros los que deberán orientar, una vez tomada la decisión de sustituir, la elección de la multa o el TBC como pena sustitutiva. De este modo, será fundamentalmente las necesidades preventivo especiales y las circunstancias y conducta del sujeto las que orienten la decisión, teniendo en cuenta que el TBC puede dotarse de cierto contenido rehabilitador del que carece la multa.

A pesar de tratarse de una decisión discrecional, no sobraría la inclusión expresa en el precepto de los criterios que deben orientarla. Por otra parte y como se ha expuesto en el apartado 3.8. de este trabajo, tomar este tipo de decisiones sin contar con la información recogida en un informe social resulta por lo menos difícil (S. AP. MADRID 5/03/2002).

3.- Problemas específicos relativos a los criterios de conversión. Existen propuestas que consideran que no existe un único criterio de conversión de la prisión a TBC, sino dos. Un primer criterio, aplicable al régimen general de sustituciones (penas de prisión de hasta un año de duración), hace equivaler un día de prisión a un día de trabajo (art. 88.1 CP, párrafo primero); un segundo criterio aplicable a las sustituciones extraordinarias (prisión de hasta dos años de duración, art. 88.1 CP segundo párrafo), en cambio, haría corresponder dos jornadas de trabajo por cada día de prisión. Esto representaría un claro endurecimiento de los módulos de conversión, “pues mientras en la redacción anterior

se hacía una remisión al régimen general, “*la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos previstos en el párrafo anterior*”; ahora se añade la coletilla “*en el párrafo anterior para la pena de multa*”, por lo que se ha de entender que un día de prisión ha de ser sustituido no por una sino por dos jornadas de trabajo” (TÉLLEZ 2005:180).

No podemos compartir esta lectura, pues de la referencia única a los términos y módulos para la pena de multa sólo se deriva un silencio por lo que respecta a la de TBC, que no puede colmarse interpretando, contra reo y arbitrariamente, que serán dos precisamente las jornadas de TBC a las que deberá equivaler cada día de prisión. Este silencio del legislador, que hemos interpretado como un olvido, debe salvarse bien aplicando analógicamente la solución dada en el párrafo anterior, que al no perjudicar al sujeto, como la propuesta que discutimos, sería admisible, bien entendiendo que debe aplicarse un régimen flexible, lo cual no está explicitado (en el mismo sentido, LÓPEZ LORENZO 2004:10).

En conclusión, consideramos que los criterios de conversión establecidos en el párrafo primero son aplicables a todos los supuestos de conversión, no únicamente a las sustituciones de penas de prisión de hasta un año de duración.

4.- La posibilidad introducida por la LO 15/2003 de imponer adicionalmente a un TBC sustitutivo una o más obligaciones o deberes de conducta recogidos en el artículo 83 CP, posibilidad que en relación con delitos de violencia de género se convierte en obligación de imposición de las reglas de conducta 1ª y 2ª del artículo 83.2 CP, merece diversos comentarios:

4’.- En principio y según el tipo de regla impuesta, permite dotar a las penas sustitutivas (multa y TBC) de un contenido rehabilitador o potenciar el que puedan tener (en este sentido, MAGRO 2005:7). Así por ejemplo se podría evitar el ingreso en prisión o el incumplimiento del TBC, que revertiría en prisión, de un sujeto con nula experiencia laboral, o con una experiencia laboral desalentadora adicionando (en la práctica de la ejecución anteponiendo) al TBC el seguimiento de un programa formativo o laboral (art. 83.1.5ª).

La posibilidad de imponer reglas de conducta, algunas de control, dirigidas a evitar el contacto con la víctima y otras de tipo rehabilitador, ha sido vista como forma

de potenciar la implantación de las alternativas a la prisión (TSJ VALENCIA *et al.* 2005:10).

4''.- Por otra parte, sin embargo, la imposición de obligaciones y deberes adicionales a la pena sustitutiva supone que se añaden otras cargas al cumplimiento de la pena, algo que resulta obvio en caso de las obligaciones orientadas al control, pero que también sucede con las de tipo rehabilitador. Estas reglas u obligaciones no se impondrían en estos supuestos como penas propiamente, pero se recogen como penas privativas de derechos en el artículo 39 g) y h) CP¹³⁸, y tienen una indudable carga punitiva. Con la imposición adicional de deberes de conducta esta alternativa a la prisión ve endurecidas sus condiciones (LARRAURI 1996:216). Las exigencias de proporcionalidad obligan a revisar y en su caso corregir este aumento de la carga punitiva sobre el penado, por ejemplo disminuyendo el número de horas o jornadas de trabajo a cumplir por el penado¹³⁹.

4'''.- Por otra parte, y ante el silencio del CP, cabe preguntarse sobre qué base decidirá el juez la conveniencia o necesidad de imposición de un concreto deber u obligación. La pregunta parece especialmente pertinente en los supuestos de imposición de la obligación de participación en “*programas formativos, laborales, de educación vial, sexual y otros similares*” (art. 83.2.5ª CP) y “*los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona*” (art. 83.2.6ª CP)¹⁴⁰.

Ello en dos sentidos; en primer lugar, porque el juez necesitará información sobre el sujeto, propia de un informe elaborado por psicólogos o trabajadores sociales para poder decidir informadamente si son necesarios esos programas; esta primera

¹³⁸ Artículo 39 CP: “*Son penas privativas de derechos:*

(...)

g. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el tribunal.

h. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (...)”.

¹³⁹ En Cambridgeshire, Inglaterra, se ‘descuenta’ hasta un 10% de las horas de trabajos cuando el penado sigue un curso formativo impartido por educadores ajenos al sistema penal pero cuyo seguimiento facilitan los supervisores de la pena; estos cursos formativos conllevan dedicación de tiempo al estudio *durante* el tiempo asignado al trabajo y durante el tiempo libre del penado.

¹⁴⁰ “Dado que la sustitución se funda en el principio de individualización de pena, renunciando a la prisión, deberán evitarse al máximo las medidas de contenido asegurativo y centrarse en el establecimiento de reglas de comportamiento de contenido preventivo especial, que se compadecen mejor con la institución de la sustitución de la pena” (TAMARIT 2005:521).

cuestión no plantea problema alguno cuando existe un informe social, que el juez o fiscal puede haber solicitado a los servicios sociales penitenciarios (art. 28 RD 515/2005). Pero puesto que no se trata de un informe preceptivo y no tendrá lugar en mucho supuestos, esta decisión no se tomará a menudo informadamente. En segundo lugar, el juez deberá disponer de información actualizada sobre los programas existentes, su contenido y finalidad, con el fin de determinar su adecuación. Ante la falta de referencias respecto de los caracteres de los concretos programas de reeducación y tratamiento psicológico y de la acreditación exigible a las personas o entidades que los desarrollen, la Circular 1/2005 establece que los fiscales deberán valorar la “posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas” (FISCALÍA 2005:33).

La existencia de personal técnico especializado integrado en las oficinas judiciales, o en coordinación con las mismas, facilitaría ambas soluciones.

4””’.- El artículo 88.1 CP no prevé expresamente en su párrafo segundo la posibilidad de imponer las obligaciones o deberes del artículo 83 CP en los supuestos de sustitución de penas de prisión de hasta dos años de duración, por lo que cabe plantearse si en estos supuestos será posible su imposición.

Hay que partir del silencio del precepto, y tener en cuenta asimismo que la remisión que el párrafo segundo hace a que esta sustitución extraordinaria “*se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior*”, no parece incluir la posibilidad de imposición de reglas de conducta. De este modo, extender esta posibilidad a las sustituciones de entre uno y dos años supondría una aplicación analógica contra reo no permitida en derecho penal, en cuanto su imposición supone una carga adicional para el sujeto.

Se ha afirmado, sin embargo, que de la interpretación conjunta de los párrafos primero y segundo puede concluirse que “cuando se sustituya una pena de prisión superior a un año e inferior a dos, también será posible imponer las reglas de conducta previstas en el art. 83.1, porque carecería de sentido poder aplicarlas a un supuesto de menor gravedad y no a uno de mayor entidad, especialmente cuando en ambos casos la única pena sustitutiva puede ser la multa” (FISCALÍA 2005:31-32; en el mismo sentido, TÉLLEZ 2005:181-182). En el supuesto de reglas de conducta de tipo rehabilitador (83.2.5ª y 6ª CP), por otra parte, la finalidad preventivo especial está tan presente en un

caso como en otro, por lo que bajo este punto de vista no cabría excluir esta aplicación. Esta es la interpretación que nos parece más correcta.

5.- Debido al rol que asume en las faltas la nueva pena de localización permanente, que viene a sustituir el AFS para esas infracciones, sorprende que, si en la regulación anterior a la LO 15/2003 el TBC podía sustituir al AFS, se haya limitado en la reforma el papel sustitutivo del TBC al no preverse la posibilidad de que sustituya penas de localización permanente (VARONA 2004:10). Ciertamente esto resulta en una limitación del papel sustitutivo del TBC; sin embargo, si tenemos en cuenta la magnitud punitiva del TBC y su posición en la escala de gravedad de las penas, es cuestionable desde el punto de vista de la proporcionalidad su empleo para el castigo de las infracciones más leves, debiéndose reservar, en nuestra opinión, para las infracciones de gravedad intermedia. Este no parece ser el razonamiento del legislador en su opción de no prever la sustitución por TBC de la localización permanente, pues el CP castiga en su parte especial algunas faltas con TBC como pena directa. Esta cuestión, sin embargo, es de momento difícil de valorar porque no sabemos cómo acabará concretándose la pena de localización permanente en la práctica.

6.- Especialidades. El artículo 88 CP establece un régimen ordinario de sustitución para penas de prisión de hasta un año de duración (art. 88.1 CP párrafo primero), un régimen extraordinario para las penas de prisión de hasta dos años de duración (art. 88.1 CP párrafo segundo), y un régimen especial para los supuestos de condena a delito relacionado con la violencia de género (art. 88.1 CP párrafo tercero).

6'.- Las penas de prisión de hasta dos años de duración serán sustituibles por multa o por multa y TBC (art. 88.1 segundo párrafo CP); se limita así la facultad del juez o tribunal de elegir la sanción sustitutiva más acorde al supuesto concreto (LÓPEZ LORENZO 2004:10). La decisión acerca de la sustitución por multa o por multa conjuntamente con TBC deberá verse orientada, en consonancia con lo afirmado más arriba, por los fines preventivo especiales de la institución y las necesidades del sujeto en ese sentido, de manera que si el juez considera que basta con la imposición de multa desde este punto de vista, deberá sustituirse sólo por multa, pena de menor carga punitiva, y el TBC se impondrá en tanto en cuanto, y sólo hasta el punto que, se identifiquen necesidades reeducativas en el sujeto.

En los supuestos en que estos criterios recomienden la sustitución por multa y TBC, la regulación no establece expresamente ninguna “cuota de sustitución” máxima o mínima que correspondería a cada una de las penas sustitutivas, es decir, cuánto tiempo de esos dos años de prisión será sustituido por TBC y cuánto por multa. La discusión sobre la cuota de sustitución debe someterse en todo caso a las necesidades preventivo especiales del sujeto, que encontrarán un límite absoluto en el máximo de un año de prisión a sustituir por TBC, derivado del párrafo primero del artículo 88.1 CP y en todo caso en los límites máximos del TBC, establecidos en los artículos 33 y 40 CP.

La opción por criterios de conversión rígidos vuelve aquí a limitar la virtualidad sustitutiva del TBC: la aplicación de estos criterios de conversión a la sustitución de penas de hasta dos años de prisión daría lugar a TBC de duración impracticable. Otorgar al juez un margen de discreción para que, dentro de unos mínimos y máximos legalmente establecidos, determine la duración de la pena sustitutiva, permitirían la extensión de la función sustitutiva del TBC a penas de mayor duración (CID/LARRAURI 2002:118-119).

6’.- El sistema especial de sustitución está reservado a los delitos relacionados con la violencia de género, que únicamente serán sustituibles por TBC, con exclusión de la multa; esta especialidad además convierte en obligatoria la imposición en estos supuestos de algunas de las reglas de conducta del artículo 83.2 CP, en concreto programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, y las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximarse y comunicarse con la víctima u otras personas.

La limitación al TBC como pena sustitutiva en estos supuestos debe relacionarse con las conclusiones de la Subcomisión sobre Violencia Doméstica, en las que se recomendaba la supresión de la multa como reacción a este tipo de infracciones, no solo como pena directa sino también como posible sustitutivo¹⁴¹. La elección del TBC como pena sustitutiva única en estos casos, pues, no tiene que ver con sus características intrínsecas ni con una valoración positiva de la conveniencia de su aplicación en supuestos de violencia de género, sino con la falta de otras alternativas aplicables. Sin

¹⁴¹ Ver comentarios a los artículos del Libro II que recogen delitos relacionados con la violencia de género en el apartado 3.13.3 de este trabajo.

embargo la disposición comentada puede suponer un incremento significativo de la operatividad del TBC (LANDROVE 2004:5).

Las penas a imponer en los delitos de violencia de género superan en algunos casos los dos años de prisión, por lo que a falta de una disposición expresa en el CP, y debido a la especialidad de la disposición cabría preguntarse si todas las penas de prisión impuestas por esos motivos son sustituibles o únicamente las que puedan acogerse a los límites y criterios esgrimidos para las sustituciones generales de hasta un año y extraordinaria de hasta dos años de duración.

La solución más razonable pasa, sin embargo, por considerar sustituibles las penas de prisión de hasta uno o dos años de duración cuando en el concreto supuesto concurren los requisitos respectivamente de la sustitución general o excepcional (TÉLLEZ 2005:181).

7.- Por lo que respecta a la sustitución obligatoria del artículo 71 CP, las penas de prisión inferiores a tres meses podrán sustituirse por TBC o por multa; el principal problema interpretativo es quizá si a estos supuestos se extiende la posibilidad de imponer adicionalmente reglas de conducta previstas en el artículo 83 CP. Entendemos que la falta de previsión expresa al efecto veta esta posibilidad, porque a pesar de que el artículo 71 CP prevé esta sustitución “*conforme a lo dispuesto*” en los artículos 88 y 89 CP, cabe entender que esta mención se refiere a los criterios de conversión y a las consecuencias del incumplimiento.

4.2. El TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM (art. 53 CP)

Paralelamente al apartado anterior, no se tratará aquí la regulación general y los problemas planteados por la RPSIM, limitándonos únicamente en las líneas que siguen a exponer y valorar la regulación de la función del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM en el CP, posibilidad que ha venido a satisfacer las demandas de la doctrina partidarias de la limitación del recurso a la privación de libertad en supuestos de impago de multas (entre otros BERISTAIN 1976:362; QUINTERO OLIVARES 1977:140; JAREÑO 1994:284; TÉLLEZ 2005:125).

4.2.1. Regulación

La RPSIM se cumple mediante una privación de libertad de un día por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas; la LO 15/2003 ha introducido la posibilidad de que esa

responsabilidad se cumpla, en los supuestos de faltas, mediante la nueva pena de localización permanente (art. 53.1 CP primer párrafo). También es posible que, previo consentimiento del penado, el juez o tribunal resuelva que la RPSIM se cumpla mediante TBC, computando cada día de privación de libertad como una jornada de trabajo (art. 53.1 CP segundo párrafo).

En los supuestos de multa proporcional, en que la RPSIM será fijada por los jueces o tribunales “*según su prudente arbitrio*” hasta un límite máximo de un año de duración, ésta también podrá cumplirse mediante TBC (art. 53.2 CP).

4.2.2. Comentarios

1.- Una de las cuestiones que mayor discusión suscita en relación con el TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM es la determinación de la prioridad que debe darse, en su caso, al TBC respecto de las demás formas de cumplimiento de la RPSIM, ante el silencio del CP sobre los criterios que deben orientar la decisión del juez¹⁴².

Siguiendo a BRANDARIZ (2002:168-169), pueden distinguirse tres posiciones: en primer lugar, aquel sector doctrinal que entiende que por analogía son aplicables a los supuestos del artículo 53 CP los criterios establecidos para la sustitución en el artículo 88.1 CP. De este modo, debería atenderse a “*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado*” para decidir cuándo una RPSIM debe cumplirse mediante alguna forma de privación de libertad o mediante TBC (MAPELLI 2000:86; en este sentido, S. AP. MADRID 3/07/2002)¹⁴³.

¹⁴² Bajo esta discusión subyace la cuestión de la relación entre el artículo 53 y el artículo 88 CP, es decir, entre la RPSIM y sus formas de cumplimiento y la sustitución. Frente a los sectores doctrinales que tienden a considerar que no existe relación alguna entre las sustituciones del artículo 53 y las del artículo 88 CP o que ven semejanzas estructurales entre los dos institutos, pero importantes diferencias valorativas que los separan, un tercer sector doctrinal ve la sustitución del artículo 53 CP como una modalidad de las recogidas en el artículo 88 (MAPELLI 2000:67-68).

¹⁴³ Detrás de esta posición doctrinal subyace la concepción de la función del TBC aquí no como forma de cumplimiento de la RPSIM, sino como sustitutivo de la magnitud punitiva RPSM. MAPELLI (2000:68-70) separa un primer momento en que la multa impagada se convertirá en RPSIM, que no es una sustitución porque carece de algunos de sus elementos procesales más característicos y sus fundamentos son distintos; y un segundo momento, en que la RPSIM se reemplaza por penas de prisión, [AFS] o TBC, tratándose aquí de una auténtica sustitución, con la que comparte fundamento (el legislador ofrece al juez un elenco de penas sustitutivas alternativas para que con criterios preventivos especiales el juez elija la más adecuada para el condenado) y carácter potestativo, pudiendo elegir el juez en ambos casos entre unas y otras penas. De acuerdo con este planteamiento, pues, cabe sostener que la imposición del TBC en los supuestos de impago de multa se realiza mediante una operación de sustitución, a la que será aplicable en lo no dispuesto en el artículo 53 CP la regulación del artículo 88 CP. Esto comportaría, entre otros problemas, la duda de si deberá reservarse la posibilidad de cumplimiento de RPSIM mediante TBC a los reos no habituales, como sucede con la sustitución de las penas de prisión.

En segundo lugar, otro sector doctrinal considera que la redacción del artículo 53 CP otorga protagonismo a la privación de libertad como forma natural de cumplimiento de la RPSIM y que sólo de manera subsidiaria, por una suerte de sustitución, puede cumplirse la RPSIM mediante TBC. Además de la redacción del artículo 53 CP, según la cual la RPSIM “*también*” podrá cumplirse mediante TBC, de lo que se desprende que su forma ‘natural’ de cumplimiento es mediante la privación de libertad, los partidarios de esta interpretación señalan que el legislador no emplea un módulo de conversión directo de la multa al TBC, sino que establece equivalencias entre la multa y la privación de libertad, y sólo entre la privación de libertad y el TBC (en este sentido, ARÁNGUEZ 2000:17; FISCALÍA 2004:51). Por otra parte, un entendimiento que conceda a la RPSIM dos o más formas de cumplimiento, y no única o principalmente la privación de libertad, es ajeno a nuestra tradición jurídica (ARÁNGUEZ 2000:17). Además, se ha apuntado que el artículo 35 CP recoge la RPSIM como pena privativa de libertad, por lo que el TBC no podría ser una forma de cumplimiento de la misma. El contenido de la pena, sin embargo, no viene concretado posteriormente en el CP, por lo que esa definición carece en buena parte de contenido (TAMARIT 1996:367).

Finalmente, se ha defendido el TBC como forma preferente de cumplimiento de la RPSIM, por encima de la privación de libertad (CID 1997:117; BRANDARIZ 2002:169-171). Diversos tipos de argumentos apoyan esta opción: en primer lugar aquellos relacionados con la prevención especial, según los que el TBC es una pena menos desocializadora que la privación de libertad¹⁴⁴ (especialmente en su modalidad de privación continuada en centro penitenciario) y que frente a la privación de libertad continuada, el TBC o una modalidad no continuada de privación de libertad son las modalidades de RPSIM que permitirían al sujeto procurarse los medios económicos necesarios para satisfacer la multa u otras responsabilidades (BRANDARIZ 2002:170). En segundo lugar, el recurso al TBC evita la pervivencia de penas cortas privativas de libertad. En tercer lugar, también se estarían satisfaciendo las exigencias de la prevención general, pues el TBC es una pena de mayor carga punitiva que la multa (CALDERÓN/CHOCLÁN 2001:491). Por otra parte, el TBC guarda mayor

¹⁴⁴ El juez o tribunal deberá en estos supuestos “ponderar los efectos que, atendidas las circunstancias del caso” la privación de libertad subsidiaria puede producir en el condenado, decisión que quedará al arbitrio del juez o tribunal (LLORCA 1999:148-149).

proporcionalidad con la multa que la privación de libertad¹⁴⁵, y evita además el riesgo de discriminación por las condiciones económicas de los penados, garantizando mejor la proporcionalidad con el hecho delictivo (SANZ MULAS 2000a:349; BRANDARIZ 2002:170).

El texto del artículo 53 en su redacción del CP 1995 ha sido atribuido a una tramitación legislativa algo “atormentada”, o en todo caso, a la prudencia que presidió la labor del legislador en su introducción del TBC en el CP; por otra parte, el módulo de conversión de multa a privación de libertad, y de privación de libertad a TBC, deudor de la concepción tradicional según la cual RPSIM equivale a privación de libertad, no es suficiente argumento para desbaratar la prioridad del TBC como forma principal de cumplimiento de la RPSIM (BRANDARIZ 2002:170-171). Finalmente, la concepción tradicional según la cual la forma de cumplimiento de la RPSIM es la privación de libertad ha sido cuestionada con anterioridad al CP 1995, tanto por los pronunciamientos del TC en la materia, como por el llamamiento de la doctrina a la introducción de diversidad de formas de cumplimiento.

Así pues, “no cabe sino concluir que el modelo que permite armonizar el respeto al principio de inderogabilidad de las penas con una alternativa superadora de las críticas al sistema tradicional, y aceptable desde una perspectiva político-criminal, es el de la prioridad de la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad” (BRANDARIZ 2002:171¹⁴⁶) como forma de cumplimiento de la RPSIM.

Sería deseable, sin embargo, que esto constase expresamente en la regulación, pero no se ha aprovechado la reforma de algunos aspectos de la regulación de la multa para revisar el sistema de RPSIM, que únicamente se ha modificado como consecuencia de la supresión de la pena de AFS y su sustitución por la localización permanente para el supuesto de RPSIM en caso de faltas (LANDROVE 2004:4; VARONA 2004:6).

La reforma que aseguraría sin duda alguna la prioridad del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM, y la subsidiariedad de la privación de libertad sería la imposición de la obligación del juez de descartar motivadamente la imposición de un

¹⁴⁵ Al ser la única pena que permite la comparación abstracta con la multa, ya que el rendimiento laboral siempre tiene una traducción económica, el TBC es la sanción que mejor mantiene la proporcionalidad con la multa impuesta (mejor que prisión o AFS) (JAREÑO 1996:61).

¹⁴⁶ Cabe discutir la relación existente en este ámbito entre el cumplimiento de la RPSIM mediante TBC y la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad en los supuestos en que concurren los requisitos del artículo 80 y siguientes. Frente a la opinión de BRANDARIZ (2002:171), que prioriza la aplicación de la suspensión en su caso, está la de CID (1997:116-117).

TBC antes de decretar que la RPSIM se cumpla mediante un ingreso en prisión (CID/LARRAURI 2002:119-120).

2.- En todo caso, por lo que respecta a las privaciones de libertad por RPSIM inferiores a los tres meses, la interpretación conjunta y teleológica de los artículos 53 CP, en relación con artículos 36.1 y 71.2 CP lleva a la conclusión de que en estos casos “cuando no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad”, y únicamente en casos en que este consentimiento no se preste se exceptuará la regla general y podrá cumplirse la prisión inferior a tres meses (FISCALÍA 2004:52)

3.- Por otra parte, cabe preguntarse si en los supuestos de multa por faltas la RPSIM podrá cumplirse alternativamente (a la prisión) únicamente por localización permanente o también por TBC. A pesar de que no existe referencia expresa a esta posibilidad en el párrafo primero del artículo 53.1 CP, será admisible también el cumplimiento mediante TBC, “a la vista del carácter omnicomprendido del párrafo 2º del art. 53.1 CP” (FISCALÍA 2004:52) y porque de acuerdo con el ámbito de aplicación otorgado por el legislador al TBC, que se extiende a las faltas, no tiene sentido excluirlo de este ámbito.

4.- El artículo 53.1 CP establece que en supuestos de multa dos cuotas de multa equivaldrán a un día de privación de libertad; al establecer la posibilidad del cumplimiento de la RPSIM mediante TBC, hace corresponder a cada día de privación de libertad un día de trabajo. La extensión máxima de la multa será de dos años (art. 50.3 CP), por lo que aplicando los criterios del artículo 50.4 CP y las equivalencias de conversión del artículo 53.1 CP obtendríamos una pena de TBC de 360 días¹⁴⁷. Una pena de TBC de tal duración posiblemente resultaría desproporcionada con la infracción cometida, chocando además con el límite máximo de 180 días establecido en el artículo 33 CP para la pena de TBC, que hemos considerado absoluto, así como con la extensión

¹⁴⁷ La regla general que limita a 360 días la RPSIM se excepciona cuando de acuerdo con el artículo 70.3.9ª “se imponga la pena superior excediendo el límite máximo fijado, supuesto en el que pudiendo alcanzar la pena de multa los 30 meses, la responsabilidad personal subsidiaria podrá eventualmente alcanzar hasta 450 días” (FISCALÍA 2004:54). Se ha considerado que el límite de un año para la RPS por multa proporcional opera en general también para los días-multa, debiéndose entender en este caso el año integrado por 360 días (arts. 50.3 CP y 50.4 CP) (FISCALÍA 2004:54).

máxima de la pena de un año, que hemos interpretado como plazo máximo en que debe cumplirse la pena (pues una jornada de 360 días será imposible de cumplir en un año respetando los necesarios descansos y las obligaciones laborales y responsabilidades familiares de los penados). Este problema tendría fácil solución si se eliminasen los criterios de conversión rígidos, optando por permitir, dentro de unos márgenes legalmente establecidos, la fijación de penas cuyo cumplimiento es factible en la práctica, no desocializador y proporcional con la infracción cometida y el desvalor del impago de la multa.

5.- El artículo 53.2 CP no establece criterios de conversión para la responsabilidad sustitutoria por multa proporcional, que se realizará según el “*prudente arbitrio*” del juzgador, fijando el precepto únicamente el límite superior de un año para esta RPSIM. El arbitrio del juzgador en este extremo debe verse guiado siempre por el canon de la proporcionalidad, reiteradamente exigido por la jurisprudencia del TS (STS 1761/2001, de 19 de diciembre) y del TC (STS 19/1988, de 16 de febrero) (FISCALÍA 2004:55).

Estas dudas se reproducen alrededor de cómo cabrá obtener la cuantía TBC a imponer en caso de RPSIM por multa proporcional, ante el silencio del artículo 53.2 CP; más allá del *prudente arbitrio* del juez o tribunal para fijar la RPSIM que proceda, limitada en todo caso a un año de duración, y de la posibilidad de que se cumpla mediante TBC, el precepto omite cualquier mención de equivalencia entre privación de libertad y TBC. La mayoría de la doctrina entiende que la RPSIM será discrecionalmente fijada por el juez o tribunal en forma de privación de libertad, y que en el supuesto de cumplirse mediante TBC se aplicará, por analogía, el criterio de conversión establecido en el apartado primero del mismo artículo respecto de la multa por cuotas: un día de privación de libertad subsidiaria equivaldrá a una jornada de TBC (de esta opinión, entre otros VALLDECABRES 1996:348; MAPELLI 2000:74).

Esta operación, sin embargo, podría ocasionar discriminaciones en relación con la capacidad económica de los penados: el artículo 52.2 CP dispone que la situación económica del culpable será el criterio principal a seguir por jueces y tribunales a la hora de determinar la cuantía de la multa, dentro del marco que determina la ley¹⁴⁸. La

¹⁴⁸ Art. 52 CP: “1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

conversión en privación de libertad de esta multa guiándose por su cuantía introduciría “una perversión de la proporcionalidad con la gravedad del hecho discriminatoria para los infractores de mejores condiciones económicas” (BRANDARIZ 2002:174).

Ante esta posibilidad, se ha propuesto la determinación de la RPSIM directamente en TBC, sin pasar por privación de libertad, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción originariamente penada con multa (de acuerdo con el art. 66 CP). La dicción literal del artículo 53.2 CP deja espacio para esta posibilidad de fijación directa de la RPSIM en TBC, más acorde con el principio de proporcionalidad, y que además supera una de las críticas a tradicionales a la RPSIM, la de su desproporción con la infracción originaria (BRANDARIZ 2002:175¹⁴⁹).

6.- La defensa de la posibilidad de aplicar el TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM en los supuestos en que la multa no haya sido impuesta como pena directa, sino como pena sustitutiva de otra tenía la virtualidad, en el contexto de la regulación anterior a la LO 15/2003 en que el TBC limitaba su función sustitutiva directa a las penas de AFS, de permitir la sustitución indirecta de penas de prisión. En la regulación actual esta posibilidad ha perdido virtualidad, pues se prevé directamente en el artículo 88.1 CP la sustitución de penas de prisión por TBC.

La doctrina mayoritaria entiende que sólo cuando la multa sea impuesta como pena directa la RPSIM podrá cumplirse mediante TBC. Sin embargo, algunos autores extendían esta posibilidad a las multas impuestas como pena sustitutiva de prisión [o de AFS] (LARRAURI 1996:55; CID 1997:111) de modo que sólo incumpliendo el TBC y vulnerando las condiciones de la suspensión condicional de la ejecución podría llegarse a la privación de libertad. A esta opción podría objetarse la prohibición de sustitución de penas sustitutivas recogida en el artículo 88.4 CP. Si se entiende que el cumplimiento de la RPSIM mediante TBC no es propiamente una sustitución, sino una más de las formas de cumplimiento de la RPSIM previstas, junto con la privación de libertad y la localización permanente, no estaríamos sustituyendo una pena sustitutiva (la multa) por

2. *En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.*
(...)”.

¹⁴⁹ Este autor apunta pero descarta la posibilidad intermedia de fijar la RPSIM en forma de privación de libertad en referencia al hecho cometido, y posteriormente convertir esa privación de libertad en TBC mediante la aplicación analógica de los criterios de conversión del art. 53.1 CP. Esta posibilidad se descarta porque entraña mayores riesgos de discriminación que la determinación directa de la RPSIM en forma de TBC en base a la gravedad de la infracción originaria (BRANDARIZ 2002:175).

otra (el TBC), sino que simplemente se trataría del cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de la multa sustitutiva.

La propuesta interpretativa expuesta tiene la virtud de evitar el recurso a la privación de libertad en los supuestos a los que se extiende y tenía la de posibilitar la sustitución indirecta de penas de prisión por TBC. Sin embargo, chocaba con un escollo que nos parece infranqueable. Al tratarse de la multa aplicada como sustitutiva de prisión, estaría sujeta al contenido del artículo 88 CP, que regula la sustitución y prevé que en los supuestos de incumplimiento de la pena sustitutiva se regrese a la pena original. De este modo, el incumplimiento de la multa impuesta como sustitutiva de la prisión acarrearía no la RPSIM sino el regreso a la pena de prisión a la que estaba sustituyendo (BRANDARIZ 2002:160¹⁵⁰).

4.3. Nota común acerca de los módulos de conversión

El CP establece criterios rígidos de conversión, que hacen equivaler cada día de prisión o privación de libertad-RPSIM a un día de trabajos. Pueden trazarse tres líneas en la discusión de la materia: una primera línea discute la oportunidad de la fijación de criterios rígidos de conversión; una segunda el carácter benigno o no de los criterios de conversión vigentes; y una tercera línea de debate se centra en determinar si el legislador ha fijado estos criterios arbitrariamente o siguiendo alguna pauta de proporcionalidad.

1.- El sistema rígido de conversión fijado en los artículos 53 y 88 CP puede desembocar en penas de TBC de 1440 horas (y de no existir los límites del artículo 33, o no considerarse de aplicación, de hasta 2920 horas –365 días de trabajos en jornadas de ocho horas): esta duración es excesiva desde la perspectiva de una pena rehabilitadora, y desde el punto de vista de las dificultades de gestión y de cumplimiento.

De hecho se ha afirmado que una de las deficiencias legales subsistentes tras la reforma operada por la LO 15/2003 es que sigue sin permitir al juez determinar discrecionalmente la pena de TBC, dentro de unos determinados límites, estableciendo unos criterios de conversión que darán lugar a penas absolutamente desorbitadas para satisfacer las exigencias de proporcionalidad e innecesarias en caso de que se impongan

¹⁵⁰ Este autor añade, además, que el fundamento de la sustitución y el de la RPSIM son distintos; para una discusión, ver BRANDARIZ 2002:160-161.

con un fin rehabilitador (CID 2004:222). Una duración tan prolongada presumiblemente aumentará el riesgo de incumplimiento, por una parte, y por otra es posible que disuada a muchos sujetos de consentir a la imposición de la pena, debido a la dificultad de combinar el cumplimiento de estas horas de trabajo con una jornada laboral y con responsabilidades familiares.

Se ha apuntado que los criterios adoptados parecen buscar equiparar la pena de prisión con la alternativa que la sustituya; esta búsqueda de equivalencia es innecesaria por cuanto la sustitución parece traducir que para el legislador las penas alternativas son suficientes para reaccionar ante cierta franja de delitos, sin que sea necesario el recurso a la prisión (CID/LARRAURI 2002:119).

2.- Al valorar si los criterios de conversión establecidos tienen un carácter benigno es necesario tener en cuenta no únicamente los módulos de conversión en sí sino también que se ha “sancionado con penas privativas de libertad delitos que debían haber sido castigados con penas no privativas de libertad. De tal manera los criterios de conversión, aparentemente benignos, pueden llevar a resultados absolutamente desproporcionados en referencia al delito realizado” (CID 1997:113-114; CGPJ 2000:88).

También hay que tener en cuenta que la carga aflictiva de la pena de TBC es superior a la de la multa, pues no se estará obligando a entregar parte del rendimiento del trabajo, sino que obliga al penado a desempeñar un trabajo de ciertas características sin percibir por ello ninguna retribución, y muy inferior a la carga aflictiva de la privación de libertad (ARÁNGUEZ 2000:17). En este sentido, puede afirmarse que los módulos de conversión establecidos “incentivan la aceptación del penado de los trabajos en beneficio de la comunidad” (ARÁNGUEZ 2000:17; en cambio, CID 1997:107 considera que por el superior contenido en aflicción de derechos del TBC sobre la multa no puede hacerse equivaler un día de multa a una cantidad superior a una hora de TBC; por otra parte, existen en derecho comparado criterios de conversión que hacen equivaler un día de prisión a una hora de trabajo – Finlandia).

Se ha llegado a decir que la equivalencia establecida entre un día de privación de libertad y una jornada de trabajo “apunta de alguna forma hacia una gracia judicial encubierta” (MANZANARES 1997b:1066). Sin embargo, esta afirmación no se sostiene a la vista de la realidad del TBC: la privación de una a ocho horas de ocio al día, debiendo realizar una prestación laboral no remunerada, con un horario fijo, en un

determinado lugar, tiene una innegable carga aflictiva. Por supuesto, tal carga aflictiva no puede compararse con la privación de libertad, pero en ningún caso cabe calificarlo como una gracia. Ello supondría minusvalorar la credibilidad del TBC como pena, contribuyendo a la difusión de cierta cultura que minimiza la capacidad del TBC de satisfacer los fines tradicionalmente asignados a las penas, singularmente los relacionados con la intimidación.

Sopesando las anteriores valoraciones no puede sostenerse que los criterios de conversión establecidos o los resultados de su aplicación sean particularmente benignos, a no ser que acabe asignándose a las jornadas establecidas una duración mínima (el mecanismo establecido en el CP puede convertir una pena de prisión de 3 meses en 90 días de TBC, que pueden acabar concretándose en cualquier magnitud entre las 90 y las 720 horas de trabajos).

3.- La doctrina se ha preguntado si los criterios de conversión del CP son fijados arbitrariamente o si buscan proporcionalidad con la pena sustituida o la infracción cometida.

Se ha considerado que la equivalencia entre multa, privación de libertad subsidiaria y TBC es, hasta cierto punto, arbitraria, ya que el legislador no busca tanto una correlación entre el patrimonio y la libertad, como solucionar un supuesto de imposibilidad de ejecución de la pena principal (VALLDECABRES 1996:348¹⁵¹). Hay que subrayar, sin embargo, que esta arbitrariedad del legislador no está reñida con la certeza: haber establecido módulos de equivalencia fijos supone un importante avance hacia la misma (VALLDECABRES 1996:348). Esta certeza debe matizarse a la vista de la variabilidad en la duración de las jornadas de trabajo, que pueden oscilar entre una y ocho horas (art. 49 CP, art. 5 RD 690/1996).

La mera existencia de módulos de conversión implica ya la voluntad del legislador de mantener cierta proporcionalidad entre la cantidad de pena sustituida y la

¹⁵¹ Esta autora se apoya en su afirmación en la STC 19/1988, comentada anteriormente, y aplicable, a su criterio, al CP de 1995; por otra parte, la falta de equivalencia que pone de manifiesto esta autora “se hace particularmente evidente en el caso de la multa proporcional. Para estos casos, el apartado segundo [del artículo 53 CP] equipara la duración de la pena privativa de libertad con la de la multa por cuotas, es decir, hasta un año, con independencia de otro criterio que no sea el prudente arbitrio judicial” (VALLDECABRES 1996:348). A pesar de que su reflexión principal se centra en la equivalencia entre la multa y la privación de libertad subsidiaria, también se refiere tangencialmente a la falta de equivalencia entre ellas y el TBC.

cantidad de pena sustitutiva, aunque la fijación de las concretas equivalencias (un día, unas horas) sea hasta cierto punto arbitraria.

Puede concluirse que los criterios de conversión establecidos son el resultado de la búsqueda del legislador de una certeza que no se acaba de conseguir por la variabilidad en la duración de las jornadas, que puede acabar desvirtuando en la práctica toda pretensión de uniformidad, y de la incentivación de la aceptación de la sustitución por TBC por parte del penado. Sin embargo, es necesario poner el número de jornadas de TBC obtenido mediante la aplicación de esos criterios en relación no sólo con la pena sustituida, o la multa impagada, sino directamente con la infracción cometida; y es sobre todo en este sentido, teniendo en consideración que las infracciones a veces se castigan con penas demasiado elevadas, igualmente elevadas y desproporcionadas pueden acabar siendo las penas que las sustituyan (CID 1997:113-114).

4.4. El TBC en los Libros II y III del CP

Junto con la previsión de la nueva función del TBC como sustitutivo de penas de prisión, la LO 15/2003 introduce el TBC como pena directa en diversos preceptos de la parte especial algo que había sucedido con anterioridad, pues la LO 11/2003 modificó el artículo 153 CP introduciendo el TBC como pena directa opcional. Posteriormente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, modificó algunos de estos preceptos, dispuso la aplicación opcional del TBC en otros y lo suprimió en el artículo 468 CP¹⁵². A continuación enumeraremos los preceptos en que el TBC se recoge como pena directa, con algunos comentarios acerca de su oportunidad, duración y posibilidades de aplicación en la práctica.

¹⁵² En su redacción dada por LO 15/2003, el artículo 468 CP castigaba el delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima impuesta en delitos relativos a la violencia doméstica con prisión de tres meses a un año o TBC de 90 a 180 días. La pena de TBC fue eliminada del precepto por la LO 1/2004.

1.- Artículo 153 CP¹⁵³. Por lo que se refiere a aquellos aspectos de penalidad que nos resultan relevantes, el artículo 153.1 CP castiga las lesiones o malos tratos (violencia de género) con una pena de prisión de seis meses a un año o de TBC de 31 a 80 días, junto con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso del ejercicio de la patria potestad. Por su parte, el artículo 153.2 CP castiga los mismos hechos cometidos contra otras víctimas integradas en el ámbito familiar (violencia doméstica) con pena de prisión de tres meses a un año o de TBC de 31 a 80 días, además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso del ejercicio de la patria potestad¹⁵⁴.

En estos preceptos el legislador no parece haber buscado la correspondencia entre las penas opcionales de prisión (seis meses a un año y tres meses a un año respectivamente) y TBC (31 a 80 días) si tenemos en cuenta los criterios de conversión que establece para la sustitución o para la RPSIM. Aplicando estos criterios (1 día prisión=1 jornada TBC), la pena de prisión de tres meses equivaldría a un TBC de 90 días. El límite inferior de la pena de prisión a imponer por el juez es, aplicando criterios de equivalencia que el propio CP establece, mayor que el límite superior de la pena de

¹⁵³ Artículo 153 CP: “1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

4. *No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

¹⁵⁴ Limitándonos a la penalidad que nos interesa, la LO 14/1999 castigaba los malos tratos habituales en el ámbito doméstico con penas de prisión de seis meses a tres años (art. 153 CP); por su parte el art. 617 CP castigaba como autor de una falta al que golpear o maltratare a otro de obra en el ámbito familiar sin causar lesión con una pena de tres a seis AFS o multa de uno a dos meses. La LO 11/2003 eliminó requisito de habitualidad y castigó los malos tratos en el ámbito doméstico con pena de prisión de tres meses a un año o TBC de 31 a 80 días; finalmente la LO 1/2004 pasó a diferenciar los malos tratos en el contexto de la violencia de género, castigándolos con las penas vistas en el texto.

TBC a imponer. La diferencia aumenta entre los límites superiores, pues un año de prisión en absoluto equivaldría a 80 días de TBC, teniendo en cuenta que los criterios de conversión del propio CP.

Ante la opcionalidad entre una pena de prisión y otra de TBC, es de esperar un elevado grado de aplicación de esta segunda pena. De las resoluciones judiciales consultadas, una mayoría de las posteriores a la entrada en vigor de la LO 11/2003 vienen referidas a estos supuestos. La cuestión que con mayor frecuencia puede encontrarse es, en sede de recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales, la valoración y en su caso la rectificación de la pena principal impuesta inicialmente (prisión/TBC), determinación discrecional, pero no arbitraria, de la opción aplicable ante la alternativa legal, atendiendo a las particulares circunstancias del caso: continuación o reanudación de la convivencia con la víctima, ausencia de antecedentes penales y de circunstancias que acrediten anteriores malos tratos, relativa gravedad del suceso, proporcionalidad (S. AP. CASTELLÓN (SEC. 1ª) 28/04/2005; S. AP. BARCELONA (SEC.9ª) 16/02/2005; S. AP. CUENCA (SEC. 1ª), 1/02/2005; S. AP. ALICANTE (SEC. 3ª) 7/01/2005; S. AP. ALICANTE (SEC. 3ª) 1/12/2004; S. AP. SORIA (SEC. 1ª) 12/04/2004).

Las penas de TBC contempladas podrían oscilar entre las 31 horas (31 jornadas de una hora de duración) y las 640 horas (80 jornadas de ocho horas de duración); el límite superior supone una pena de gravedad considerable, muy por encima del máximo de 240-300 horas extendido en derecho comparado.

No acabamos de entender qué sentido pueda tener la imposición de una pena directa de TBC en los supuestos de violencia doméstica. El sentido rehabilitador del TBC no se proyecta en esta dirección; por otra parte la reeducación en estos supuestos debería buscarse mediante la imposición de programas de tratamiento psicológico específicos (en este sentido, MEDINA 2005).

La explicación de la imposición de TBC a estos delitos la volvemos a encontrar en el Informe de la Subcomisión encargada de formular medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género. Este informe establece, entre las medidas legislativas de naturaleza penal, la conveniencia de proceder a “la revisión del sistema de penas y medidas cautelares de los tipos que hagan referencia a la violencia doméstica” de acuerdo con una serie de criterios, el primero de los cuales es la “eliminación del arresto domiciliario y la multa en cualquiera de sus posibles utilidades en nuestro ordenamiento jurídico penal, sustantivo o procesal, ya sea como

medida cautelar, pena, en la sustitución o suspensión de penas, en la sustitución de la prisión provisional, a resultas del quebrantamiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, etc., en los supuestos de violencia doméstica”¹⁵⁵, pues se entiende que su imposición puede agravar la situación de las víctimas de esos delitos que dependan económicamente o todavía convivan con el sujeto. Eliminadas la multa y el arresto domiciliario y suprimidos los AFS del elenco de penas mediante la posterior LO 15/2003, la pena de TBC cobrará necesariamente mayor protagonismo en este ámbito no tanto por méritos propios, sino por haberse desaconsejado la imposición de otras penas.

2.- El artículo 171.4 CP¹⁵⁶ castiga las amenazas en un contexto de violencia de género con una pena de prisión de seis meses a un año o trabajos comunitarios de 31 a 80 días¹⁵⁷.

3.- Artículo 171.5 CP¹⁵⁸ prevé una pena de prisión de tres meses a un año o TBC de 31 a 80 días para supuestos de amenazas leves con armas en contexto de violencia doméstica¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie D, 25 de marzo de 2003, núm. 511, pp. 4-5.

¹⁵⁶ Artículo 171.4 CP: “*El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*”

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. (Apartado modificado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

¹⁵⁷ Limitándonos a la penalidad que nos interesa, la LO 1/2004 ha elevado de falta a delito las amenazas leves en el contexto de la violencia de género, trasladándolas del art. 620 CP al presente. Con anterioridad a la LO 15/2003 se castigaban con dos a cuatro AFS o multa de diez a 20 días (amenazas leves en el contexto de la violencia doméstica); la LO 15/2003 pasó a castigarlas con localización permanente de cuatro a ocho días o multa de diez a 20 días.

¹⁵⁸ Artículo 171.5 CP: “*El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*”

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza” (Apartado modificado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

¹⁵⁹ Con anterioridad a la LO 15/2003 la falta de amenaza leve con armas en el contexto familiar se castigaba con una pena de dos a cuatro AFS o multa de diez a 20 días; la LO 15/2003 castiga la falta de

4.- El artículo 172.2¹⁶⁰ CP castiga las coacciones en contexto de violencia de género con penas de prisión de seis meses a un año o trabajos comunitarios de 31 a 80 días¹⁶¹.

Por lo que se refiere a la penalidad en estos preceptos, nos remitimos a lo observado en líneas anteriores acerca de la oportunidad de penar con TBC las infracciones relacionadas con la violencia de género. Por otra parte, llama la atención que a las amenazas y las coacciones en el contexto de la violencia de género (171.4 CP y 172.2 CP) pueda corresponder una pena de prisión de 6 meses a un año y en las amenazas del artículo 171.5 CP pueda corresponder una pena de prisión de 3 meses a un año, mientras que para los tres supuestos la pena de TBC prevista es siempre la misma, de 31 a 80 días. No se acaba de comprender por qué una infracción puede merecer una penalidad menor que otra si se trata de prisión, pero la misma penalidad, si se trata de TBC. La única explicación aparente parece ser la voluntad del legislador mantenerse dentro del marco de las penas menos graves, en el supuesto del TBC, de 31 a 180 días (33.3.k) CP).

Tampoco en este supuesto se produce una correspondencia con los cánones de sustitución, pues una prisión de 3 meses a un año podría convertirse en un TBC de 90 a 180 (360) días, y el TBC previsto es muy inferior. Quizá ello traduce cierta ambigüedad del legislador: no se atreve a abandonar criterios rígidos de conversión en el ámbito de la sustitución, pero parece reconocer la suficiencia punitiva de TBC de una duración

amenaza leve con armas con multa de diez a 20 días; finalmente, la LO 1/2004 eleva de falta a delito la amenaza leve con armas en el contexto de la violencia familiar.

¹⁶⁰ Artículo 172.2 CP: “*El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado” (Apartado añadido por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

¹⁶¹ Con anterioridad a la LO 15/2003 la coacción leve en el contexto de la violencia doméstica se castigaba con una pena de dos a cuatro AFS o multa de diez a 20 días (art. 620 CP); la LO 15/2003 pasó a castigarla con pena de localización permanente de cuatro a ocho días, o TBC de cinco a diez días. Finalmente, la LO 1/2004 ha elevado de falta a delito las coacciones leves en el contexto de la violencia de género, otorgándoles la penalidad vigente.

más reducida (aunque 80 días puedan convertirse en 640 horas de trabajo, una pena de una duración ya de por sí desmesurada).

5.- Artículo 244.1¹⁶² CP: el hurto de uso de vehículo a motor viene penado por multa de 6 a 12 meses o TBC de 31 a 90 días. La regulación anterior a la LO 15/2003 castigaba esta infracción con arresto de 12 a 24 fines de semana o con multa de tres a ocho meses.

La nueva regulación ha supuesto, pues, la desaparición del AFS y su sustitución por TBC, además de un aumento de la penalidad, pasándose de una multa de tres a ocho meses a una multa de seis a 12 meses, y la pena de 12 a 24 fines de semana (24 a 48 días de privación de libertad, equivalentes, de acuerdo con los criterios establecidos en la antigua regulación del art. 88.2 CP, a 24 a 48 jornadas de TBC), ha sido sustituida por una pena de 31 a 90 días de TBC, haciendo coincidir el mínimo de TBC a imponer con el límite mínimo para su consideración como pena menos grave (art. 33.3.k) CP¹⁶³).

La regulación vuelve a establecer una opcionalidad entre dos penas que no resultan equivalentes si aplicamos los criterios del art. 53 CP (dos cuotas de multa = un día de privación de libertad = una jornada de TBC): la conversión de una pena de multa de 6 a 12 meses daría lugar a un TBC de 90 a 180 jornadas (6-12 meses multa = 3 a 6 meses TBC = 90 a 180 jornadas TBC) y en cambio sólo pueden imponerse entre 31 y 90 jornadas. De ello puede desprenderse que el legislador asume aquí la mayor carga aflictiva del TBC respecto de la multa. Por otra parte, podemos considerar que esta falta de equivalencia puede incentivar la aceptación del TBC por el penado. A pesar de estas consideraciones, es muy posible que acaben aplicándose mayoritariamente penas de multa para estas infracciones porque la mayor carga aflictiva del TBC puede hacer que el penado no consienta a su imposición o que el juez no la considere oportuna.

6.- Artículo 379¹⁶⁴ CP: la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se castiga con una pena de tres a seis meses de prisión o multa de seis a doce meses y, en

¹⁶² Artículo 244.1 CP (de acuerdo con la LO 15/2003): “*El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo*”.

¹⁶³ De acuerdo con la legalidad anterior a la entrada en vigor de la LO 15/2003, las penas con que se castigaba la infracción tipificada en el artículo 244.1 CP eran asimismo penas menos graves (art. 33.3.g) e i) CP).

¹⁶⁴ Artículo 379 CP (de acuerdo con la LO 15/2003): “*El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas*

su caso, TBC de 31 a 90 días, y en cualquier caso privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Este precepto tiene una importante relevancia práctica, por lo que parece que se ha desaprovechado la ocasión de ampliar de forma significativa las posibilidades de aplicación del TBC al no preverse simplemente, igual que en los demás supuestos enumerados, como pena directa opcional (VARONA 2004:10). El legislador ha establecido “*en su caso*” podrá imponerse el TBC, y es difícil ver el sentido de esta previsión (LANDROVE 2004:3-4 la concibe como pena acumulativa facultativa). Si el juez lo estima conveniente, puede imponer el TBC; sin embargo, si el penado no consiente a esta imposición, el precepto no prevé consecuencia alguna; el condenado naturalmente preferirá la pena de prisión o multa, más la privación del derecho a conducir, que todo ello (prisión/multa más privación del derecho a conducir) y *además* un TBC, por lo que únicamente “soluciones imaginativas que puedan articularse en la conformidad antes del juicio podrán evitar ... que el TBC sea una pena fantasma en el delito recogido en el art. 379 CP” (VARONA 2004:10 n.p.). Estas soluciones podrían pasar por modular la pena de multa según se produzca o no la aceptación de la imposición del TBC, de modo que se acaben imponiendo penas de multa de menor consideración en supuestos en que se acepte la imposición de esa otra pena.

Con anterioridad la infracción aquí tipificada se penaba con arresto de ocho a 12 fines de semana o multa de tres a ocho meses, además de la privación en todo caso del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores. Ha tenido lugar también aquí la sustitución de la suprimida pena de AFS, esta vez por una pena de prisión de tres a seis meses, además de un aumento de la carga punitiva y de la posibilidad de imponer como alternativa a la prisión, además de una pena de multa, la de TBC. Se ha pasado de una pena de 8 a 12 fines de semana, a una pena de prisión de tres a seis meses, y de una pena de multa de tres a ocho meses a una de seis a doce meses, a la que además se pueden adicionar de 31 a 90 días de TBC, produciéndose pues un aumento de la penalidad. Tanto las penas antiguas como las nuevas tienen la consideración de penas menos graves de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 33 CP.

alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años” (BOE, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, p. 41863).

La prisión de tres a seis meses equivaldría, aplicando los criterios de equivalencia fijados en el artículo 88.1 CP, a una multa de seis a doce meses; si se le adicionan de 31 a 90 días de TBC, se está de algún modo “agravando” la pena, que resultaría más gravosa que si se produjera una sustitución ex artículo 88 CP.

En otro orden de cosas, la pena de TBC puede resultar especialmente óptima desde un punto de vista rehabilitador para estas infracciones, sobre todo si el juez o los servicios sociales penitenciarios se sirven de la posibilidad brindada por el nuevo inciso del párrafo primero del artículo 49 CP, según el cual se pueden imponer penas de TBC que consistan en tareas relacionadas con la ayuda a víctimas de accidentes de tráfico. El contacto del infractor con víctimas de delitos similares al cometido por él puede tener un notable efecto reeducador al confrontarlo con los que podrían haber sido los resultados de su conducta¹⁶⁵.

7.- Artículo 618¹⁶⁶ CP: la falta de incumplimiento de obligaciones familiares tiene atribuida una pena de multa de diez días a dos meses o TBC de uno a 30 días.

Esta falta no existía en la anterior regulación, en la que únicamente se castigaba el incumplimiento de las obligaciones familiares que constituían delito (artículo 227 CP, cuyo contenido se ha visto asimismo modificado por la LO 15/2003).

Las penas impuestas son exactamente las penas de multa o de TBC de carácter leve tal como vienen recogidas en la clasificación establecida en el artículo 33 CP (art. 33.4.f) y h) CP, respectivamente).

Cabe comentar que 10 días de multa equivaldrían a 5 jornadas de TBC y que dos meses de multa equivaldrían a 30 días de TBC, de acuerdo con los criterios de equivalencia que se desprenden del artículo 53 CP, con lo que se produce una equivalencia exacta entre la máxima intensidad de las dos penas pero no en la mínima. Por otra parte, la imposición de un TBC de una o dos jornadas de duración tendrá poco sentido desde un punto de vista rehabilitador, pero también desde el punto de vista de la

¹⁶⁵ Técnicos del IRES manifiestan que las actividades de algún modo relacionadas con las potenciales consecuencias de la infracción cometida son las que mejor funcionan desde un punto de vista reeducador, pues facilitan la toma de conciencia por parte del infractor de las consecuencias que su acción puede tener sobre otras personas (Teresa MILLÁN, comunicación personal).

¹⁶⁶ Artículo 618.2 CP: “*El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días*” (BOE, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, p. 41868).

complejidad de la ejecución de la pena, de acuerdo con lo sugerido en páginas anteriores de este trabajo.

La correlación entre las penas impuestas, por otra parte, no incentiva la aceptación del TBC por parte del penado, pues se trata de una pena de mayor intensidad punitiva, lo que hace prever que en estos supuesto se acabará imponiendo mayoritariamente la pena de multa.

8.- Artículo 620¹⁶⁷ CP: las amenazas, injurias o vejaciones leves a persona incluida en el artículo 173.2 CP cuando no constituyan delito¹⁶⁸ se penan mediante localización permanente de cuatro a ocho días o TBC de cinco a diez días.

La redacción actual del precepto viene dada por la LO 1/2004, cuya modificación, por lo que nos interesa, consiste en eliminar del ámbito de aplicación del precepto los supuestos de violencia de género, para dejar como falta penada con TBC o localización permanente los supuestos en que la víctima es algún otro sujeto del 173.2

¹⁶⁷ Artículo 620 CP: “Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días:

1º Los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

Las modificaciones que la LO 1/2004 introduce en este artículo no afectan a la penalidad, que se mantiene inalterada.

¹⁶⁸ El artículo 173.2 CP, modificado por la LO 11/2003, tiene el siguiente contenido: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o convivente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetraren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza” (BOE, 30 de septiembre de 2003, núm. 234, pp. 35401-35402).

CP. Se ha pasado de una pena de 2 a 4 AFS o multa de 2 a 20 días a una pena de localización permanente de 4 a 8 días, en domicilio distinto y alejado del de la víctima, o TBC de 5 a 10 días. No se aprecia un aumento de penalidad, pues la carga aflictiva de la localización permanente es menor que la del AFS, y se pasa de la antigua multa a una pena de 4 a 10 jornadas de TBC. Se han seguido aquí también las indicaciones contenidas en el escrito de conclusiones de los trabajos de la Subcomisión contra la violencia doméstica, referidas a la supresión de la multa como sanción para las infracciones relacionadas con la violencia doméstica y la violencia de género, así como el alejamiento de la víctima. La multa se ha visto así sustituida por el TBC, y el desaparecido AFS por la nueva pena de localización permanente.

Son reproducibles aquí las dudas expresadas en el comentario al artículo 153 CP sobre la oportunidad de imponer TBC como pena para este tipo de infracción.

9.- Artículo 626¹⁶⁹ CP: el deslucimiento de bienes inmuebles se castiga con una pena de localización permanente de dos a seis días o trabajos en beneficio de la comunidad de tres a nueve días.

La regulación anterior a la LO 15/2003 imponía entre uno y tres AFS para la infracción tipificada en este artículo. La nueva regulación sustituye la suprimida pena de AFS por una pena alternativa de localización permanente de 2 a seis días o una de 3 a 9 días de TBC, lo que no supone una agravación de la penalidad en el primer caso, pero sí en el supuesto del TBC.

No se incentiva especialmente aquí la aceptación de la imposición del TBC por parte del penado, aunque esta valoración dependerá enteramente de la forma de ejecución que acabe desarrollándose en la práctica de la pena de localización permanente y de que genere suficiente confianza en los jueces.

10.- Artículo 632¹⁷⁰ CP: en su apartado primero los daños a flora amenazada se penan con una multa de diez a treinta días o con TBC de diez a veinte días. En su apartado

¹⁶⁹ Artículo 626 CP: “*Los que deslucieren bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad*” (BOE, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, p. 41869).

¹⁷⁰ Artículo 632 CP: “*1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.*
2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la

segundo el maltrato de animales se pena con una multa de veinte a sesenta días o con una pena de TBC de veinte a treinta días.

De acuerdo con los criterios de equivalencia, 10 días de multa se corresponderían con 5 días de TBC, mientras que 30 días de multa se corresponderán con 15 jornadas de TBC. Si además consideramos la mayor carga punitiva del TBC puede concluirse que las penas propuestas no incentivan la aceptación del TBC por parte del penado, y con ella su imposición.

La falta de maltrato de animales era castigada anteriormente con una pena de multa de diez a 60 días. Se ha elevado el mínimo inferior de la multa a imponer, que se hace coincidir con el número de días de TBC a imponer. En cambio, el límite superior de la multa, 60 días, equivale aplicando los criterios de conversión al límite superior del TBC a imponer, 30 días. No se acaba de comprender qué criterios orientan al legislador a la hora de fijar exactamente la cantidad de pena a imponer, más allá de los respectivos límites establecidos en el artículo 33 CP.

Por su parte, la falta de destrucción de flora protegida es una novedad introducida por la LO 15/2003, pues esta infracción penal no existía con anterioridad.

El TBC se recoge, pues, como pena directa opcional en los preceptos enumerados, menos en el supuesto del artículo 379 CP, en que se recoge como pena que puede o no imponerse, además de una multa o prisión y de la privación del derecho a conducir vehículos a motor. La imposición del TBC tiene sentido, desde un punto de vista preventivo especial, para alguno de los casos en los que se introduce, especialmente para el supuesto tipificado en el artículo 379 CP. En otros supuestos la imposición de TBC parece ser, más que una opción o apuesta del legislador a la vista de las características de la pena, la única opción posible, después de descartarse otras por inconvenientes. Por otra parte, se impone para faltas cuando por su carga punitiva consideramos que debería reservarse para infracciones de gravedad intermedia.

pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días” (BOE, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, p. 41869).

5. CAPÍTULO V. RECAPITULACIÓN, PROPUESTAS Y REFLEXIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL TBC

5.1. Acerca de los orígenes de la pena

En el capítulo dedicado a los orígenes de las contemporáneas penas de trabajos comunitarios hemos intentado definir la *historia contemporánea* de las mismas, distinguiéndola del *pasado remoto* de la utilización penal del trabajo. Con este fin, hemos partido de las características básicas del TBC para fijarnos en los determinantes culturales, sociológicos y penológicos de su surgimiento: el ocio, la comunidad, el trabajo y el interés en las penas alternativas a la prisión.

Se ha concluido que hasta que el ocio no está socialmente establecido e integrado como bien y como derecho, cosa que no sucede hasta la segunda mitad del siglo XX, su privación no puede constituir una forma de control social. Esta conclusión contribuye a la distinción no sólo cronológica sino sobre todo conceptual entre las formas tradicionales de trabajo penal y el TBC.

Por otra parte, hemos tratado de establecer el significado y la función de la comunidad para el TBC: la comunidad es a la vez beneficiaria, medio en el que se desarrolla la pena, y agente con una función específica en su ejecución. Deteniéndonos especialmente en la función de la comunidad como agente activo en la ejecución del TBC, la hemos definido como ese espacio entre los individuos privados (o los núcleos familiares en que se integran) y el estado ocupado por asociaciones y entidades, normalmente designado como sociedad civil; hemos abordado la relación entre ésta y las transformaciones del estado en el último tercio del siglo XX, en particular el creciente traspaso de responsabilidades hasta entonces consideradas propias del sector público hacia la comunidad; por otra parte, hemos constatado la necesidad de que exista una sociedad civil suficientemente desarrollada para que pueda desempeñar su papel esencial como sustrato institucional de la pena y las funciones de seguimiento y control de la ejecución de la misma que se le encomiendan. Estas circunstancias son propias de un momento concreto en el desarrollo de las sociedades occidentales, y constituyen otro motivo que separa el uso tradicional del trabajo penal de las penas de TBC.

En tercer lugar, además del ocio y la comunidad, hemos intentado definir las características del componente trabajo en las contemporáneas penas de trabajos comunitarios, llegando a la conclusión que los elementos de utilidad y de degradación centrales en los usos históricos del trabajo penal no están presentes en las contemporáneas penas de TBC. Estas constataciones nos han permitido, además de

distinguir diversos usos del trabajo penal, ver que el elemento consensual, tradicionalmente esgrimido para distinguir los trabajos forzados del TBC, no constituye quizás la diferencia esencial entre los mismos: es más bien el elemento de degradación y sufrimiento presente en los trabajos forzados lo que resulta ajeno a la ideología del servicio comunitario.

Finalmente hemos vinculado la historia del TBC con la búsqueda de alternativas a la pena de prisión, intentando situarla en la evolución de las mismas, prestando especial atención a la creciente importancia de cuestiones relacionadas con el control y la incapacitación, la reparación y la atención a las víctimas.

Desvinculado así el TBC de formas tradicionales de trabajo penal, hemos buscado establecer su impulso definitivo a partir del modelo inglés, junto con pronunciamientos internacionales y seguir someramente la expansión del uso de la pena en los ordenamientos de nuestro entorno, que se produce sobre todo en los años 1980 y 1990, así como el proceso de introducción de la misma en nuestro sistema penal.

Quedan pendientes diversas cuestiones, entre las que destacan la discusión más sociológica acerca de los motivos que subyacen a la popularidad de esta sanción: se han definido las penas de trabajos comunitarios como las únicas específicamente diseñadas para el castigo de jóvenes varones saludables; por otra parte, queda por abordar el sentido que pueda tener una pena que disciplina a los penados como trabajadores capaces y disciplinados en un momento histórico caracterizado por el desempleo y el cuestionamiento y transformación de la ética del trabajo (WORRALL 1997:98).

5.2. Acerca de los fundamentos de la pena

La discusión acerca del fundamento de la pena ha sido abordada en este trabajo con el doble objetivo de verificar la capacidad del TBC de satisfacer los fines tradicionalmente exigidos a las penas y de elaborar un modelo o guía que pueda ayudar al legislador a situar el TBC en el sistema de penas, y al juez a resolver los problemas de aplicación que puedan plantearse.

1. De acuerdo con las investigaciones disponibles, la sanción de TBC tiene capacidad para satisfacer los fines tradicionalmente exigidos a las penas en cuanto a prevención general, prevención especial, incapacitación y retribución. De estos fines se derivan consecuencias concretas para la configuración y la regulación de la pena, y de acuerdo con el modelo de TBC que se adopte deberán potenciarse unos u otros elementos.

2. Si se dota al TBC del contenido adecuado, en particular en relación con el tipo de tareas a desempeñar y la formación para el empleo, sí puede resultar un instrumento óptimo para mejorar las posibilidades de integración de los sujetos en el mercado laboral, con la esperanza que ello redunde en una reducción de la reincidencia. Además, el TBC tiene respecto de la prisión la ventaja de no interrumpir la vida social, laboral y familiar del penado y no obligarlo a abandonar sus responsabilidades en ese contexto: es una sanción, como todas las de cumplimiento en libertad, que con una duración adecuada no desocializa, por lo que es defendible desde una perspectiva preventivo especial. Las investigaciones empíricas parecen apuntar a cierta mayor capacidad del TBC de prevención de la reincidencia respecto de la prisión. No obstante no se trata de una sanción cuyo contenido aborde directamente problemas relacionados con la actividad delictiva de los sujetos, como el consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas o la conducta violenta, por lo que en estos casos quizá no sea la medida más adecuada. En consecuencia, en términos generales, no nos inclinamos por defender el TBC exclusivamente desde una perspectiva rehabilitadora.

3. Por otra parte, consideramos que se trata de una sanción capaz de adaptarse proporcionalmente a la gravedad de las infracciones y para traducir la censura que la comisión de un ilícito penal pueda merecer.

4. Al abordar el posible carácter reparador del TBC, hemos distinguido entre el posible contenido restaurador y el posible contenido reparador de la sanción, inclinándonos por considerar que no era una pena restauradora, pero que sí podía tener efectos simbólicamente reparadores: a pesar de que no es el instrumento idóneo para conseguir una reparación individual, el trabajo del penado sí puede resultar simbólicamente o genéricamente reparador, en particular si se selecciona cuidadosamente el tipo de tarea a desempeñar. Hemos concluido que la reparación no es un fin que justifique la imposición de la pena, con necesarias consecuencias para su regulación; sin embargo, teniendo en cuenta que es uno de los elementos que abundan en la valoración socialmente positiva del TBC, quizá no sea ocioso prestar atención a este extremo.

Después de analizar la defensa del TBC en función de los fines de la pena, expondremos a continuación algunas consecuencias que para su regulación se derivan de éstos.

5. Desde una perspectiva preventivo especial, resulta poco recomendable para determinados sujetos con específicas necesidades rehabilitadoras; acaso sanciones como la *probation* o la suspensión con reglas de conducta, que abordan directamente estas necesidades, sean más adecuadas. Aunque es posible imponer reglas de conducta de tipo rehabilitador adicionales al TBC, no deberá perderse de vista que estas reglas añaden un plus al contenido punitivo de la sanción, de modo que deberán tenerse en cuenta en aras de respetar las exigencias de proporcionalidad.

Por otra parte, y todavía en relación con los sujetos a los que cabe aplicar el TBC, hemos excluido, en base a necesidades de incapacitación, a aquellos que por su actitud violenta e incapacidad de trabajar en grupo bajo una supervisión normal representen un riesgo.

6. En la elección de la actividad a desarrollar, de acuerdo con consideraciones preventivo especiales, se deberá potenciar el contacto entre el penado, los beneficiarios del trabajo y otros trabajadores, la formación para el empleo y hasta donde sea posible la participación del penado en la designación y planificación de su tarea.

7. En atención a su rol como modelos positivos para los penados y la relación de este papel con un cambio de actitudes, los supervisores inmediatos de la ejecución, que a menudo serán empleados de entidades públicas o privadas de interés general y no técnicos de los servicios sociales penitenciarios, deberían recibir formación específica para el correcto ejercicio de sus funciones.

8. Por otra parte, criterios de prevención general positiva recomiendan que los trabajos a desempeñar sean percibidos por la generalidad de la ciudadanía como potencialmente reparadores del daño causado por el delito; esto debe tener consecuencias concretas en la tarea de selección de puestos de trabajo llevada a cabo por los servicios sociales penitenciarios.

9. Para la configuración de una pena creíble, en particular en relación con criterios de prevención general, se ha revelado fundamental un correcto seguimiento y control de la ejecución de la pena; sin el mismo, difícilmente los jueces la considerarán una alternativa viable a la privación de libertad.

10. En base a consideraciones relacionadas con la proporcionalidad hemos considerado que a la apreciación de incumplimiento del TBC deben seguir consecuencias jurídicas de suficiente entidad, que únicamente en última instancia deben comportar el ingreso en prisión, arbitrándose un sistema escalonado de posibles consecuencias que el juez pueda aplicar según las necesidades del caso.

11. Hemos procurado situar el TBC en la escala de gravedad de las sanciones, optando por reservarla para las infracciones de gravedad intermedia (WASIK/VON HIRSCH 1988).

12. Ninguno de los fines de la pena aconseja una duración excesiva de la misma; por otra parte, consideraciones relacionadas con la proporcionalidad nos han llevado a recomendar la medición de la magnitud punitiva del TBC en términos de horas, prescindiendo del concepto de jornadas; esta recomendación casa, como en su momento veremos, con una correcta mecánica de la aplicación de la pena.

13. En la ejecución del TBC deben tenerse en cuenta las necesidades preventivo especiales de la persona: deben respetarse las obligaciones laborales, familiares y sociales del individuo para que el cumplimiento de esta sanción no desocialice, para lo cual la ejecución deberá regirse por un principio de flexibilidad.

Todavía en relación con la ejecución de la pena, hemos apuntado desde el punto de vista de la incapacitación, a la posibilidad de distribuir el tiempo de cumplimiento del TBC de tal modo que evite situaciones de riesgo relacionadas con la actividad delictiva del sujeto.

5.3. Acerca de la regulación y la mecánica de ejecución del TBC en el CP y el RD 515/2005

En el marco de la regulación legal y reglamentaria, y al hilo de la somera definición de la pena contenida en el artículo 49 CP, hemos tratado de perfilar el concepto de pena acogido en nuestro ordenamiento, del cual cabe destacar las siguientes cuestiones:

1. El TBC ha quedado configurado en nuestro ordenamiento como pena, y en concreto, como pena privativa de derechos, aunque dos características de la misma marcan su particularidad: la necesidad de consentimiento del reo para su imposición y la obligación de hacer que comporta. Esta obligación de hacer puede definirse también por

aquellos derechos de los que priva cuando se ejecuta, pasándose a considerar entonces una privación de derechos. Además, al tratarse de una categoría residual, nada obsta a que se clasifique el TBC como pena privativa de derechos.

Hemos perfilado el contenido aflictivo del TBC a partir de la formulación clásica de WASIK/VON HIRSCH (1988:565, 567); así, esta sanción comporta la imposición de la obligación de trabajar sin remuneración, la pérdida de tiempo libre y la restricción de movimientos durante el tiempo en que se desempeña la actividad.

2. Una importante peculiaridad de esta pena es que para su imposición se requiere el consentimiento del reo (arts. 49 CP, 53 CP y 2 RD 515/2005). En la mecánica de ejecución seguida se produce una doble prestación de consentimiento (ante el juez, y posteriormente ante los servicios sociales penitenciarios), que puede provocar problemas y resulta disfuncional. Ante esta situación abogamos por anteponer la intervención de los técnicos de los servicios sociales penitenciarios a la resolución judicial que imponga la pena, de modo que baste con una sola prestación de consentimiento debidamente informada.

La mayoría de autores consideran que la prestación de consentimiento para la imposición de la pena es una exigencia de la prohibición constitucional de trabajos forzados (art. 25.2 CE); sin embargo, y de acuerdo con la literalidad de ese precepto constitucional y las conclusiones del capítulo primero de este trabajo, no es el consentimiento del penado lo que distingue los trabajos forzados de las contemporáneas sanciones de servicios comunitarios prestados en libertad.

Otros autores apuntan que se trata de una exigencia derivada del artículo 15 CE, constituyendo la imposición sin consentimiento un trato inhumano o degradante (CID 1997:106). Más generalmente, la necesidad de recabar el consentimiento del penado ha sido vinculada con la actual conciencia de respeto por los derechos humanos (BRANDARIZ 2002:212).

Finalmente, más allá de su fundamento constitucional, el consentimiento del penado constituye una garantía para que los trabajos comunitarios mejoren, y no empeoren, su situación (TAMARIT 1996:360) y resulta fundamental para garantizar la necesaria cooperación del penado en la ejecución de la pena (BRANDARIZ 2002:222).

En este trabajo consideramos que no es tanto la imposición sin el consentimiento del penado, sino la *ejecución* del TBC sin el mismo lo que constituiría un trato degradante y vulneraría los derechos fundamentales del penado.

Una cuestión sobre la que debe continuar reflexionándose es si la eliminación del requisito del consentimiento en el momento de la imposición de la pena, manteniendo como requisito el consentimiento para su ejecución de modo parecido a lo que sucede en Inglaterra, comportaría una mayor aplicación del TBC.

3. Otra característica de la pena es la falta de remuneración por el trabajo desempeñado; ésta es consecuencia del carácter de pena de los trabajos comunitarios y parte de su contenido aflictivo (entre otros, DE SOLA/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL 1986:63), contribuyendo asimismo a la posible función reparadora de la actividad que se lleve a cabo (BRANDARIZ 2002:228). Hemos descartado propuestas relativas a una pensión durante el cumplimiento de la pena, pues consideramos que una interpretación amplia por parte de los servicios sociales penitenciarios del principio de flexibilidad en la ejecución del TBC, junto con la práctica, efectivamente llevada a cabo en el ámbito catalán, de poner en contacto a penados con especiales dificultades con los servicios sociales pertinentes, deben ser suficientes para salvar las dificultades económicas que pueden hallar los penados durante la ejecución del TBC a consecuencia de la falta de remuneración por el trabajo desempeñado.

Por otra parte, el artículo 6.3 RD 515/2005 prevé una indemnización por los gastos de manutención y transporte a cargo de la entidad en que se prestan los servicios para que el cumplimiento de la pena no suponga mayor aflicción que la que corresponde.

4. El artículo 49 CP dispone entre las condiciones de ejecución de la pena que ésta no podrá atentar contra la dignidad del penado; esta afirmación, aparentemente innecesaria a la vista del contenido de la CE, parece obedecer a que el legislador considera esta pena un terreno especialmente sensible a la vulneración de la dignidad. Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, existen en la actualidad propuestas (la imposición de uniformes para penados, la realización de tareas especialmente duras o vejatorias) que pueden acercar al TBC a las penas degradantes y que deben excluirse para proteger la dignidad del penado; por otra parte, la especial sensibilidad alrededor de esta cuestión puede explicarse por la larga trayectoria de la utilización degradante del trabajo público de los penados en la historia penal española, cuyo último episodio, la utilización de presos políticos del franquismo, es reciente y particularmente penosa.

5. El trabajo del penado debe consistir en la realización de actividades de utilidad pública (art. 49 CP). Ello permite otorgar a la pena una lectura reparadora, por una parte, y evita la apropiación privada de la utilidad del trabajo desempeñado, por otra. Esta última cuestión no es nada desdeñable si sumamos las horas trabajadas al año y las convertimos en dinero: sólo en Cataluña se trabajaron en 2005 49.324 horas, lo que en términos de salario medio significan 425.172,88 euros¹.

La inexistencia de una definición normativa de lo que es utilidad pública representa un problema, pues ésta debe orientar a los servicios sociales penitenciarios al seleccionar los concretos destinos para los penados y al JVP para controlar esta selección (en este sentido PARÉS 1998:161). *De lege ferenda* sería deseable que se recogiese una definición legal de utilidad pública, integrada quizá en una ley de ejecución de penas, y que se especificasen reglamentariamente criterios claros para orientar a la administración en su tarea, y al JVP en su función de control.

6. Mediante un inciso en el artículo 49 CP, la LO 15/2003 introduce la posibilidad de que las labores de utilidad pública a desempeñar por el penado puedan consistir en tareas de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de infracciones de naturaleza análoga a la cometida por el penado.

Esta posibilidad plantea diversos problemas; en primer lugar, las plazas adecuadas deben estar disponibles en el momento o lugar en que se requieran (Juanjo SUBERO, comunicación personal). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no todas las víctimas estarán dispuestas a que sean penados por delitos similares a los cometidos contra ellas los que desarrollen este tipo de actividad; en este sentido, por ejemplo, es improbable que en supuestos de violencia de género las víctimas directas de esas infracciones acepten esta posibilidad.

Se discute finalmente si esta posibilidad puede incluir tareas de reparación a la víctima de la infracción cometida. Puede concluirse que tanto la utilidad pública de la actividad como el hecho de que ésta deba ser *en beneficio de la comunidad* excluye del tipo de tareas a desempeñar los trabajos individuales y que son preferibles los que tienen el potencial de beneficiar a una colectividad y no a un concreto individuo. Otro tipo de solución podría desvirtuar el contenido de esta sanción, en un momento en que

¹ Según datos del Instituto Nacional de Estadística correspondientes al salario medio de 2002; datos disponibles en <http://www.ine.es/inebase/cgi/axi>.

ni siquiera está claramente asentada en nuestro ordenamiento y práctica penal; quizá otras instituciones están en la actualidad mejor configuradas para satisfacer esta necesaria reparación a las víctimas directas de las infracciones.

7. Por otra parte, hemos prestado atención a la condición de ejecución de la pena que apunta que ésta no deberá supeditarse al logro de intereses económicos (art. 49 CP). Esta interdicción cobra todo su sentido si tenemos en cuenta la tradición utilitaria de empleo del trabajo penal usada históricamente para apoyar políticas del estado, planes del ejército o incluso de empresas privadas, y debe en la práctica evitar que la rentabilidad que el trabajo de los penados genera sea la razón por la que se recurra a esta pena (ARÁNGUEZ 2000:22).

8. La duración de la pena es uno de los aspectos más problemáticos de su regulación, tanto por lo referido a la duración del TBC en términos absolutos, como por la correspondiente a las jornadas de trabajo.

Por una parte, y de acuerdo con el artículo 33 CP, el TBC puede durar entre uno y 180 días; por otra parte, el artículo 40 CP fija entre un día y un año la extensión de la pena, y finalmente los preceptos que disponen respectivamente la posibilidad de convertir penas de prisión por TBC y prisión por RPSIM por TBC hacen corresponder un día de privación de libertad por un día de trabajo (arts. 53 y 88 CP).

La nueva duración del TBC supone un importante aumento de las horas de trabajo a imponer: se ha pasado de 384 horas a 180 días, es decir hasta 1440 horas, puesto que cada jornada de trabajo puede constar de hasta ocho horas. Este aumento parece responder a la voluntad del legislador de aumentar la credibilidad del TBC en su nueva función de sustitutivo de la prisión.

8'. La regulación de los límites de la pena se establece ahora en días de trabajo, omitiéndose toda referencia normativa a las horas excepto para fijar el máximo de duración de la jornada laboral. Consideramos que el concepto de jornada es confuso, que su única justificación consiste en el cómodo mantenimiento de criterios de conversión entre prisión o RPSIM y TBC, pero que debido al mecanismo de aplicación de la pena lleva a que la determinación judicial de la misma no acabe de perfilar su contenido punitivo, función que en cierta medida se traslada a la administración: los jueces fijan las jornadas de trabajo, los servicios sociales penitenciarios fijan la duración horaria de estas jornadas.

La solución que proponemos es que el legislador adopte las horas como magnitud punitiva única. Esto permitiría al juez determinar exactamente la cuantía de pena a imponer y su plazo de cumplimiento, trasladando este contenido a los servicios sociales penitenciarios para que lo distribuyan temporalmente de acuerdo con las circunstancias del penado. Esta solución evitaría además que sean como en la actualidad las circunstancias personales, familiares y sociales del penado o razones prácticas de la administración encaminadas a racionalizar la gestión del TBC, las que acaben determinando su magnitud punitiva.

8''. Quizá la principal duda que se plantea alrededor de la regulación de la duración del TBC estriba en saber si los límites del artículo 33 CP son límites absolutos, a aplicar en cualquier caso en que se imponga un TBC, o si se refieren únicamente al TBC como pena directa.

Hemos optado por considerar que los límites del artículo 33 CP deben aplicarse en todo caso, y ello porque por una parte, ninguno de los fines de la pena apoya propiamente una duración excesiva de la misma que, o bien resulta innecesaria (por ejemplo desde el punto de vista de la retribución o de la prevención general), o bien resulta contraproducente (por ejemplo, desde el punto de vista de la evitación de la desocialización del penado); por otra parte, porque la segunda interpretación vaciaría de contenido el artículo 33 CP, que no distingue entre TBC impuesto como pena directa, sustitutivo o forma de RPSIM.

Otro motivo por el que abogamos por penas de una duración más reducida es meramente pragmático: resulta imposible gestionar penas de una duración excesiva (más de cien jornadas de trabajo comportan ya una gestión muy dificultosa, Juanjo SUBERO y Baden GOOCH, comunicación personal). Por otra parte, cuanto más se dilata el cumplimiento de la pena, mayores son las posibilidades de que se produzcan incidencias que pueden llevar a la apreciación del incumplimiento; una pena con un alto índice de incumplimiento redundaría en la falta de confianza de los jueces en la misma, así como en un aumento del recurso a la prisión. Finalmente, cabe plantearse la compatibilidad de la obligación de trabajar sin remuneración 1440 horas anuales cuando además se realiza una actividad laboral regular, o incluso sin ella, cuando no se cuenta con remuneración alguna.

De lege lata, pues, los límites del artículo 33 CP son infranqueables. Ello no obsta que, de acuerdo con los criterios de conversión establecidos, cualquier sustitución más allá de los seis meses resulte problemática, pues toda pena de prisión superior a esa

se topará con el máximo de 180 días recogido en el artículo 33 CP. En estos supuestos únicamente cabe o bien ignorar los límites del artículo 33 CP, opción que consideramos indeseable, o bien intentar superar estos problemas regulando de modo distinto la duración horaria de las jornadas en función de la pena de prisión a sustituir y adicionando al TBC, en su caso, una multa también prevista como pena sustitutiva.

8'''. Proponemos *de lege ferenda* una duración máxima de la pena de entre 240 y 300 horas, magnitud comparable a las existentes en los ordenamientos de nuestro entorno. En la práctica existen sentencias que condenan a cumplir a una persona hasta 400 jornadas de TBC, que la administración traduce en 1600 horas de trabajo².

8'''''. El límite mínimo de la duración de la pena es actualmente de un día o jornada de trabajo. Consideramos que este límite mínimo debería revisarse: una pena de una, dos o tres jornadas difícilmente puede lograr ningún objetivo en términos de prevención general o de rehabilitación. Desde un punto de vista pragmático, la compleja puesta en marcha del mecanismo de ejecución difícilmente guardará relación con una pena que consista en unas pocas horas de trabajo. Por otra parte, de acuerdo con nuestra apreciación de la entidad punitiva de la pena, el TBC debe corresponder a infracciones de gravedad intermedia, no siendo proporcional para infracciones leves: debería excluirse del ámbito de aplicación de las faltas. Ello concuerda con nuestra propuesta de un mínimo de horas de trabajo a imponer de 36 o 40.

8'''''''. Por lo que se refiere a la duración de la jornada de trabajo, el artículo 49 CP establece que ésta no podrá superar las ocho horas de duración; este límite casa con el establecido por la normativa laboral (por todos MAPELLI/TERRADILLOS 1996:178) y con el debido respeto a la dignidad del penado (CHOCLÁN 1997:166). No se establece, sin embargo, un límite mínimo a la duración horaria de las jornadas, por lo que ésta puede durar únicamente una o dos horas.

De acuerdo con la dinámica de la imposición y la ejecución de la pena articulada por la ley y el RD 515/2005, corresponderá a los servicios sociales penitenciarios determinar la duración horaria de las jornadas teniendo en cuenta las circunstancias laborales, familiares y personales del penado de acuerdo con el principio de flexibilidad. Hemos considerado que esto resulta problemático desde el punto de

² La administración catalana no hace equivaler el concepto de jornada con el de día de trabajo, interpretación que le permite acumular dos jornadas de trabajo en un mismo día, aunque técnicamente podría acumular hasta cuatro, con el fin de hacer viable la ejecución de penas de una duración excesiva. La media de horas impuestas, y cumplidas, por sentencia han sido, en 2005, 110,84 horas (49.324 horas de trabajo realizadas entre las 445 condenas cumplidas).

vista de la distribución constitucional de competencias, por cuanto es la administración, y no un juez, la que acaba determinando el contenido punitivo de la pena; por otra parte esto resulta cuestionable desde el punto de vista de la proporcionalidad y del principio de igualdad porque la determinación de la pena tampoco se hará únicamente en función de la gravedad de los hechos y la culpabilidad del sujeto, sino que dependerá en buena parte de sus circunstancias personales, sociales y familiares (BLAY 2005:5).

Nuestra propuesta consiste en que el juez determine en forma de horas el contenido de la pena y lo traslade a los servicios sociales penitenciarios para que éstos, de acuerdo con el principio de flexibilidad y la adaptación a las cargas y circunstancias del penado la distribuyan en el tiempo, evitaría estos problemas.

9. Hemos visto como la existencia de un abanico de plazas suficientes es indispensable para posibilitar la ejecución de esta pena. Los servicios sociales penitenciarios vinculados a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y en Cataluña la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives, son los responsables de establecer esta red de puestos de trabajo, que en la práctica se articula mediante un sistema de convenios tanto con entidades públicas, notablemente ayuntamientos, como con entidades privadas de interés general y sin ánimo de lucro.

En Cataluña se han aprovechado las asociaciones existentes, destacando entre ellas por el número de horas que se cumple en su seno la Cruz Roja, también óptima por su vasta extensión territorial. Quizá este sustrato asociativo no esté tan desarrollado en otras comunidades españolas como lo está en Cataluña, el País Valenciano, el País Vasco y Navarra (SUBIRATS 1999:26), lo que puede ser un factor que dificulte el desarrollo de esta pena en las mismas y obligue a potenciar otras soluciones, como la oferta de plazas por parte de las administraciones públicas o fórmulas creativas por parte de los propios servicios sociales penitenciarios.

En la práctica, la mayoría de horas de trabajo se cumple, en el ámbito catalán, en entidades privadas: en 2005, un 61,88% de las horas se cumplió en el ámbito privado, mientras que un 38,12% de las horas se trabajó en el contexto de entidades públicas.

Tabla 1: Datos de las entidades que colaboran en la ejecución de los TBC

Año 2001	Jornadas	Horas
Entidades privadas	3.684	14.736
Entidades públicas	1.749	6.996
Total	5.432	21.732
Año 2002	Jornadas	Horas
Entidades privadas	4.911	19.644
Entidades públicas	1.490	5.960
Total	6391	25.604
Año 2003	Jornadas	Horas
Entidades privadas	4.634	18.536
Entidades públicas	886	3.544
Total	5.520	22.080
Año 2004	Jornadas	Horas
Entidades privadas	4.801	19.204
Entidades públicas	1.387	5.548
Total	6.188	24.752
Año 2005	Jornadas	Horas
Entidades privadas	7.631	30.524
Entidades públicas	4.700	18.800
Total	12.331	49.324

Tabla elaborada a partir de los datos aparecidos en FRANSOY 2005:64 y de la base de datos de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives.

Esta distribución plantea dudas acerca de una posible privatización de la pena; en el capítulo I ya vinculamos el surgimiento de este tipo de sanciones con procesos socioeconómicos de traslado de la responsabilidad del estado a la sociedad. En concreto, esta privatización sería problemática en tanto la administración estaría perdiendo capacidad de controlar la ejecución de la pena y comportaría el riesgo de que el interés general que debe primar en este ámbito se desvíe en favor del interés propio de las asociaciones en que se desarrolle el trabajo (ARÁNGUEZ 2000:25). Este riesgo es hasta cierto punto inevitable dentro del modelo de ejecución seguido en España y en la mayoría de países de nuestro entorno, pues a menudo son entidades privadas y no públicas las que se ajustan más al perfil definido por la ley de la utilidad social de las

tareas a prestar; la alternativa pasaría en todo caso porque fuesen los propios servicios sociales penitenciarios los que proporcionasen directamente el trabajo a desempeñar (algo parecido a lo que sucede en Inglaterra y Gales, donde la inmensa mayoría de penados desarrollan tareas integradas en grupos de penados y supervisados por un responsable vinculado al Servicio de *Probation*).

Estos posibles peligros, que indudablemente pueden afectar negativamente la credibilidad de la pena, pueden contrarrestarse con un correcto sistema de control y seguimiento de la misma.

La inclusión específica de algunas de las características de las entidades ofertantes de plazas, en particular la exclusión del ánimo de lucro entre sus fines, que en la regulación actual no es expresa y debe deducirse, contribuiría también a evitar algunos de los riesgos de la privatización y facilitaría la tarea de búsqueda de puestos de trabajo a la administración y la fiscalización de los mismos por parte de los jueces.

En los convenios de colaboración consultados se prevé la disponibilidad de los técnicos de los servicios sociales penitenciarios para el asesoramiento y apoyo que resulten necesarios durante el tiempo de prestación de servicios por parte del penado en la entidad. En la misma línea, sería deseable que la normativa de desarrollo de la ejecución de la pena recogiese tanto la obligación de formación de los responsables inmediatos del seguimiento de la pena que son miembros de la entidad en que se presten los servicios³, como la estrecha colaboración y presencia de técnicos para las tareas de asesoramiento y apoyo recogida actualmente en convenios.

10. La mecánica que permite la ejecución de la pena se pone en marcha cuando las resoluciones judiciales en que se acuerda su imposición, que normalmente contienen la determinación del número de días a cumplir y una remisión al plazo máximo de cumplimiento, se trasladan a los servicios sociales penitenciarios. Una vez recibido testimonio de la resolución judicial y demás documentación pertinente, los servicios sociales penitenciarios citan al penado a una entrevista para conocer sus características personales, laborales y sociales y determinar el puesto adecuado, ofreciéndole las plazas adecuadas e indicando su contenido y horario (art. 5.1 RD 515/2005). Además de permitir determinar la plaza adecuada y servir para recabar un segundo consentimiento informado, esta entrevista servirá, en caso de que no haya existido informe social previo

³ La estabilidad a lo largo del tiempo de las entidades en que se prestan los servicios debería facilitar, en la práctica, el cumplimiento de esta obligación de formación.

a la resolución judicial (art. 28 RD 515/2005), para determinar si existe alguna circunstancia que haga difícil o imposible la ejecución de esta pena (art. 5.3 RD 515/2005).

Ya hemos puesto de manifiesto (apartado 5.3, punto 8''''') el despropósito de esta secuencia según la cual la administración acaba determinando la magnitud punitiva de la sanción.

Una segunda disfunción se produce porque el juez debe decidir acerca de la imposición, a veces por sustitución, de una sanción que como hemos visto no resulta óptima para todos los sujetos, sin contar con un informe social previo, es decir sin conocer las circunstancias y características del penado; el RD 515/2005 prevé la posibilidad de que el juez o el Ministerio Fiscal soliciten este informe con carácter previo, pero de acuerdo con los técnicos de la administración catalana esto sucede en muy contadas ocasiones (Juanjo SUBERO, comunicación personal).

Ambas disfunciones podrían solucionarse *de lege lata* si las resoluciones judiciales en que se impone la pena de TBC prevén una consecuencia jurídica para el supuesto de imposibilidad de ejecutar el TBC. Sin embargo, la solución que nos parece más correcta pasaría por una reforma en profundidad de la mecánica de imposición y ejecución de la pena y consistiría en la anteposición de la entrevista de los técnicos de los servicios sociales penitenciarios a la resolución judicial, permitiendo así la elaboración de dicho informe.

Por último, otro problema de la regulación actual es que no prevé las consecuencias que pueda tener la incomparecencia del penado a la entrevista; ante estos casos, el protocolo de actuación de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives establece que después de citar infructuosamente hasta tres veces al penado lo comunica al JVP para que tome las medidas oportunas, que pasan por trasladar la cuestión al juez o tribunal sentenciador. Por su trascendencia, sería deseable regular claramente estas consecuencias en una norma con rango de ley.

11. La conformidad del penado manifestada en la entrevista, o en un momento posterior, con un particular trabajo, horario y entidad se plasma en un documento de compromiso, suscrito además por los servicios sociales penitenciarios y la entidad en que se prestará el servicio. Este documento de compromiso será equivalente a la propuesta de cumplimiento que los servicios sociales penitenciarios elevarán al JVP para que la apruebe o rectifique, de acuerdo con su conformidad a la regulación, la resolución

judicial y el contenido del informe social o resultado de la entrevista (art. 5.2 RD 515/2005).

Se produce en este momento, así, una segunda prestación de consentimiento que podría eludirse de anticiparse la entrevista con el penado a la resolución judicial, de forma que esa primera y única prestación de consentimiento fuese suficiente y realmente informada.

12. Si el penado no consiente a las concretas propuestas de los servicios sociales penitenciarios o éstos consideran que en ese supuesto la pena es de difícil o imposible ejecución en atención a las circunstancias del penado, ello se comunica al JVP a los efectos oportunos (art. 5.3 RD 515/2005), que normalmente consistirán en la devolución de la cuestión al juez sentenciador para que disponga otra solución.

Más allá de esto, nada prevé la regulación acerca de las consecuencias de que no se produzca esta segunda prestación de consentimiento, o de que la sanción, en opinión de los servicios sociales penitenciarios, resulte inviable para el penado. En la práctica existen resoluciones judiciales que prevén en estos casos el regreso a la pena sustituida; queda pendiente de aclaración qué sucedería cuando se tratase de un TBC impuesto como pena directa.

La solución que favorecemos, *de lege ferenda*, conlleva la reforma en profundidad de la mecánica de ejecución del TBC que, gracias a la anteposición de la intervención de los servicios sociales penitenciarios a la resolución judicial que lo imponga, permitirá una única prestación de consentimiento, debidamente informada, ante el juez y evitará asimismo la imposición de la sanción a sujetos para los que no resulta adecuada o que son incapaces de cumplirla.

13. El circuito seguido para la gestión de la ejecución del TBC es muy complejo y ha abundado en la desconfianza de los jueces hacia la efectividad de la sanción, percibida como excesivamente burocratizada (Santiago VIDAL, comunicación personal). Por otra parte, junto con la falta de previsión presupuestaria y de personal, este circuito largo y con retrocesos, ocasiona problemas de gestión a la administración: tanto el momento de conceder la entrevista, como el momento de determinar los puestos de trabajo a desarrollar por concretos penados nutren una lista de espera cuya gestión puede durar diversos meses llegando incluso al año (EL PAÍS 5/03/2006:30). Ya que se propone una importante inversión en personal, tanto en la administración catalana como en la

española (EL PAÍS 5/03/2006:30, Pius FRANSOY, comunicación personal), quizá podría aprovecharse la oportunidad para además de dotar suficientemente los servicios competentes revisar los protocolos de actuación en profundidad y en su caso instar las reformas normativas pertinentes.

14. El hecho de que la regulación de la ejecución de la pena se contenga únicamente en una norma de rango reglamentario resulta problemático por diversos motivos. En primer lugar, debido a la reserva de ley en la materia, el reglamento no puede entrar a regular cuestiones esenciales como el contenido mínimo de la resolución judicial en que se impone el TBC, que en la normativa actual es insuficiente; por otro lado, traspasa esa reserva de ley cuando prevé la posibilidad potestativa de que el juez o el ministerio fiscal soliciten de los servicios sociales penitenciarios en algún momento previo a la resolución un informe social; finalmente, en algunas ocasiones en el RD 515/2005 se dirige no a los servicios sociales penitenciarios sino al JVP. Todos estos problemas y limitaciones ponen de manifiesto la necesidad de regular legalmente la ejecución de la pena, así como la normativa procesal que guíe la actuación del JVP.

15. Hemos visto que tanto la regulación como el efectivo desarrollo y la percepción por parte de los operadores jurídicos de las tareas de seguimiento y control de la ejecución de la pena son fundamentales para su credibilidad. Los jueces deben percibir que el TBC es efectivo, en términos de retribución y de rehabilitación y también deben percibir que es una pena que se ejecuta correctamente.

A diferencia de lo que sucede con otras sanciones, notablemente la prisión, diversos hechos dificultan esta percepción. En primer lugar, el TBC no se cumple en el contexto de una institución penitenciaria, ni siquiera a menudo en el seno de una institución pública no penal; no existe, por lo tanto, un funcionario que supervise directa y constantemente su cumplimiento. En segundo lugar, las entidades privadas que participan en la ejecución de la pena, del mismo modo que las entidades públicas no penales, tendrán sus propios intereses y dinámicas de funcionamiento, en las que es lógico que prime el normal desarrollo de sus actividades por encima de la correcta ejecución de penas en su seno; por otra parte, sus miembros pueden no tener la formación o la disposición adecuadas para llevar a cabo estas tareas. Además, quizá la inexistencia en nuestro país de una rama de la administración dedicada de forma exclusiva a gestionar la ejecución de penas de cumplimiento en libertad, a modo de

Servicio de *Probation*, dificulta visualizar las actuaciones que se llevan a cabo y quién las realiza. Finalmente, entre el estamento judicial parece haberse extendido cierta cultura que apunta a que aunque en determinados países el cumplimiento de las penas de servicios comunitarios comporta efectivamente trabajo, en el nuestro su imposición no asegura que sea así (Roser AIXANDRÍ, comunicación personal).

Una correcta información acerca de la mecánica general de cumplimiento del TBC y del progreso del mismo en los supuestos concretos debería contrarrestar en buena parte estos factores y contribuir a la seguridad de los jueces de que el TBC es una sanción cuyo contenido se ejecuta en la práctica.

16. Como se establece en el artículo 4.1 RD 515/2005, las entidades en que se prestan los servicios pueden asumir tareas sustanciales en relación con la supervisión inmediata de penados, aunque la supervisión del cumplimiento de la pena se sigue reservando lógicamente a la administración.

Más concretamente, los servicios sociales penitenciarios supervisarán las tareas de gestión, asesoramiento, seguimiento y asistencia que hayan asumido las entidades en que se prestan los servicios, comprobando periódicamente el sometimiento del penado a la pena y el efectivo desarrollo del trabajo (art. 7.2 RD 515/2005), mantendrán contactos periódicos con esas entidades (7.2 RD 515/2005) y comunicarán al JVP la existencia de incidentes relevantes en la ejecución de la pena.

La comprobación del sometimiento a la pena y la información periódica al JVP al respecto será particularmente importante cuando la ejecución del TBC se dilate en el tiempo, y abundará en la confianza de los jueces en esta sanción; por ello hemos apuntado la conveniencia de establecer por lo menos reglamentariamente la obligación de los servicios sociales penitenciarios de informar al JVP sobre el curso de la ejecución de la pena cada tres meses, como sucede en el caso de la suspensión con reglas de conducta (83 CP y 20 RD 515/2005), regulación que en nuestra opinión se puede aplicar analógicamente ante el silencio de la normativa referida al TBC.

De este modo, el técnico de los servicios sociales penitenciarios se configura como el responsable de comprobar que tanto la entidad como el penado cumplen, conforme la ley y el reglamento, con las obligaciones asumidas en el documento de compromiso, y de comunicar cualquier incidencia al respecto al JVP para que tome las medidas oportunas.

17. Se ha apuntado asimismo a la deficiente regulación de la ejecución del TBC impuesto con reglas de conducta adicionales (art. 7.3 RD 515/2005), y a la necesidad de mejorarla estableciendo, análogamente a lo que sucede en la regulación de la suspensión con reglas de conducta, la obligación de elaborar un plan individual de intervención y seguimiento que los servicios sociales penitenciarios elevarán al estamento judicial para su aprobación o rectificación; también es necesario regular el seguimiento por parte de los servicios sociales penitenciarios de estas obligaciones y su comunicación al respecto al JVP.

18. El control secundario o judicial de la pena ha sido trasladado por la reforma operada mediante LO 15/2003 del juez o tribunal sentenciador al JVP. Parece que se opta con esta medida por un modelo que aleja al JVP de un juez centrado en la legalidad y tutela de los derechos de los internos privados de libertad y lo acerca a la figura del juez de ejecución (LÓPEZ LORENZO 2004:4).

Como hemos visto, se echa de menos tanto una ley de ejecución como la regulación procesal de la actividad del JVP, que llenen los vacíos normativos actuales y que eviten que la regulación reglamentaria de la ejecución del TBC rebase los límites que le son propios.

19. El control por parte del JVP se produce desde el momento en que debe aprobar o rechazar la propuesta de cumplimiento de una concreta condena elevada por los servicios sociales penitenciarios (art. 5.2 RD 515/2005).

Durante la ejecución del TBC, el JVP dará al penado las instrucciones oportunas y requerirá de los servicios sociales penitenciarios informes periódicos acerca de la marcha del trabajo; más oportuno hubiera sido en términos de economía procesal establecer la obligación periódica de los servicios sociales de elevar esos informes, evitándose así el trámite de requerirlos.

En casos en que se comuniquen incidencias relevantes, el JVP deberá valorar el informe de los servicios sociales al respecto y decidir entre las opciones que le brinda el CP en su artículo 49: disponer que se siga cumpliendo la pena en el mismo centro, en otro distinto, o apreciar un efectivo incumplimiento.

20. La participación de diversos actores en la gestión y control de la ejecución de la pena exige óptimas relaciones de coordinación entre ellos, especialmente teniendo en

cuenta que las entidades públicas y privadas de interés general en que se desarrollen los trabajos no tienen, entre los fines que les son propios, participar en la ejecución de penas. Esta necesaria coordinación debe lograrse tanto a través de una regulación correcta, como estableciendo un circuito de funcionamiento lo más sencillo y transparente posible, como dotando tanto a los servicios sociales penitenciarios, la oficina judicial del JVP y a las propias entidades en que se cumple la pena, de los medios personales y materiales suficientes para ejercer sus respectivas funciones.

21. Se prevé reglamentariamente un régimen de información de la pena, destinado tanto a operadores jurídicos como a aquellas personas a las que puede ser aplicada. A la vista de la trayectoria del TBC desde su introducción en el CP y de los actuales riesgos de saturación del sistema, este régimen de información no es en absoluto ocioso y puede contribuir a desvirtuar discursos que poco tienen que ver con la realidad. En una situación de colapso como la actual, la información puede evitar que el volumen de resoluciones sobrepase la capacidad de gestión de los servicios sociales penitenciarios.

Sin embargo, es lamentable que una medida penal legalmente prevista deje de imponerse, cuando resulta adecuada por criterios penales, porque se carece de medios suficientes para ello; esta situación constituye un supuesto de irracionalidad pragmática impropio de un sistema penal racional (DÍEZ RIPOLLÉS 2003:96).

22. El régimen de incumplimiento del TBC ha sufrido una modificación sustancial en virtud de la regulación introducida con la LO 15/2003: ha pasado a integrarse en el CP y en conjunto debe valorarse positivamente por cuanto supone una flexibilización del régimen anterior.

Se ha pasado de un sistema en que se recogían reglamentariamente diversas circunstancias que, apreciadas por el juez, desencadenaban las consecuencias del incumplimiento determinando la imposibilidad de seguir con la pena de TBC, a un sistema en el que se prevén una serie de incidencias relevantes sobre las cuales los servicios sociales penitenciarios informarán al JVP para que tome la decisión oportuna acerca de la marcha de la ejecución de la pena: la continuación del cumplimiento del TBC en el mismo centro de trabajo, en otro centro distinto, o bien en la apreciación de un efectivo incumplimiento (art. 49 CP).

Sin embargo, no se ha aprovechado la LO 15/2003 para introducir en el CP la mención de la necesidad de audiencia de las partes en este procedimiento, la posibilidad

de prorrogar el plazo de cumplimiento de la pena o la mención de que el incumplimiento debe ser reiterado para poder revocarla, como sucede con el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en casos de suspensión (art. 84.2 CP). Sería conveniente asimismo introducir la necesidad de una advertencia previa al penado como requisito para poder iniciar el procedimiento por incumplimiento, que le permitiría modificar su comportamiento antes de promover una respuesta que puede revertir en un ingreso en prisión (ARÁNGUEZ 2000:35). Se echa de menos también aquí la regulación de la actividad procesal del JVP.

23. La regulación de las consecuencias de la apreciación de incumplimiento es problemática: el CP se limita a disponer que en caso de incumplimiento del TBC impuesto como pena directa se deducirá testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena (art. 49 CP). Esto puede significar una multa de 12 a 24 meses; esto puede considerarse una sanción de refuerzo adecuada siempre y cuando se sume a la continuación del TBC incumplido.

No se prevén expresamente las consecuencias del incumplimiento de la RPSIM-TBC, pero debe entenderse *de lege lata* que esta responsabilidad se cumplirá mediante alguna forma de privación de libertad, y mediante localización permanente en los supuestos de falta. *De lege ferenda* proponemos en primer lugar aumentar el número de horas de TBC a imponer, si el juez lo cree conveniente y el penado lo acepta, y si no, una forma de privación de libertad como el arresto domiciliario, residencia obligatoria u otra forma atenuada (CID 1997:117; BRANDARIZ 2002:332).

En los supuestos de TBC-sustitutivo, el CP dispone el regreso a la pena de prisión sustituida. Esta solución puede no ser adecuada, ya que las circunstancias que inicialmente aconsejaron la sustitución de la prisión pueden subsistir y no recomendar el ingreso en ella, por lo menos como solución inmediata. Otras soluciones pasarían *de lege ferenda* por la imposición de un mayor número de horas de trabajo, por revocar la sustitución por TBC y admitir a su vez otra sustitución por multa, reservándose el ingreso a prisión como último recurso.

24. La posibilidad de imponer reglas de conducta adicionales a un TBC-sustitutivo, posibilidad que se convierte en obligación en el ámbito de la violencia de género, conlleva algunos problemas de regulación en caso de incumplimiento. No se prevé qué consecuencias pueda tener el incumplimiento de estas reglas. La única solución ante la

falta de regulación y la imposibilidad de aplicar analógicamente otros preceptos en este caso, es bien dejar sin consecuencia sancionadora el incumplimiento de estas reglas o imponer nuevos deberes a cumplir en el plazo de ejecución de la pena sustituida.

Puesto que su imposición ha debido tener un sentido, bien asegurativo, bien preventivo especial, y no dejan de tener cierta carga punitiva, *de lege ferenda* debe dotarse este incumplimiento de algún tipo de consecuencia jurídica, como la ampliación del plazo de cumplimiento de la regla, el cambio de la regla de conducta por otra más adecuada, o la imposición de un mayor número de horas de trabajo.

La falta de regulación de qué debe suceder cuando se incumple el TBC-sustitutivo pero se han cumplido correctamente las reglas de conducta plantea otro problema; parece que no podrá abonarse de ningún modo el tiempo y esfuerzo dedicados a ese cumplimiento al regresar a prisión. Sin embargo, el JVP deberá tener en cuenta que las reglas de conducta se han cumplido, pues ello revela cierta voluntad de satisfacer el contenido de la sentencia, para valorar si existe verdadero incumplimiento del TBC o se trata de una imposibilidad involuntaria de llevarlo a cabo.

25. Un problema ulterior relacionado con el incumplimiento viene dado por la distinta duración horaria de las jornadas de trabajo, que supone que a igual número de jornadas cumplidas, pero de diverso contenido horario, se descontaría, en caso de regreso a la prisión, el mismo número de días. Esto plantea un problema desde el punto de vista de la igualdad, volviendo a evidenciarse aquí la necesidad de regular la duración de la pena en horas y de prescindir del concepto de jornadas.

26. Únicamente cuando se incumple un TBC impuesto como pena directa se produce, en caso de estar presentes todos los elementos del tipo, un delito de quebrantamiento de condena. Sería conveniente, sin embargo, y ante las dudas que la falta de mención expresa acarrea, que se han reflejado en resoluciones judiciales, disponer claramente que el quebrantamiento de condena no se produce en supuestos de TBC-sustitutivo y TBC-RPSIM.

5.4. Acerca de las funciones del TBC en el sistema de penas

Hemos visto como, en virtud de la LO 15/2003, y en su momento la LO 11/2003, el CP amplía las funciones del TBC, que pasa de ser pena sustitutiva de AFS y forma de cumplimiento de la RPSIM a retener esta última función y ser además pena sustitutiva

de la prisión y sanción directa en algunos preceptos de la parte especial del CP. En buena medida esta ampliación del ámbito de aplicación del TBC ha sido debida a la supresión del AFS: ha ocupado un espacio vacante sin, por lo que parece, excesiva reflexión acerca de la conveniencia de hacerlo, una valoración de si la experiencia previa avalaba esta ampliación o una previsión presupuestaria, de medios personales y estructura administrativa para llevarla a cabo.

1. Respecto de la función del TBC como sustitutivo de penas de prisión, hemos defendido que la posibilidad de sustitución debe extenderse a penas de prisión previstas como únicas y también a las previstas como alternativas al TBC. Ello es debido a que la sustitución permite al juez unas posibilidades, como por ejemplo la imposición de reglas de conducta, que no le permite la imposición del TBC como pena directa.

Además de esta decisión, el juez deberá optar entre la sustitución por multa o por TBC, o en el caso de las sustituciones extraordinarias, por ambas penas en la proporción adecuada. Por ello hemos apuntado la necesidad del juez de contar con un informe social previo.

2. La posibilidad de imponer reglas de conducta en caso de sustitución, claramente las de control, pero también las de carácter rehabilitador, supone un plus punitivo que se impone al penado y un endurecimiento en las condiciones de esta alternativa a la prisión (LARRAURI 1996:216). El legislador parece obviar este particular y no prevé corrección alguna de la magnitud del TBC a imponer en función de criterios de proporcionalidad, lo que podría lograrse disminuyendo las horas de trabajo. Esta propuesta *de lege ferenda* casa con lo que sucede en Inglaterra y Gales.

Por otra parte, el juez no podrá adoptar informadamente la decisión de imponer reglas de conducta cuando no exista un informe social previo ni cuente con una información veraz y actualizada acerca de los programas efectivamente existentes. Finalmente, la administración debe asegurarse que los propios programas están disponibles y dotados de cierta credibilidad, siendo impartidos por entidades competentes y debidamente supervisados por los servicios sociales penitenciarios. Estos constituyen ulteriores argumentos para apoyar que técnicos de los servicios sociales penitenciarios estén integrados en, o en estrecha coordinación con, las oficinas judiciales.

3. Sorprende que la reforma no haya previsto la sustitución de la nueva pena de localización permanente por TBC, especialmente si tenemos en cuenta el anterior papel de esta sanción como sustitutivo de penas de AFS y la consideración de la localización permanente y del TBC (de uno a 30 días) como penas leves por el artículo 33 CP.

En coherencia con nuestra opción por una configuración del TBC como sanción para infracciones de gravedad intermedia, no podemos defender su aplicación a faltas; no obstante en el modelo establecido por el legislador sí debiera ser posible. *De lege ferenda* la localización permanente debería poderse sustituir por otras sanciones de equivalencia punitiva semejante.

4. Atención especial ha merecido también en este trabajo la función otorgada al TBC como sustitutivo único de penas de prisión impuestas por razón de infracciones relacionadas con la violencia de género, con exclusión de la multa, en cuyos supuestos es además obligatoria la imposición de ciertas reglas de conducta. La elección del TBC, junto con la prisión, como sanción por excelencia en este ámbito de delincuencia ha sido producto de descartar la multa y de la inexistencia de otras opciones punitivas: no parece haber sido recogido por su adecuación intrínseca a estos supuestos, sino por falta de otras opciones, y hasta donde llega nuestro conocimiento, en derecho comparado nunca es utilizado en estos casos.

5. Acerca de la función del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM, y a pesar de que la legislación no lo establece expresamente, hemos optado por considerar ésta la forma prioritaria de cumplimiento de la responsabilidad por impago de multas; argumentos preventivo especiales, de evitación de penas cortas de prisión y de discriminación por desigualdades económicas recomiendan esta opción.

De acuerdo con los datos de los que disponemos (CID/LARRAURI 2002:88-89, 120), en la práctica no se prioriza el TBC como forma prioritaria de cumplimiento, por lo que conviene *de lege ferenda* la introducción expresa de esta preferencia en la legislación para contribuir a evitar el ingreso en prisión por impago de multa.

6. Los criterios de conversión fijados para la conversión de penas de prisión y de RPSIM a TBC, según los cuales un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajo, pueden traducirse en los casos más extremos en la obligación de cumplir un

TBC de una duración excesiva e impracticable incluso dentro de los límites de los artículos 33 y 40 CP. Este constituye un argumento más para prescindir de criterios de conversión rígidos, optando por otros más flexibles que desemboquen en penas proporcionales a la infracción inicialmente cometida, al desvalor que supone en su caso el impago de la multa y que resulten viables desde el punto de vista de su ejecución.

Ante la falta de disposiciones expresas en el CP para los supuestos de multa proporcional, hemos optado con BRANDARIZ (2002:175) por entender que en estos casos la RPSIM puede fijarse directamente en TBC, sin pasar por una conversión previa a RPSIM-privación de libertad, según el prudente arbitrio del juez, manteniéndose así la proporcionalidad con la infracción cometida.

7. Todavía en relación con los módulos de conversión, hemos concluido que no se trata de módulos particularmente benignos, teniendo en cuenta la desproporción respecto de la infracción cometida de algunas de las penas originales a sustituir, aunque en el sistema actual esta valoración dependerá del contenido horario que acaben teniendo las jornadas de trabajo, que puede oscilar entre una y ocho horas. Mediante el establecimiento de módulos de conversión rígidos el legislador parece haber buscado una certeza que como vemos no acaba de lograrse en el sistema actual debido a la variabilidad de duración de las jornadas y a los límites máximos de duración de la pena establecidos en el CP. En este sentido, podría ser planteable la introducción de un mínimo y un máximo legal de duración de la pena sustitutiva dentro del cual el juez puede buscar mantener la proporcionalidad con la infracción original.

8. Bajo el epígrafe correspondiente a la función del TBC como pena directa en la parte especial del CP hemos realizado algunos comentarios, cuyas conclusiones pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Frente a lo que sucede con la pena de prisión, el legislador parece no prestar excesiva consideración a la gravedad del TBC; de este modo, mientras distintas infracciones merecen diferentes penas de prisión, son castigadas con iguales penas de TBC. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en supuestos de violencia de género y violencia doméstica regulados en los artículos 153, 172.2 CP.

b) En la parte especial del CP no se reproducen las equivalencias que parece buscar el legislador a la hora de establecer criterios de conversión para las sustituciones de penas

de prisión: se prevén penas opcionales de prisión o TBC, pero éstas no resultan equivalentes entre sí aplicando los criterios de conversión. Esto refleja cierta ambigüedad del legislador, que recurre a los criterios rígidos de conversión en el ámbito de la sustitución pero que parece confiar en la suficiencia punitiva de un TBC de una duración más reducida cuando lo impone como pena directa.

c) Ante la opcionalidad entre TBC y prisión, por ejemplo en los delitos relacionados con la violencia de género o la violencia doméstica, es de esperar un elevado grado de aplicación de la pena de TBC, de acuerdo con las investigaciones que muestran que cuando la pena alternativa se recoge como pena directa ello favorece su aplicación (CID/LARRAURI 2002).

d) En los supuestos en que se prevé de forma alternativa la imposición de una pena de TBC o de una multa, lo previsible es que el sujeto no consienta a la imposición del TBC, puesto que su carga punitiva es superior a la de la multa, a no ser que se encuentre en circunstancias económicas especialmente difíciles (en cuyo caso no deja de ser paradójico que se acabe imponiendo una pena que comporta la obligación de trabajar sin remuneración). En estos casos podría objetarse que se está dejando la elección de penas en manos del sujeto, puesto que aunque el juez considere que es más apropiada la imposición del TBC (por ser más proporcional o por tener un contenido preventivo especial del que la multa carece), al requerirse el consentimiento del sujeto en última instancia conservará éste la capacidad de decidir. Quizá por ello, cuando esto se hace, por ejemplo en el artículo 244.1 CP que castiga el hurto de uso de vehículos a motor, la cuantía de multa a imponer (seis a 12 meses) es, si tomamos como término de comparación los módulos de conversión, superior a la de TBC (31 a 90 días), lo que podría buscar contrarrestar el efecto previsto e incentivar la aceptación de la imposición del TBC.

e) En ocasiones se prevé como penas opcionales el TBC y la localización permanente (por ejemplo, art. 620 CP amenazas, injurias o vejaciones leves en el ámbito familiar que no constituyan delito), lo que abunda en el contrasentido del sistema diseñado por el legislador, que no prevé la sustitución de la localización permanente por TBC cuando parece que por otra parte las considera de equivalencia punitiva.

f) En todos los casos en que se recoge el TBC en la parte especial del CP menos en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el TBC se prevé como pena directa opcional; en el artículo 379 CP, en cambio, se recoge como pena que puede o no imponerse adicionalmente a una multa opcional a una pena de prisión. Debido a esta configuración, los primeros comentarios a la regulación previeron lógicamente una escasa virtualidad práctica del TBC en este ámbito (VARONA 2004:10). Sin embargo, y como veremos en las páginas siguientes, la realidad ha desmentido esta previsión.

g) En ocasiones los límites superiores de TBC a imponer para algunas infracciones (90 días en el art. 379 CP, por ejemplo) rebasan con mucho los límites máximos absolutos de derecho comparado. Es más, existen faltas penadas con TBC de hasta 30 días (por ejemplo, art. 618 CP, incumplimiento de obligaciones familiares), que pueden llegar a comportar 240 horas de trabajo, es decir, la cifra más extendida en los ordenamientos de nuestro entorno como máximo total de TBC a imponer en todo caso. Estas magnitudes resultan excesivas desde el punto de vista de la proporcionalidad. Además de a cierta actitud punitiva por parte del legislador, y a la poca consideración que parece otorgar aquí a la carga punitiva del TBC, las magnitudes de la pena en nuestro país quizá puedan explicarse también por un efecto perverso del empleo de las jornadas como medida: presumiblemente es más fácil imponer 90 jornadas de TBC que las 720 horas de trabajo que pueden implicar en la realidad, porque las cifras absolutas son más abstractas y aparentemente menores.

h) Hemos cuestionado la oportunidad de imponer penas de TBC para supuestos de violencia de género y violencia familiar, no únicamente como sustitutivos exclusivos sino también como penas directas. La posible capacidad rehabilitadora del TBC no se proyecta en ese sentido: en estos casos lo importante desde el punto de vista preventivo especial es abordar la violencia directamente mediante programas de tratamiento (MEDINA 2005). Más que de un juicio de oportunidad, la imposición del TBC en estos casos, parece ser el resultado de la conjunción del deseo del legislador de introducir una sanción alternativa a la prisión, la inconveniencia de aplicar la multa o el arresto domiciliario, que pueden perjudicar directamente el sustento de los sujetos económicamente dependientes del agresor o que todavía convivan con él, y de la supresión del AFS. Por lo tanto son consideraciones negativas, más que una reflexión

pausada acerca de la adecuación del TBC para estos casos, lo que parece guiar en este ámbito al legislador.

i) En algún supuesto el potencial rehabilitador del TBC parece evidente, especialmente en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas cuando la tarea a desempeñar pueda relacionarse con la atención a víctimas o la reparación de daños provocados por infracciones análogas. Sin embargo, en supuestos en que la conducción bajo la influencia del alcohol se debe a un problema de alcoholismo y no a un consumo ocasional, un tratamiento de desintoxicación puede resultar más efectivo para evitar la reincidencia que un TBC.

Si el legislador persiste en su decisión acerca de la aplicación del TBC en este ámbito, lo que resulta paradójico es que no admita aquí la imposición de reglas de conducta adicionales.

j) El ámbito de aplicación del TBC en la parte especial del CP viene explicado fundamentalmente por dos factores: la supresión de la pena de AFS, sustituida en ocasiones por prisión, otras por localización permanente y otras por TBC, y el haber descartado el arresto domiciliario y la multa como penas a imponer en el ámbito de la violencia de género y de la violencia doméstica.

5.5. Algunos datos acerca de la aplicación del TBC; otras propuestas y reflexiones

Con los escasos datos disponibles, intentaremos presentar un esbozo del grado de aplicación de esta sanción en nuestro país, de las funciones que la pena ha estado efectivamente desarrollando a fin de poder ofrecer alguna valoración informada al respecto. Una dificultad añadida a la parquedad de datos disponibles es que las dos administraciones responsables recogen y publican distintos datos, por lo que en algunos aspectos serán difícilmente comparables⁴; por otra parte, la infraestructura que la administración catalana ha desarrollado puede haber contribuido a que el número de

⁴ Los datos publicados respecto de la gestión de la pena por la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives son más detallados, y además hemos tenido acceso a la base de datos de esta subdirección con el fin de completar algunos de ellos. Aunque la base de datos recoge aspectos interesantes desde el punto de vista criminológico, éstos sólo se recogen respecto de los sujetos que han terminado satisfactoriamente la pena, impidiendo cualquier comparación; tampoco se recoge si los sujetos tienen antecedentes penales ni con carácter general, el motivo de la imposición del TBC: RPSIM, sustitución o pena directa. Por su parte, las memorias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias se han limitado a recoger, hasta la fecha, el número de sentencias recibidas y el número de plazas disponibles cada año.

penas impuestas y cumplidas sea mayor que en el resto de España, por lo que en ocasiones es difícil extrapolar datos y generalizar a partir únicamente de los correspondientes a Cataluña.

1. Quizá el primer comentario al que invitan los datos disponibles acerca de la aplicación del TBC es el dirigido a desmentir el discurso que apunta a la falta de plazas y se apoya en ello para justificar la falta de imposición del TBC desde su introducción en el CP.

Como se plasma en la tabla siguiente, ha existido hasta 2005 una clara desproporción entre sentencias dictadas y posibilidades reales de aplicación de la pena en términos de plazas disponibles; aunque cabe un margen de error porque las plazas no se encuentren uniformemente distribuidas en el territorio⁵, o no estén disponibles en el momento preciso, parece evidente que hasta 2004 ha existido una notable desproporción entre el índice de aplicación de la pena y su potencial real de ser aplicada, por lo que la falta de plazas disponibles no acaba de constituir un argumento válido para justificar su escasa aplicación.

Tabla 2: Evolución de sentencias dictadas en el ámbito de competencias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (1996-2005)

Año	Núm. de sentencias	Núm. de plazas disponibles
1996	1	
1997	81	
1998	251	1.583
1999	453	2.283
2000	619	2.904
2001	615	3.088
2002	661	3.183
2003	663	3.260
2004	1.739	3.268
2005	4.916	4.938

Fuente: Direcció General de Instituciones Penitenciarias 2004:286; El País 5/03/2006:30.

⁵ Sin embargo, en la tabla de distribución se ve que el máximo proveedor de puestos de trabajo es la FEMP, con lo cual puede presumirse una distribución de las mismas bastante similar a lo largo del territorio.

La desproporción observada disminuye a partir de 2004, desaparece en 2005 y puede explicarse por las modificaciones operadas en el ámbito de aplicación de la pena por la LO 11/2003 y en particular la LO 15/2003. Lo que con anterioridad era un recurso retórico para justificar la falta de aplicación de la pena puede convertirse a partir de ahora en un motivo real que dificulte la misma.

2. Una segunda tabla nos permitirá comparar los datos correspondientes a la imposición y la aplicación de la pena en Cataluña y en el resto de España, apreciar su crecimiento en ambos casos y observar la discrepancia entre el número de penas impuestas y el número de penas cumplidas.

Mediante la integración de datos procedentes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives hemos tratado de elaborar una tabla que permita obtener una idea general del grado de aplicación del TBC (resoluciones judiciales recibidas por la administración y condenas satisfactoriamente cumplidas) en España desde la introducción del TBC en nuestro ordenamiento hasta 2005.

Tabla 3: Aplicación (TBC 1996-2005) en todo el ámbito territorial español, según distribución competencial.

	Total		DGIP		SGMOMPA	
	Resoluciones recibidas	Cumplidas en TBC	Resoluciones recibidas	Cumplidas en TBC	Resoluciones recibidas	Cumplidas en TBC
1996	1	n.d.	1	0	n.d.	n.d.
1997	158	n.d.	81	21	77	n.d.
1998	435	197	251	84	184	113
1999	734	348	453	193	281	155
2000	925	428	619	252	306	176
2001	859	500	615	333	244	167
2002	896	452	661	305	235	147
2003	888	459	633	332	255	127
2004	2.354	669	1.739	470 ⁶	615	199
2005	7.555	n.d.	4.916	n.d.	2639	445

⁶ Hasta noviembre de 2004.

Elaboración propia a partir de Dirección General de Instituciones Penitenciarias (2004:286); FRANSOY (2005:57, 2006:7); VALERO 2005:103; El País (5/03/2006:30); base de datos de la Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives.

De estos datos en abstracto es difícil extraer alguna conclusión más allá de la constatación del modesto número de resoluciones judiciales que imponen su aplicación. Cabe constatar además una importante modificación de las magnitudes correspondientes a 2004, y en particular a 2005; este aumento de penas impuestas responde al impacto de la entrada en vigor de las reformas introducidas por la LO 15/2003, que se produjo en octubre de 2004.

Finalmente, llama la atención el reducido número de resoluciones judiciales que acaban cumpliéndose, que llega hasta un 28% aproximadamente en 2004. La falta de detalle de los datos disponibles, que no permiten discriminar, dentro de los supuestos de resoluciones que han acabado no cumpliéndose, entre los que responden a quebrantamientos, prescripción, ingreso en prisión por otras causas, fallecimiento u otros motivos, impide cualquier conclusión precisa, pero puede afirmarse que existe cierto elemento de irracionalidad en un sistema en que más del 70% de las resoluciones impuestas no se cumplen en sus exactos términos.

3. La siguiente cuestión a dilucidar es por cuál de las posibles vías se impone el TBC: pena directa, pena sustitutiva, RPSIM.

Ni los informes anuales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ni la base de datos de la administración catalana recogen las vías de imposición del TBC, con lo que no es posible discernir de todas las resoluciones judiciales que recibe la administración, cuáles de ellas responden a RPSIM, sustitución o pena directa. Sin embargo, consideramos que los datos expuestos en la siguiente tabla pueden servir para aproximarse a una respuesta:

Tabla 4: Vía de acceso al TBC (2004-2005) en Cataluña:

	2004	2005
Total demandas TBC	615 (100%)	2.639 (100%)
TBC impuesto por delitos de violencia doméstica y de género	242 (39,35 %)	728 (27,59%)
TBC impuesto por delitos contra la seguridad del tráfico	152 (24,72%)	1.241 (47,03%)
Resto infracciones (RPSIM, sustitución, resto penas directas)	221 (35,93%)	670 (25,39%)

Fuente: FRANSOY 2006:7 (elaborada).

Aproximadamente el 75% de demandas de TBC responde en 2005 a delitos relacionados con la violencia de género y la violencia doméstica o a delitos contra la seguridad del tráfico. En ambos casos, el TBC se recoge como pena directa en los correspondientes artículos de la parte especial del CP. Parece, pues, que cuando el legislador ofrece al juez la posibilidad de imponer el TBC como pena directa, y se trata de infracciones de incidencia práctica, el juez hace un mayor uso de la misma (CID/LARRAURI 2002:59).

4. Tomar aisladamente las cifras absolutas de imposición y aplicación de la pena para realizar una valoración carece en buena medida de sentido. Por ello hemos considerado apropiado para realizar esta valoración tomar como marco de referencia dos perspectivas: el punto de vista de la efectividad de las penas alternativas (BOTTOMS 2001) y la perspectiva de un sistema penal reduccionista (CID 1999). Además de permitir una valoración de la trayectoria de la pena, estos referentes deben permitir asimismo formular propuestas conducentes a su mejora.

4'. Existen numerosas formas de valorar la efectividad de las penas alternativas (BOTTOMS 2001:88). Quizá la más extendida es la medición de su capacidad para reducir la reincidencia en comparación con la de las penas de prisión. Como hemos visto en el capítulo II de este trabajo, diversos estudios arrojan resultados positivos en este sentido, apuntando que las penas de trabajos comunitarios tienen una capacidad ligeramente superior a la de la prisión de reducir la reincidencia (entre otros, LLOYD/MAIR/HOUGH 1994; RAYNOR/VANSTONE 1997; MAY 1999; KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000). Al explorar los motivos por los cuales ello es así, se ha apuntado que una mayor percepción de legitimidad de la pena de TBC respecto de la pena de prisión puede ser una respuesta (KILLIAS/AEBI/RIBEAUD 2000:53). A diferencia de lo que sucede en otros lugares, y en particular en el ámbito anglosajón, hasta donde alcanza nuestro conocimiento no existen investigaciones penológicas realizadas acerca del TBC en nuestro entorno que incluyan un seguimiento que permita valorar con certeza la reducción de la reincidencia o que, delimitando previamente los objetivos intermedios relacionados con los concretos programas de ejecución del TBC, valoren en qué grado se satisfacen. Baste aquí apuntar la existencia de un estudio en preparación (LUQUE/TORRES, en curso) que parece apuntar que la reincidencia de los

sujetos a penas alternativas, en particular a TBC, es menor que la de los penados a prisión⁷.

4''. La segunda perspectiva que proponemos para valorar la aplicación del TBC es la perspectiva de un modelo penal reduccionista y razonable (CID 1999). La función propia del TBC en un sistema penal reduccionista debe dirigirse principalmente a la minimización del recurso a la prisión: no a sustituir otras penas alternativas de menor gravedad ni a contribuir a expandir el ámbito del control penal. De acuerdo con este punto de vista, intentaremos valorar en qué grado el TBC tal como ha sido configurado normativamente y aplicado en la práctica contribuye efectivamente a la creación de un sistema penal razonable, qué factores explican que sea así, y qué reformas serían necesarias en su caso para permitir esa contribución.

Cabe mencionar que en la mayoría de ordenamientos en que ha sido significativamente aplicado, el TBC no ha contribuido a reducir el recurso a la prisión; lo que ha tendido a suceder es que, paralelamente al aumento de la tasa de encarcelamiento, han aumentado también el número de penas alternativas impuestas, y con ellas, las de TBC. Esto es, por ejemplo, lo sucedido en Inglaterra y Gales, donde el crecimiento de las *community service orders* coincide con una importante reducción de la imposición de la multa y la suspensión de condena, en consonancia con la filosofía según la cual las penas comunitarias deben imponer demandas rigurosas a los penados (ASHWORTH 2001:70-71). En la misma línea se observa que en Holanda, por ejemplo, mientras el 45 o 50% de las penas de TBC impuestas sustituyen efectivamente penas de prisión de hasta seis meses, entre un 30 y un 45% de los casos restantes se produce el efecto de *net widening*, de extensión del control penal, imponiéndose el TBC por delitos igual o menos graves que los castigados con otras penas alternativas (TAK 2001:168).

Una notable excepción a esta tendencia ha sido Finlandia, donde la introducción de la pena de trabajos comunitarios (experimentalmente en 1991, y a nivel global en 1994) ha estado directamente vinculada a la reducción de la población penitenciaria (LAPPI-SEPPÄLÄ 2004:9). En ese país, cuyo sistema penal ha sido descrito como 'neoclásico humanista' y la política criminal desde los años 1970 se ha orientado en buena medida al fin de minimizar los costes y los efectos dañosos tanto del

⁷ De acuerdo con este estudio, la reincidencia de los penados a TBC es de un 16,1 %, mientras que la reincidencia penitenciaria de los penados a prisión es de 37,4 % (Eulàlia LUQUE, Núria TORRES, comunicación personal). Si los grupos de penados estudiados en esta investigación fueran comparables, lo que no sucede, estos resultados serían significativos.

delito como del control del delito, la introducción del TBC se produjo con una clara orientación reduccionista (LAPPI-SEPÄLÄ 2004:3).

En la valoración sobre si el TBC ha sido configurado en España para sustituir el recurso a la prisión, y en su caso si en la práctica está desarrollando esta función, deben distinguirse en nuestra opinión dos momentos, un primer momento que se extiende desde la entrada en vigor del CP 1995 hasta su reforma operada mediante la LO 15/2003, y un segundo momento que se inicia con la entrada en vigor de dicha reforma y continua hasta la actualidad, pues en ambas etapas el ámbito de aplicación del TBC resulta claramente distinto.

a) En la redacción original del CP 1995, el margen de actuación concedido al TBC fue muy reducido: esta sanción tenía capacidad de sustituir las penas de AFS impuestas directamente y de constituir una forma de cumplimiento de la RPSIM.

La pena de AFS no se imponía directamente de forma mayoritaria en la parte especial del CP, ni castigaba infracciones frecuentes; por otra parte su aplicación fue muy reducida; la capacidad sustitutiva de la prisión por parte del AFS, era por ello muy limitada. Consecuentemente, este ámbito de aplicación del TBC sustitutivo del AFS, ni teórica ni prácticamente amplio, pudo incidir, ni siquiera indirectamente mediante la sustitución de una pena a su vez alternativa, en una disminución del recurso a la prisión.

Respecto del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM, los datos disponibles apuntan que la reacción más frecuente en el sistema español frente al impago de multa es la pena privativa de libertad, cumplida en prisión, que se impone en el 56,5 % de los supuestos; en el resto de casos se impone mayoritariamente la suspensión (40,5%) y en menor proporción el arresto domiciliario (2%); el TBC en este contexto no ha resultado eficaz para evitar los ingresos en prisión, habiéndose aplicado únicamente en un 1% de los casos de impago de multa (CID/LARRAURI 2002:88-89).

En conclusión, en el periodo de tiempo entre la introducción del TBC en el CP 1995 y la entrada en vigor de las reformas de 2003, la aplicación del TBC no produjo ningún efecto de reducción del recurso a la prisión.

b) Entre la entrada en vigor de las reformas aprobadas en 2003 y 2005 los datos traducen un importante aumento de la aplicación del TBC, explicable por el aumento del ámbito de aplicación de la pena operado por la LO 15/2003 que tenía entre sus objetivos, como reza su exposición de motivos, la potenciación de esta sanción; sin

embargo, como hemos apuntado, no estamos valorando estas cifras en términos absolutos, sino en términos de su capacidad de reducir el uso de la prisión. Intentaremos, en las líneas que siguen, valorar si la regulación y la aplicación del TBC de acuerdo con la nueva normativa permitirá reducir las penas de prisión, al tiempo que formularemos propuestas que en nuestra opinión pueden contribuir a potenciar el fin reduccionista del TBC.

La LO 15/2003 ha mantenido la función del TBC como *forma de cumplimiento de RPSIM*, y no ha modificado sustancialmente la regulación de la materia. Ello permite aventurar que la prisión seguirá manteniendo en este ámbito un papel protagonista (VARONA 2004:6).

Nuestra propuesta para aumentar la capacidad del TBC de sustituir el recurso a la prisión en este ámbito consiste en introducir de forma expresa en el CP la prioridad del TBC como forma de cumplimiento de la RPSIM. De este modo, ante un impago voluntario de una multa junto con la inviabilidad de cobrar por vía de apremio, el juez deberá decretar el cumplimiento de la responsabilidad sustitutoria mediante TBC, siempre y cuando medie el consentimiento del penado y el TBC resulte una sanción adecuada para el mismo (lo que el juez valorará gracias a un informe social); el número de horas a cumplir debe fijarse de acuerdo con la proporcionalidad con la infracción cometida, prescindiendo de criterios de conversión rígidos (CID/LARRAURI 2002:120). Consideramos oportuna, asimismo, la introducción de la posibilidad de imponer un programa de rehabilitación en libertad para los supuestos en que el TBC no resulte una pena adecuada. De acuerdo con estas propuestas, únicamente cuando el reo rechace la imposición del TBC o el programa de tratamiento, o incumpla ambos mientras se están ejecutando, deberá recurrirse a la privación de libertad (CID/LARRAURI 2002:120).

En segundo lugar, la LO 15/2003 introduce por primera vez la posibilidad de *sustituir penas de prisión por TBC*. Esta novedad debe inicialmente valorarse de forma positiva desde un punto de vista reduccionista: cada vez que se aplique un TBC sustitutivo en principio se estará evitando un ingreso en prisión.

Sin embargo, esta valoración inicial debe matizarse. Por una parte, (1) únicamente cuando el TBC se cumpla de forma satisfactoria se producirá un auténtico efecto sustitutivo, pues su incumplimiento representa, de acuerdo con la regulación

actual el regreso inmediato a la pena de prisión inicialmente impuesta; en estos casos, pues, no se estará logrando ningún efecto reduccionista.

Por otra parte, (2) el CP sólo prevé la sustitución de penas de prisión de hasta un año y excepcionalmente, junto con la multa, de hasta dos años de duración; aunque este límite coincide con los más extendidos en derecho comparado, y en ocasiones resulta más generoso, debe tenerse en cuenta que el punto de partida en nuestro CP lo constituyen a menudo penas de excesiva severidad. Efectivamente, el CP castiga con penas excesivamente graves un buen número de infracciones, entre las cuales se encuentran las más representadas en los juzgados de lo penal, como algunos delitos contra la propiedad o el tráfico de drogas (CID 1999:131). Una regulación de la función sustitutiva del TBC en clave reduccionista debe abarcar este tipo de delincuencia, muy frecuente en la práctica pero que no puede considerarse grave.

Otro matiz (3) a añadir a la inicial valoración positiva de la función sustitutiva del TBC es que, en general la institución de la sustitución halla un importante escollo en la práctica. Como apuntan CID/LARRAURI (2002:72-73, 83, 106-107), los jueces no tienden a utilizar la sustitución, incluso para aquellos sujetos que en el momento de la ejecución de la condena se encuentran en libertad: las penas alternativas se aplican minoritariamente a personas con antecedentes vivos (y a las personas sin antecedentes se les aplica mayoritariamente la suspensión).

Recapitulando, parece, pues, que la inicial valoración positiva de la función del TBC como sustitutivo de la prisión no se sostiene ante el hecho que el CP castiga con penas excesivamente largas numerosos delitos, excluyéndolos así del ámbito de aplicación de la sustitución, y ante una práctica judicial que en contadas ocasiones recurre a este mecanismo alternativo.

Ante la situación expuesta caben varios tipos de propuestas; en primer lugar, aquéllas que apuntarían a una reforma legal que racionalizara, reduciéndola, la gravedad de estas penas directas, de modo que tendría sentido limitar la posibilidad de sustitución a penas de prisión de hasta uno o dos años.

En segundo lugar, aquellas propuestas que apuntarían a ampliar el margen de maniobra de la sustitución para pasar a incluir penas de prisión de hasta tres (CID/LARRAURI 2002:117) o hasta cinco años (TORRES 2005, pendiente de publicación). El legislador recoge en el artículo 33 CP tanto al TBC (de 31 a 180 días) como a la pena de prisión de tres meses a cinco años como pena menos grave, con lo

que parece que las considera hasta cierto punto equivalentes, por lo que deberían ser sustituibles entre sí.

En tercer lugar, y como forma de ampliar la incidencia práctica de la sustitución, además de la ampliación del ámbito temporal de la sustitución, debería introducirse la obligación de decidir de oficio acerca de la sustitución, generalizándose de este modo el sistema seguido en los juicios rápidos (CID 2004:222).

Finalmente, la eliminación de los criterios de conversión rígidos y su sustitución por un mínimo y un máximo legal razonables dentro de los cuales el juez pudiese determinar la proporcionalidad con la pena sustituida, conduciría a penas de TBC con mayores posibilidades de ser cumplidas en la práctica, lo que en última instancia reduciría eventualmente el retorno a la pena de prisión (por incumplimiento).

Al prever el TBC como *pena directa*, el legislador que busque configurar un sistema penal reduccionista y racional debe ser especialmente cuidadoso y vigilar que el TBC previsto sea proporcional a las infracciones a las que corresponda y reemplace penas de prisión y no otras sanciones alternativas. En las líneas que siguen intentaremos decidir si esto es lo que sucede con las actuales previsiones del TBC en la parte especial del CP.

En todos aquellos casos en que se recoge en relación con la violencia de género y con la violencia doméstica, el TBC se prevé como pena directa opcional a la prisión. Inicialmente esta valoración podría ser positiva, pues significa que cada vez que se imponga TBC en uno de estos supuestos se estará evitando la imposición de la prisión.

Sin embargo, si atendemos a la evolución legislativa de estos preceptos (arts. 153, 171 y 172 CP), en particular sus transformaciones mediante las LO 11/2003, 15/2003 y 4/2004, se evidencia que en buena medida suponen la elevación de ciertas infracciones de la categoría de faltas a la de delitos, y el paso de penas leves a penas menos graves; en este sentido, el TBC participa aquí de un proceso de inflación punitiva. Esta inflación punitiva se manifiesta tanto en la introducción de penas de prisión para estos supuestos como en la previsión de penas de trabajos comunitarios que pueden dilatarse hasta las 640 horas, más del doble del máximo previsto en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno. Se trata de un TBC, en su cuantía máxima, tanto desproporcionado con la infracción cometida como poco viable en términos de gestionar su ejecución, por lo que difícilmente podrá considerarse razonable.

Por su parte, el TBC ha pasado a sustituir al AFS en el delito de hurto de uso de vehículos a motor, aumentándose además notablemente la penalidad en este

supuesto: la valoración inicialmente positiva que podría suponer la sustitución de una pena privativa de libertad que ha desaparecido por TBC viene contrarestada por un aumento notable de la gravedad de la pena, por lo que no puede valorarse positivamente desde un punto de vista reduccionista.

En el caso de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se produce también un notable aumento punitivo, introduciéndose la posibilidad de castigar con prisión conductas que hasta la reforma no se consideraban merecedoras de la misma. Por lo que se refiere al TBC, tal como ha sido configurado este precepto difícilmente desarrollará aquí ninguna función de reducción del recurso a la prisión, pues se impondrá, en su caso, *además* de otra pena alternativa (en todo caso, parece que la función reductora de la prisión corresponde aquí a la multa). El TBC se limita aquí a añadir un contenido punitivo extra, favorecido quizá por la aplicación preventivo especial que pueda dársele y sin duda facilitado por la ambigüedad del legislador acerca de su contenido punitivo, que en ocasiones toma en consideración pero en otras situaciones, como aquí, parece valorar ligeramente.

Por lo que respecta a las faltas, el TBC sería en el modelo que hemos intentado configurar una sanción de excesiva gravedad para castigarlas. En algunos casos, además, se introduce la posibilidad de imponer un TBC para conductas que con anterioridad no estaban penalizadas (la falta de incumplimiento de obligaciones familiares, o el corte, tala o recolección de flora amenazada sin grave perjuicio al medio ambiente), lo que vuelve a suponer la utilización de una pena no precisamente benigna en un proceso de expansión del derecho penal.

Después de este repaso, y a pesar de la apariencia positiva que pueda otorgarle la opcionalidad respecto de la pena de prisión que se recoge en algunos artículos, sólo cabe concluir que la introducción en la parte especial del TBC por parte del legislador durante 2003 y 2004 ha sido inflacionista.

De acuerdo con lo anterior y volviendo al contenido de la tabla 4, no parece que el importante aumento de sanciones de TBC impuestas durante 2004 y 2005 corresponda a penas de prisión que han dejado de imponerse, por lo que deberán dedicarse renovados esfuerzos a este fin.

6. ANEXO. EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN EL ORDENAMIENTO BRITÁNICO

Sin ánimo de exhaustividad, este anexo pretende ayudar al lector a situar las referencias que a lo largo de este trabajo se realizan sobre la pena de trabajos comunitarios en el ordenamiento británico.

6.1. INTRODUCCIÓN DE LA SANCIÓN

El proceso inmediato que condujo a la introducción de las *community service orders* en el elenco de penas disponibles para los jueces ingleses y galeses se dilató siete años, y se divide tradicionalmente en seis etapas:

1. El llamado Informe Wooton, que propone entre otras modificaciones la introducción de los servicios comunitarios como sanción penal para adultos;
2. Los trabajos realizados por el grupo del Home Office sobre *community service by offenders*;
3. El *Criminal Justice Bill*, proyecto de ley presentado al Parlamento en que se recoge la posibilidad de introducir la sanción;
4. La tramitación parlamentaria del proyecto;
5. El *Criminal Justice Act* de 1972, que recoge la posibilidad de imponer los trabajos comunitarios como sanción penal; y
6. Los preparativos en cada una de las zonas experimentales tendentes a facilitar la puesta en marcha de la pena y evaluar su funcionamiento (PEASE/McWILLIAMS 1980:6).

A estas fases cabría añadir la extensión de la aplicación de la pena a la generalidad del territorio de Inglaterra y Gales mediante el *Powers of Criminal Courts Act 1973*.

1. El 'Informe Wooton'

En 1966 el gobierno británico preocupado, y “deseoso de mostrar su preocupación”, acerca de los costes sociales y económicos del encarcelamiento, y con dudas respecto de la efectividad de la prisión creó en 1966 el *Advisory Council on the Penal System* (Consejo Asesor sobre el Sistema Penal)¹ (MENZIES/VASS 1989:204). Ante la necesidad de buscar nuevas alternativas a la prisión, el *Home Secretary* del gobierno

¹ Sobre la creación y el funcionamiento del *Advisory Council on the Penal System*, ver HOOD (1974).

laborista, Roy Jenkins, requirió del Consejo Asesor un estudio sobre el abanico de penas y medidas no privativas de libertad que podrían introducirse con ese fin; para elaborar el estudio, el Consejo Asesor designó un Subcomité, presidido por la baronesa Barbara Wooton, y tradicionalmente designado como Comité Wooton.

Con el fin de elaborar su estudio, el Comité Wooton celebró numerosas reuniones de trabajo y entrevistas con jueces y magistrados así como visitas al extranjero y solicitudes de información escrita a otros países sobre su sistema de alternativas a la prisión (HOME OFFICE 1970:1). Un buen número de los jueces y magistrados entrevistados expresaron su opinión que las posibilidades punitivas que tenían a su alcance eran excesivamente limitadas, de modo que a menudo acababan imponiendo penas de prisión no tanto por considerarlas apropiadas sino más bien por falta de una alternativa mejor entre una multa, pena no suficientemente gravosa y la prisión, excesivamente severa (HOME OFFICE 1970:3). Por otra parte el Subcomité se pudo beneficiar de las experiencias llevadas a cabo en centros de detención de Nueva Zelanda, la experiencia del jueces alemanes, especialmente Holzschuh desde 1953 y del programa iniciado en Alameda County (California), Estados Unidos 1966.

El Consejo Asesor produjo como resultado en 1970 el *Report on Non-Custodial and Semi-Custodial Penalties*² (*Informe sobre Penas No Privativas de Libertad y de Semi-Libertad*), citado más a menudo como ‘Informe Wooton’. En el Informe se pone de manifiesto que además de la finalidad de evitar el ingreso en prisión, la tarea del Subcomité se dirige a la búsqueda de formas de “persuadir [a los delincuentes] de cambiar su actitud respecto a la sociedad”; y es en este último sentido que realiza su propuesta mas “imaginativa y esperanzadora”, el *community service order* (HOME OFFICE 1970:v).

El Informe propone la introducción inmediata de nuevas penas o medidas y la modificación de algunas existentes; otras propuestas son algo más cautas, recomendando la experimentación previa de algunas penas para valorar la conveniencia de su introducción, como en el caso de las *community service orders*; el Informe subraya la necesidad de llevar a cabo investigaciones empíricas para evaluar cada una de las innovaciones que pretendan introducirse (HOME OFFICE 1970:2).

² Además de sobre la pena objeto de estudio (capítulo 3), el Informe contiene propuestas y comentarios sobre distintas cuestiones: penalidad en relación con mujeres delincuentes (capítulo 1), la multa (capítulo 2), aplazamiento de condena (capítulo 4), centro de día para adultos y medidas de tratamiento análogas (capítulo 5), inhabilitaciones y confiscación (capítulo 6), privación de libertad intermitente (capítulo 7) y *probation* (capítulo 8) (HOME OFFICE 1970:22-65).

Las propuestas relativas al servicio comunitario se recogen en los párrafos 30 a 63 (HOME OFFICE 1970: 12-21), y pueden resumirse del siguiente modo:

1. Se propone la imposición a penados de la realización de un determinado número de horas de servicio comunitario en su tiempo libre en los casos en que ello se considere apropiado;
2. La gestión de esta pena debería corresponder al *Probation and After-Care Service*, que debería apoyarse básicamente en entidades de voluntariado al servicio de la comunidad para la provisión de los puestos de trabajo³;
3. La pena de servicios comunitarios no debería limitarse a delincuentes que han cometido infracciones punibles con prisión o a ningún grupo de edad en particular; debería ser posible combinar esta pena con la *probation*, pero no con la multa como castigo a una misma infracción, y debería poderse imponer en supuesto de impago de multas en sustitución de la prisión;
4. Antes de imponer una pena de servicios comunitarios el tribunal debería disponer de un ‘informe social’ acerca del penado gracias al cual poder valorar si el sujeto es capaz de llevar a cabo ese servicio, pues sería arriesgado y poco razonable ocupar el tiempo de ocio de un individuo sin conocer sus circunstancias u obligaciones domésticas (WOOTON 1973:17); el tribunal debería asimismo asegurarse que el penado consiente a la imposición de la pena y que es de esperar una actitud cooperativa por su parte en la ejecución de la misma; estas propuestas se fundamentaron en la voluntad de no contradecir disposiciones internacionales contra los trabajos forzados, además de la consideración práctica de la necesidad de contar con la colaboración activa del penado para la ejecución de esta pena (WOOTON 1973:17);
5. La cuestión de cuánta información sobre el penado debe revelarse, y a quién, debe ser objeto de discusión concreta (caso por caso si es necesario) entre las entidades implicadas;
6. Si es posible, los penados deberán desempeñar sus tareas al lado de voluntarios no delincuentes, con la esperanza que la asociación entre el penado y el trabajador voluntario “pueda tener un efecto favorable en las actitudes sociales

³ Las razones esgrimidas para la elección del Servicio de *Probation* para gestionar la ejecución de la pena fueron que el Servicio disfrutaba de una extensa red de oficinas locales, buenas relaciones con los tribunales y de la tradición de trabajar en la comunidad; subyace a todo ello la preocupación del Servicio de conjugar su tradicional dedicación a la *probation*, percibida más bien como trabajo social, y el castigo que indudablemente la nueva pena representa (MENZIES/VASS 1989:205).

de por lo menos algunos de los que trabajan junto a ellos” (WOOTON 1973:18); por otra parte, esta asociación debería “promover que el público entendiera que la intención del programa no es humillar, ni incluso castigar, sino promover un sentido de la responsabilidad social” (WOOTON 1973:18). Por otra parte, pero nunca de forma preferente, también habrá lugar para proyectos de servicios comunitarios llevados a cabo exclusivamente por penados.

7. Debería ser posible la imposición de los servicios comunitarios bien como requisito de una condena de *probation* bien como pena autónoma (pena en sí misma)⁴;
8. Es necesaria la elaboración de legislación sobre la pena, así como al principio la creación de centros piloto para comprobar sus posibilidades de funcionamiento. La posibilidad de imponer penas de servicios comunitarios debería limitarse a aquellos supuestos en que los tribunales han sido informados de que existen los medios y la infraestructura adecuados para su ejecución;
9. Desde el principio debería procurarse el seguimiento mediante estudios de todo el proyecto (HOME OFFICE:1970:67).

La recepción del Informe Wooton, y en especial su propuesta en relación con los servicios comunitarios, recibió de inmediato una acogida entusiasta en los círculos políticos (WOOTON 1973:16). Muchas de las cuestiones y problemas que apunta el Informe se repetirán más tarde en los trabajos parlamentarios, y muchos de ellos (consentimiento, finalidad de la pena, papel de los voluntarios) han acabado constituyéndose en los temas centrales en la discusión teórica y la de los agentes del *Probation Service* responsables de la ejecución (FRAYNE 1993:18).

La principal objeción que puede hacerse al trabajo del Subcomité, más allá de la crítica a sus concretas propuestas, es que “no proporcionó ningún análisis en apoyo de sus propuestas en términos de conocimiento criminológico y penológico”, de modo que sus conclusiones acabaron basándose más bien en una serie de asunciones no

⁴ Se trata claramente de una solución de compromiso, pues algunos de los miembros del Subcomité consideraban que, por lo menos durante la primera fase experimental, sería más sencillo gestionar la medida como extensión del marco de la *probation*, ya que ello permitiría el recurso al procedimiento establecido para supuestos de incumplimiento, contando con la maquinaria de control y apoyo necesaria. Otros consideraban que en muchas ocasiones aquellas personas merecedoras de una pena de servicios comunitarios no eran merecedoras de cambio, ni siempre necesitarían (en términos de su rehabilitación) una condena a *probation*, y que usar el servicio comunitario como requisito de la *probation* podía resultar un modo de endurecer la *probation*. Al final se consideró que debería adoptarse la solución de compromiso, dar a los tribunales la opción de elegir en cada caso (YOUNG 1979:20).

explicitadas y no correctamente fundadas: sus recomendaciones se fundaban en ideología, más que en consideraciones estrictamente criminológicas o criterios científicos (HOOD 1974:412, 417). En esta línea, se pone de manifiesto que el Subcomité no se detuvo a discutir para qué tipo de delincuentes se consideraba adecuada esta pena, el criterio para determinar la duración de la misma (proporcionalidad o necesidades preventivo especiales) o a determinar un fundamento sólido para la pena (HOOD 1974:414-415).

2. El Informe del Grupo de Trabajo del *Home Office* sobre *Community Service by Offenders*.

Con el fin de valorar, a la luz de las recomendaciones del Informe Wooton, los problemas prácticos que la introducción de la *community service order* supondría y el tipo de infraestructura que debería ponerse en marcha a fin de posibilitar su ejecución el *Home Office* creó un Grupo de Trabajo Específico.

Sus propuestas suponen un primer 'filtro' político al proyecto del Comité Wooton, y van perfilando el contenido de la propuesta parlamentaria y la regulación finalmente aprobada (PEASE/McWILLIAMS 1980:7-8; VASS 1984:28); las principales son las siguientes:

1. Únicamente podría imponerse una pena de *community service* a los condenados por un delito castigado con pena de prisión (frente a las propuestas del Informe Wooton, que no limitaban la función de la pena en este sentido);
2. La pena no podrá imponerse en supuestos de impago de multa (contrariamente a lo que sucedía con el Informe Wooton);
3. Se apoya una pena autónoma de servicio comunitario, pero no una pena de *probation* a la que se suma el requisito de ese servicio (contrariamente a lo que sucedía en el Informe Wooton);
4. Las penas deberían tener una duración entre las 40 y las 120 horas de trabajo;
5. El Informe subraya la necesidad de un informe social previo a la imposición de la pena;
6. el Informe subraya la necesidad del consentimiento del penado.

El Grupo de Trabajo del *Home Office* sitúa más claramente a la pena entre las alternativas a la prisión, superando la indefinición al respecto del Informe Wooton, aunque paradójicamente limita su potencial reductor del uso de la prisión impidiendo que pueda sustituirla cuando se impone por impago de multa.

3. *Criminal Justice Bill* de 1971

El contenido del proyecto de ley se basa mayoritariamente, por lo que se refiere a las propuestas alrededor de la pena de servicio comunitario, en las conclusiones del Grupo de Trabajo del *Home Office*. Se introdujeron, sin embargo, algunas modificaciones respecto de estas últimas (PEASE/McWILLIAMS 1980:8-9; VASS 1984:28-29):

1. El límite superior de horas de trabajo a imponer se elevó de 120 a 240, debiéndose cumplir en el plazo máximo de un año (hasta ese momento se habían propuesto máximos de 120 horas a cumplir en el máximo de seis meses);
2. El Proyecto propone la imposición de la pena en supuestos de impago de multa, como alternativa a la prisión, lo que ya había apoyado el Informe Wooton, pero no el Grupo de Trabajo del Home Office ;
3. El Proyecto propone la imposición de la pena en supuestos de incumplimiento de una pena de *probation*.

El gobierno justificó las modificaciones introducidas como modo de procurar a los tribunales la máxima discrecionalidad posible a la hora de determinar la severidad de la sanción y su lugar en la escala de gravedad de las penas. En especial, el aumento a 240 horas pretendía demostrar que no se trataba de una sanción ‘blanda’, sino con un contenido punitivo suficiente (VASS 1984:28); esta argumentación se repetirá a lo largo de la tramitación parlamentaria.

4. Tramitación parlamentaria de la *Criminal Justice Bill* (1971-1972)

En el contexto de un clima marcado por el aumento de la criminalidad y la superpoblación penitenciaria, la defensa parlamentaria del proyecto de ley por parte del Gobierno, y en particular por el *Home Secretary* se centró en la pena como alternativa válida a la prisión en casos de delitos menores no violentos; de este modo, la prisión quedaría reservada a delitos en los que concurra violencia (PEASE/McWILLIAMS 1980:9).

Los trabajos parlamentarios estuvieron marcados por el entusiasmo y la predisposición general a la introducción de una sanción suficientemente dura pero no degradante (PEASE/McWILLIAMS 1980:9; FRAYNE 1993:19).

Las discusiones, preguntas y aclaraciones en los distintos momentos de la tramitación parlamentaria se centraron especialmente en los siguientes aspectos⁵:

1. Si la nueva pena sería o no una alternativa/sustitutiva a la prisión; el gobierno logró apoyo a su postura favorable arguyendo que si los tribunales disfrutasen de suficiente flexibilidad y de la posibilidad de imponer largas horas de trabajo, la pena constituiría una alternativa creíble (VASS 1984:29);
2. La necesidad de la prestación del consentimiento, concluyéndose que la imposición de la pena sin el mismo atentaría a la Convención Europea de Derechos Humanos (FRAYNE 1993:20);
3. Se subrayó la necesidad que las tareas a desempeñar por los penados fueran tales que de otro modo no se hubieran llevado a cabo y para la realización de las cuales no se podía emplear trabajadores asalariados (asegurándose así que no se estarían ocupando puestos de trabajo);
4. Se discutió la duración temporal de la pena, proponiéndose la eliminación de la duración mínima de la misma y la fijación de un límite máximo de 120 horas: 40 horas serían excesivas para determinadas infracciones, y un límite máximo elevado provocaría índices de incumplimiento demasiado altos (PEASE/McWILLIAMS 1980:10).
5. Como eco del contenido del Informe Wooton, el debate parlamentario puso de manifiesto que buena parte del atractivo de la sanción consistía en su capacidad para satisfacer diversas filosofías y objetivos penales: reducción del recurso a la prisión; cambio de actitudes de los penados; reparación a la comunidad; medio para proporcionar respeto de los penados a sí mismos y sentido de la responsabilidad social (PEASE/McWILLIAMS 1980:9; VASS 1984:29).

Las principales modificaciones introducidas en la regulación de la pena durante la tramitación parlamentaria del proyecto en ambas cámaras fueron:

1. La introducción de la obligación de los tribunales de explicar al penado la finalidad, efectos y contenido de la pena, las consecuencias de su

⁵ Para una discusión más detallada ver PEASE/McWILLIAMS 1980:9-11).

incumplimiento y la posibilidad de revisar la condena si lo solicita el penado o el agente de *probation* competente;

2. La previsión de la creación de una comisión de seguimiento de la pena, la mitad de cuyos miembros serían ajenos al Servicio de *Probation*, que velaría por su correcta aplicación y resolvería los conflictos planteados en la práctica (por ejemplo los relativos a los trabajos a desempeñar, asegurándose que no constituirían trabajo potencialmente remunerable).
3. La atribución al *Crown Court* de la competencia para imponer una multa con la obligación de continuar el cumplimiento de la pena de *community service* en caso de incumplimiento, algo que ya podían hacer las *Magistrate Courts* de acuerdo con el *Bill*.

5. El *Criminal Justice Act* de 1972

A la vez que buscaba solucionar la crisis provocada por la superpoblación carcelaria, el *Criminal Justice Act* de 1972 también responde a una búsqueda de sanciones de suficiente severidad; esta legislación “permitiría al Gobierno conservador reducir la presión sobre la población carcelaria ... al mismo tiempo que les permitiría seguir afirmando su mano dura con el delito” (KILCOMMINS 2002:516-517).

El *Act* reflejaba el proceso de bifurcación descrito en la defensa parlamentaria del proyecto por el *Home Secretary*: para abordar el problema del crecimiento de la delincuencia violenta se propone la introducción de nuevas medidas basadas en dos principios: el primero es que los autores de delitos violentos deberían ser castigados con severidad, y el segundo es que aquellos delitos que no comportan violencia deberían, hasta donde es posible, ser castigados con penas distintas a la prisión (Debates Parlamentarios de la Cámara de los Comunes 1971:826, 976).

Siguiendo el esquema de esta bifurcación, entre las medidas ‘duras’ contenidas en la nueva legislación cabe mencionar el endurecimiento de la regulación en relación con el uso de armas de fuego (sec. 28.2 y 3); el aumento de las competencias de los tribunales en relación con la imposición de la obligación de compensar (sec. 1); con ello la ley contribuyó a la extensión de mecanismos de control, bien mediante el endurecimiento de las penas existentes, bien proporcionando a los tribunales la posibilidad de añadir a las mismas otras medidas nuevas (KILCOMMINS 2002:519).

Pero por otra parte, la nueva legislación contiene fórmulas de desarrollo de penas no privativas de libertad, como las *deferred sentences*, los centros de tratamiento

médico para alcohólicos, centros formativos de día como parte de las penas de *probation* o la introducción de las penas de *community service*.

Así, la introducción de los trabajos comunitarios como sanción penal en la legislación británica se entendió como una medida pragmática en un contexto de altos índices de delincuencia y crecimiento de la población penitenciaria, una pena más dura que la *probation*, sin una reflexión criminológica y penológica previa sobre su efectividad o su sentido dentro del sistema de sanciones (KILCOMMINS 2002:519-521).

En particular, la regulación del TBC contenida en el *Criminal Justice Act 1972* es básicamente la siguiente:

1. Puede imponerse un número determinado de horas, entre 40 y 240, de trabajo no remunerado a una persona mayor de 17 años que haya cometido una infracción punible con una pena de prisión (sec. 15.1); las horas impuestas deberán cumplirse en el plazo de un año desde que se dicta la sentencia (sec. 16.2);
2. Para poder imponer la pena el tribunal debe recabar el consentimiento del penado, disponer de un informe del agente de *probation* sobre el sujeto y sus circunstancias, y si lo cree necesario oír al agente para asegurarse que la persona es adecuada para cumplir la pena; y asegurarse asimismo que existe la infraestructura necesaria para el cumplimiento de la pena (sec. 15.2);
3. El número de horas impuestas por penas de *community service* correspondientes a dos o más infracciones no puede superar el máximo estipulado (sec. 15.3);
4. La sentencia debe especificar la zona en que deberá ejecutarse la pena, y los responsables de la gestión de esa ejecución serán los técnicos (agentes de *probation*) de la zona (sec. 15.4);
5. El tribunal que imponga la pena deberá trasladar copias de la sentencia al Servicio de *Probation* competente, que a su vez dará copia al penado y al agente responsable (sec. 15.5);
6. Antes de imponer una pena de CS el tribunal debe explicar al penado en lenguaje que pueda entender:
 - i. la finalidad y efecto de la pena y las obligaciones que conlleva;
 - ii. las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones;
 - iii. la posibilidad que tiene el tribunal de revisar la pena a solicitud del penado o del agente de *probation* (sec. 15.9);
4. El penado tiene las siguientes obligaciones:

- i. Estar en contacto con el agente competente y posteriormente notificarle cualquier cambio de dirección;
 - ii. desempeñar durante el número de horas especificado en la sentencia el trabajo que el agente competente determine, en el horario que se fije (sec. 16.1);
5. En la medida de lo posible las obligaciones descritas deben ser compatibles con las creencias religiosas del penado, y en su caso su horario de trabajo o de asistencia a centro educativo (sec. 16.3);
6. Si el juez competente tiene conocimiento del incumplimiento de alguna de las obligaciones del penado (sec. 16), puede citarlo para que comparezca en un determinado lugar y hora o si se dan las condiciones, determinar su detención (sec. 17.1 y 2); si determina que ha incumplido con cualquiera de sus obligaciones sin causa justificada, el tribunal puede, sin perjuicio de la continuación de la ejecución de la pena, imponer una multa o bien:
 - i. si la pena fue impuesta por un *Magistrates' Court* (jueces legos, infracciones menos graves), revocar la pena y volver a determinar otra pena adecuada a la infracción originalmente cometida, como se hubiese hecho si la pena de *community service* no se hubiese impuesto;
 - ii. si la pena fue impuesta por el *Crown Court* (jueces profesionales, infracciones más graves), determinar su ingreso en prisión (prisión preventiva) o ponerlo en libertad bajo fianza hasta que pueda aparecer ante el tribunal, que podrá bien disponer la imposición de una multa, sin perjuicio de la continuación del cumplimiento de la pena o bien revocar la pena y disponer que se imponga otra distinta adecuada al delito cometido por el que se impuso el *community service* (sec. 17.3 y 4)
7. A instancia del penado o del agente de *probation* responsable, el juzgado competente puede, en el interés de la justicia y de acuerdo con circunstancias aparecidas desde la imposición de la pena: extender el plazo de cumplimiento de la misma más allá de 12 meses, revocar los trabajos comunitarios, o revocarlos e imponer una pena que pudo haber correspondido a la infracción original de no haberse optado por aquéllos (sec. 18.1, 2 y 3);

8. Finalmente, se contienen disposiciones sobre el procedimiento a seguir en supuestos de cambio de residencia (18.4, 5 y 6)

El Act recibió la aprobación real el 26 de octubre de 1972, y en diciembre de ese mismo año el *Home Office* notificó a los tribunales competentes de Londres, Nottinghamshire y Shropshire la posibilidad de imponer esta pena a partir de 1 de enero de 1973.

6. Preparativos en las zonas experimentales

En abril de 1972 empezaron las reuniones entre los agentes de *probation* de rango superior y el *Home Office* para organizar los programas piloto en las zonas designadas. Originariamente se habían seleccionado cinco zonas de *probation* sobre la base de su variedad geográfica, que contenían tanto áreas rurales como urbanas, y grupos de voluntarios más o menos desarrollados: Durham, Inner London, Kent, Nottingham y Sur-este de Lancashire. A estas zonas se añadió Shropshire, pues podía ofrecer de entrada puestos de trabajo para penados en el museo local (PEASE/McWILLIAMS 1980:9-11; FRAYNE 1993:20).

Los trabajos preparatorios consistieron, además de la designación de agentes de *probation* de alto rango para dirigir los trabajos, en contactos preliminares con entidades que pudieran proporcionar puestos de trabajo para penados, en la constitución de comités con el fin de resolver colegiadamente los problemas que iban surgiendo, la realización de estudios sobre la viabilidad de los programas en las distintas zonas, y el traslado de información, verbal y escrita, a los tribunales y los agentes de *probation* sobre el funcionamiento de la pena (PEASE/McWILLIAMS 1980:11; FRAYNE 1993:20). A pesar de estas tareas comunes, ya durante el periodo inicial cada una de las zonas experimentó dificultades específicas y dio su peculiar orientación al programa y a la concreta ejecución de la pena⁶ (PEASE/McWILLIAMS 1980:11-13; FRAYNE 20-23).

De acuerdo con las propuestas inicialmente formuladas en el Informe Wooton y aceptadas por el Gobierno, el trabajo en las zonas piloto fue monitorizado por investigadores de la *Home Office Research Unit* durante dos años, con el fin de

⁶ En este sentido por ejemplo, Nottingham priorizó los puestos de trabajo individuales por encima del trabajo de grupo; Inner London⁶ dio más importancia a trabajos de tipo impersonal, casi siempre manual; el alto índice de desempleo en el sur-este de Lancashire determinó el pormenorizado escrutinio por parte de los sindicatos locales de los puestos de trabajo propuestos; en Durham el número de penados trabajando junto con voluntarios fue muy superior al resto de zonas (PEASE/McWILLIAMS 1980:11-13; FRAYNE 20-23).

comprobar la viabilidad y la efectividad de la pena y reunir datos necesarios para, en su caso, su extensión a toda Inglaterra y Gales.

7. Extensión a todo el territorio de Inglaterra y Gales (1975)

El *Criminal Justice Act* de 1972 fue sustituido por el *Powers of Criminal Courts Act* de 1973, que únicamente modificó la regulación en el sentido de permitir la combinación de penas de *community service* con penas accesorias como la prohibición de conducir vehículos a motor (sec. 14.8).

En abril de 1975, antes de la conclusión de las investigaciones empíricas que debían evaluar la viabilidad y la efectividad de la pena (PEASE/DURKIN/EARNSHAW/PAYNE/THORPE 1975, 1977), se anunció que la aplicación de la misma se extendería a todo el territorio de Inglaterra y Gales. Es un lugar común subrayar en la literatura posterior que fue el entusiasmo de los diversos sectores implicados y la voluntad del Gobierno, más que la valoración de unas investigaciones de resultados todavía inciertos, lo que impulsó la extensión nacional de la pena (FRAYNE 1993:24; WORRALL 1997:91). El pragmatismo del momento y la necesidad percibida por el gobierno de ser visto tomando medidas ante un elevado índice de delincuencia y de encarcelamiento, llevaron a que las *community service orders* se extendiesen a todo el país sin esperar los resultados de un análisis detenido de la viabilidad y los efectos de la medida (HOOD 1974:409; KILCOMMINS 2002:522-524).

6.2. EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN Y CAMBIOS EN LA REGULACIÓN

En este apartado se ha seguido la periodización más extendida de la evolución de las penas comunitarias en el ámbito anglosajón (RAYNOR 2002; BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004). Para mayor claridad, se ha preferido en primer lugar subrayar los rasgos esenciales de cada periodo, y en segundo lugar apuntar las particulares transformaciones sufridas por la concepción, la regulación y la aplicación las *community service orders*.

6.2.1. La etapa de las alternativas a la prisión (finales de los 1960- finales de los 1980)

6.2.1.1. Características generales

Esta etapa siguió a la del ‘asistencialismo penal’, durante la cual la pena comunitaria por excelencia fue la *probation*. Ante el declive del ideal rehabilitador, el objetivo principal de las penas no privativas de libertad pasó a ser el de ofrecer a jueces y magistrados opciones con las que evitar el daño y el coste de las penas de prisión (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:3). Con este objetivo se introdujeron la suspensión de condena, las *community service orders* y la *probation* con condiciones especiales.

A mediados de los 1980s se empezó a poner de manifiesto que las medidas introducidas durante la era de las alternativas a la prisión para reducir el recurso a la misma no producían los efectos deseados, calculándose que únicamente en la mitad de los supuestos la suspensión de condena y las *community service orders* sustituían penas de prisión; en el resto de casos, eran impuestas en lugar de otro tipo de penas no privativas de libertad (PEASE 1985; BOTTOMS 1987; McIVOR 1990). La convicción de que las alternativas llevaban a la extensión de la red penal (COHEN 1985) era cada vez más generalizada.

A finales de los 1980 y ante la creciente población penitenciaria, el gobierno se replanteó su política al respecto, recurriendo al modelo de ‘justicia’ asociado al renacimiento de los derechos humanos y a las dudas ideológicas acerca de los excesos cometidos en la era del ‘tratamiento’ y en nombre de la rehabilitación; se entraba, pues, en una nueva etapa (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:4).

6.2.1.2. Las *community service orders* en la etapa de las alternativas

Ya en los programas piloto puestos en marcha en 1972, y durante los siguientes años, se pusieron de manifiesto problemas en la aplicación de la pena relacionados, en última instancia con la falta de claridad o unanimidad acerca de los fines de la pena y de su función, alternativa o no a la prisión, en el sistema de penas.

La confusión principal se produjo alrededor de la cuestión de si las *community service orders* debían aplicarse únicamente en supuestos en que el reo mereciera una pena de prisión o si podía extenderse su aplicación a supuestos menos graves: si era una

pena 'en sí misma' o una alternativa a la prisión. La legislación aplicable no resolvía esta duda, pues no contenía ninguna disposición expresa acerca de la obligación de imponer la pena únicamente para casos que merecieran la prisión. Por su parte, el *Home Office* era partidario de su utilización precisamente como alternativa a la prisión, y esta es la impresión que se reflejó en los medios de comunicación.

Esta confusión acerca de la función de los trabajos comunitarios llevaba aparejada a su vez otra confusión acerca de su posición en la escala de gravedad de las penas. Esto se reflejó en el temor de parte del Servicio de *Probation* que la imposición de la pena en un estadio demasiado temprano de las carreras criminales acelerase el camino del delincuente hacia la prisión; los trabajos comunitarios se percibían como una "medida de relleno" entre la prisión y la *probation*, que podía convertirse en un factor extensivo de la red penal (WORRALL 1997:91). Por ello inicialmente algunos agentes de *probation* se negaban a recomendar el uso de la pena a los juzgados o a cooperar en los programas existentes; esta situación un tanto caótica se reflejó en las actitudes cambiantes de jueces y magistrados (PEASE/McWILLIAMS 1980:31; WORRALL 1997:91).

En este contexto de confusión, el *Home Office* y el Servicio de *Probation* priorizaron la resolución de problemas administrativos por encima de cuestiones fundamentales. Partiendo de esta no resuelta falta de consenso se desarrollaron prácticas inconsistentes en las distintas zonas de *probation* acerca de cuestiones de relevancia como el tipo de delincuentes para el que era apropiada la pena, el trabajo adecuado o los niveles de exigencia y supervisión necesarios (WORRALL 1997:91-92; CRAWFORTH 1993:136).

Esta variedad de prácticas provocó críticas cada vez más adversas, empezándose a poner en duda la credibilidad de la pena (CRAWFORTH 1993:136).

Como veremos, la consideración del *community service order* como pena en sí misma o como alternativa a la prisión dejó de representar un problema a principios de los 1990, pero otras de las cuestiones planteadas en esa época continúan sin resolverse (CRAWFORTH 1993:137).

6.2.2. La etapa de los castigos en la comunidad (finales de los 1980- mediados de los 1990)⁷

6.2.2.1. Características generales

El contexto en que se inaugura esta nueva etapa viene marcado por la creciente preocupación por la superpoblación penitenciaria y el convencimiento que las penas distintas de la prisión eran percibidas por los jueces como opciones blandas; resultaba, así, necesario ofrecer a los jueces penas no privativas de libertad creíbles (HOME OFFICE 1988; HOME OFFICE 1990); se reconocía que muchos delincuentes eran condenados a prisión sin que ello fuera necesario, y algunos lo eran por demasiado tiempo; se reconocía asimismo la existencia de numerosas inconsistencias en el la aplicación de las penas, relacionadas con la discriminación de minorías étnicas y mujeres en los juzgados; y, finalmente se apuntaba que el sistema de penas no marcaba suficientemente la distinción entre delitos violentos y sexuales y delitos contra la propiedad (WORRALL 1997:34). Por otra parte, en la crítica al uso excesivo de la prisión aumentó el peso de los argumentos económicos (ASHWORTH 2001:68).

La necesidad de cambiar se reflejó en diversos documentos públicos de la época (HOME OFFICE 1988, 1990⁸), y en la transformación del lenguaje oficial. Si los discursos oficiales de la década de los 1970 y principio de los 1980 se referían a la *probation* y a las penas de trabajos comunitarios como alternativas a la prisión (*alternatives to custody*), en la década de los 1990 pasaron a ser castigos en la comunidad (*punishment in the community*) y penas comunitarias (*community sentences*), entendidas como penas en sí mismas, con un valor propio distinto de su condición de alternativas a la prisión (ASHWORTH 2000:263; 2001:70).

El marco legal e ideológico de la época vino establecido por el *Criminal Justice Act* de 1991, basado en los siguientes principios (WORRALL 1997:34-36):

1. Las condenas deberían reflejar la gravedad de las infracciones cometidas (proporcionalidad) y la prisión debería reservarse únicamente para los delitos más graves; la ley asumía así los principios del ‘modelo del justicia’ o *just deserts* (VON

⁷ Para un análisis crítico de las transformaciones de la época ver WORRALL 1997:36-40; RAYNOR 2002:1169-1170.

⁸ En particular respecto de las penas de trabajos comunitarios se consideraba que “la intención no es que las actividades a desempeñar por los penados deban ser deliberadamente desagradables con el fin de disuadirlo o de disuadir a potenciales delincuentes, sino más bien que esas actividades representen una exigencia en diversos sentidos” (HOME OFFICE 1990:4.4).

HIRSCH 1976, 1993), que se proyectaba también sobre las penas no privativas de libertad.

2. Debería distinguirse más claramente entre delitos contra la propiedad y delitos contra la persona o violentos. Los primeros generalmente merecen ser castigados con penas no privativas de libertad.

3. Las penas comunitarias deben verse como penas independientes en sí mismas y no como *alternativas* a la prisión. Con ello se busca refutar la creencia extendida durante los años 1980 de que la mayoría de delincuentes merecen una pena de prisión, y que a los demás se les ‘deja escapar’, con una mera alternativa blanda. El *Criminal Justice Act* de 1991 recogía las penas comunitarias como penas en sí mismas, de severidad intermedia, entre la prisión y la multa o la remisión, que debían ser aplicadas a delitos ‘suficientemente graves’ como para merecer ese nivel de interferencia, pero no tanto como para merecer una pena de prisión (sec. 6). Una vez realizado este juicio, el juez o tribunal debía elegir la pena más adecuada a las necesidades del delincuente y asegurarse que las restricciones a los derechos que implica son proporcionales a la gravedad del delito cometido⁹; de este modo, el marco creado por las teorías de la justicia para las penas no privativas de libertad deja un espacio para los fines rehabilitadores (ASHWORTH 2000:264).

4. Debe tratarse a los delincuentes jóvenes teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo.

5. El propósito de los tribunales al imponer una pena debe reflejarse adecuadamente en el modo en que ésta acaba ejecutándose.

6. El sistema de justicia penal debe funcionar con eficiencia y sin ningún tipo de discriminación.

Esta ley también sustituyó los *social enquiry reports* por *pre-sentence reports*. Esos informes proporcionan a los tribunales información sobre el delincuente para asistir en la decisión sobre la pena a imponer, pero mientras los primeros se centraban en información social y personal sobre el bienestar del delincuente, en un futuro deberían prestar mayor atención al delito cometido y cualquier información relevante al respecto; si antes se permitía a los agentes de *probation* hacer recomendaciones acerca

⁹ Esta estructura de decisión, basada en parte en el merecimiento y en parte en las necesidades del penado fue concebida sobre las propuestas de WASIK/VON HIRSCH 1988, modificadas por BOTTOMS 1989 (REX 1998; BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:4-5). Ver ASHWORTH 2000:263-264, 2001:70 para una explicación de este mecanismo de decisión.

de la pena a imponer, ahora se subrayaba con más claridad que, como con anterioridad, la decisión final correspondía a los tribunales (WORRALL 1997:36).

En términos de penas concretas, quizá la principal innovación de la legislación de 1991 fue la introducción de las *combination orders*, que permiten sumar a una pena de *probation* un máximo de 100 horas de trabajos comunitarios. Anteriormente, la razón de ser de las dos penas se aparecía incompatible (un delincuente necesitaba ayuda, en cuyo caso lo apropiado era la *probation* o bien merecía un castigo y debía reparar el mal hecho, aplicándose entonces una pena de *community service*) por lo que no podían imponerse a la vez. En la práctica, sin embargo, eran numerosos los penados a ambas penas por distintas causas (WORRALL 1997:93); en tres años pasaron a aplicarse casi 15.000, considerándose que su atractivo para los jueces consistía en la posibilidad de combinar la ayuda (*probation*), con el castigo (servicios comunitarios) (WORRALL 1997:93).

El objetivo del *Criminal Justice Act* de 1991 fue la reducción de la población penitenciaria desplazando la prisión fuera del centro del discurso penal (WORRALL 1997:37). Aunque este propósito empezaba a conseguirse, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, la legislación se describía públicamente como un desastre, y la legislación introducida años más tarde desvirtuó su espíritu (WORRALL 1997:37-38). Sin embargo, el abandono del lenguaje de las “alternativas a la prisión” en favor del la retórica de los “castigos en la comunidad” producido en 1991 ha resultado ser una transformación duradera (RAYNOR 2002:1179).

6.2.2.2. Las *community service orders* en la etapa de los castigos en la comunidad

Frente a la confusión reinante en la etapa anterior, en los años 1990 se subrayará la condición de castigo de cierta entidad de las *community service orders*: se conformarán claramente como auténticos castigos cuyo cumplimiento se asegura efectivamente, y que además aportan beneficios a la comunidad. Estos cambios se producen en virtud de la nueva legislación mencionada, pero también de la regulación de la ejecución de la sanción mediante los *National Standards*.

Los *National Standards*. La confusión reinante acerca de la función de las *community service orders* y la percepción de la misma como pena ‘blanda’ amenazaba su credibilidad. Ante esta situación, el *Home Office* consideró apropiado elaborar una serie de estándares nacionales que deben regir el funcionamiento de la ejecución de la pena,

con el fin de limitar la discrecionalidad y la variación existentes en las distintas zonas de *Probation* en que estaba dividido el país (VASS 1990:128). Aunque el fin declarado y principal de los *National Standards* ha sido la consecución de una mayor uniformidad en el contenido práctico de las penas, estas reglas reflejan asimismo la concepción de las mismas por parte del *Home Office*, por lo que son fuentes privilegiadas desde las que analizar, más allá de los cambios legislativos, las transformaciones en la retórica y en las prácticas que acaban definiendo los trabajos comunitarios.

El primer conjunto de reglas se publicó en 1988, a las que siguieron otras en 1992, 1995 y 2000, que son las que rigen en la actualidad, en una versión actualizada de 2003 (HOME OFFICE 1992, 1995, 2000).

Con mayor o menor detalle dependiendo de la edición, los *National Standards*, explicitan los objetivos de los trabajos comunitarios, el tipo de delincuente a los que van dirigidos y los estándares de supervisión de su ejecución (control de la ejecución y del cumplimiento de la pena, máximo y mínimo de horas de trabajo semanales, estándares de calidad del trabajo y comportamiento).

A efectos de determinar la evolución del modelo inglés de pena de trabajos comunitarios, y siguiendo el esquema propuesto por VASS (1990:128-130) cabe subrayar los siguientes aspectos del contenido de los *National Standards*:

1.- Voluntad de subrayar la *credibilidad* de la pena, entendida en términos de su configuración como un castigo con objetivos claramente definidos.

Las diversas ediciones explicitan más o menos detalladamente los objetivos de los trabajos comunitarios como sanción penal, y de una lectura conjunta de las mismas se desprende que aumenta la importancia de su función retributiva y de la prevención de la reincidencia que pretende lograrse mediante su imposición, mientras se relativiza la cuestión de la rehabilitación y se mantiene inalterada la cuestión de la reparación a la comunidad¹⁰.

¹⁰ En la edición de 1992 puede leerse que: “El objetivo principal de una pena de trabajos comunitarios es la reintegración del delincuente en la comunidad mediante:

- trabajo positivo y exigente sujeto a requisitos de disciplina; y
- reparación a la comunidad mediante el desempeño de trabajo socialmente útil que, de ser posible, reparará el daño creado por el delito” (HOME OFFICE 1992:67).

Tres años más tarde, “El objetivo principal de una pena de trabajos comunitarios es la prevención de la reincidencia mediante la reintegración del delincuente en la sociedad a través de:

- un castigo, por medio de trabajo no remunerado positivo y exigente, sujeto a requisitos de disciplina, y
- reparación a la comunidad, mediante el desempeño de trabajo socialmente útil” (HOME OFFICE 1995a:34).

La voluntad de endurecer el contenido punitivo y la imagen pública de la pena ha venido reflejada asimismo en las disposiciones que obligan disponer de cierta variedad de destinos, entre los que debe haber por lo menos una opción que conlleve trabajo manual duro (HOME OFFICE 1995a:34). Se buscan así, puestos de trabajo que no transmitan una imagen pública de opción penal blanda. En esta misma línea, mientras la versión de 1992 sugería que los destinos debían ser, entre otras cosas “personalmente satisfactorios” para el penado (HOME OFFICE 1992:70), la versión de 1995 apremiaba al Servicio de *Probation* a asegurarse de que “la situación y la naturaleza de cualquier tarea de servicio comunitario no dé la impresión de representar un premio para los que delinquen” (HOME OFFICE 1995a:34-35; ver WORRALL 1997:92-93 sobre estas cuestiones).

2.- Voluntad de aumentar el control sobre las posibilidades de actuación de los penados y estructurar los destinos de trabajo (VASS 1990:128-129). Debe darse a los penados instrucciones claras, también por escrito, acerca del trabajo a desempeñar y de sus obligaciones; deben realizar su primera jornada de trabajo dentro de los 10 primeros días desde que el Servicio de *Probation* recibió la sentencia, a no ser que concurren circunstancias excepcionales (HOME OFFICE 1992:72, 1995:36); la pena deberá cumplirse realizándose un mínimo de cinco horas de trabajo a la semana y, a no ser que sea necesario para lograr el cumplimiento de la pena en el máximo establecido de 12 meses, no se deberán trabajar más de 21 horas a la semana (HOME OFFICE 1992:74, 1995:36); otras normas se dirigen a regular exactamente los horarios de trabajo para no dejar margen de discusión, disponiendo por ejemplo que los traslados hacia los puestos de trabajo no computan como tiempo trabajado, a no ser que se realicen bajo supervisión.

3.- Voluntad de imponer disciplina y estándares mínimos de calidad del trabajo desempeñado por los penados (VASS 1990:129-130). Se regula el procedimiento a seguir por los supervisores directos del trabajo y por los agentes de *probation* responsables en caso de que no se cumplan los estándares mínimos de la calidad del trabajo o se produzcan faltas de disciplina. Se clarifica el procedimiento a seguir en caso de falta de cumplimiento con las obligaciones que la pena comporta, otorgándose cierta flexibilidad de juicio al agente de *probation* responsable a la hora de determinar el

La versión de 2000 recoge conjuntamente los fines de las *community sentences* en conjunto: “deben suponer un castigo riguroso y efectivo; reducir las posibilidades de reincidencia; rehabilitar al delincuente cuando sea posible; y permitir que se repare a la comunidad” (HOME OFFICE 2000:C-2).

momento de proceder ante el juzgado por posible incumplimiento, pero subrayando la prontitud con que debe reaccionarse a toda falta (HOME OFFICE 1992:75-77; 1995:38-39).

Cambios legislativos. El Advisory Council on the Penal System presentó las *community service orders* como una alternativa más constructiva y menos costosa a las penas cortas de prisión; esta perspectiva fue apoyada por el Gobierno al aumentar el máximo de horas de trabajo a imponer de 120 a 240, otorgando entidad suficiente a la pena para funcionar como alternativa creíble a la prisión. Sin embargo, el marco creado por el *Criminal Justice Act* 1991 se alejaba de este esquema: las *community service orders*, ya no eran vistas como alternativas a la prisión (tampoco consagradas antes explícitamente en la legislación como tales) sino como penas ‘en sí mismas’, formas rigurosas de castigo en la comunidad reservadas para los supuestos de infracciones de gravedad media, demasiado graves para merecer una multa pero no lo suficiente como para merecer una pena de prisión (ASHWORTH 2000:287). Uno de los efectos prácticos del *Criminal Justice Act* de 1991 fue, así, el de clarificar el estatus del trabajo comunitario como castigo o forma de retribución mediante la restricción de libertades y derechos, distinguiéndolo de la función rehabilitadora de otras penas, notablemente la *probation* (REX/GELSTHORPE 2002:313).

6.2.3. El marco actual: la era del riesgo, la protección pública y la nueva generación de penas comunitarias

6.2.3.1. Características generales

Durante los años 1992 y 1993 creció la preocupación sobre la disminución de la discrecionalidad de los tribunales que el *Criminal Justice Act* de 1991 representaba, y además se gestó y desarrolló un ‘pánico moral’ respecto de los delincuentes juveniles, produciéndose diversos acontecimientos que contribuyeron a la creación de un clima de ansiedad pública que los poderes buscaron calmar mediante un giro político radical (WORRALL 1997:39). Estos casos se reflejan en una actitud punitiva de los tribunales, aumentando el uso de las penas comunitarias más duras, pero cada vez para infracciones menos graves (NELLIS 2001:29). Por otra parte, cambios en el gobierno consolidan y acentúan la tendencia punitiva, de modo que la filosofía de *just deserts* (teoría de la justicia, o del justo merecimiento) que inspiró el *Criminal Justice Act* 1991 se vio

totalmente superada por la prevención general, la preocupación por el riesgo y la seguridad pública (NELLS 2001:29; BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:5).

Aunque el contenido de la siguiente ley penal significativa, el *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, puede parecer poco claro, la tendencia respecto de las penas comunitarias es clara: las nuevas medidas “comportarán el final de la tendencia a ofrecer vacaciones a los penados. Acaban las vacaciones y llegan las penas comunitarias con una estrecha supervisión” (nota de prensa del *Home Secretary* citada en WORRALL 1997:41-42).

Los principales documentos públicos a través de los cuales seguir la evolución de las penas comunitarias en esta época son *Strengthening Punishment in the Community*, con su propuesta de creación de una pena comunitaria genérica y la supresión de la rehabilitación en la enumeración de los fines de la pena¹¹ (HOME OFFICE 1995b:2, 19-20); *Protecting the Public: The Government's Strategy on Crime in England and Wales* que asume que la prisión funciona para incapacitar y proteger al público, además de permitir aprovechar el tiempo de reclusión para rehabilitar a penados, y aboga por el endurecimiento de las penas comunitarias¹² (HOME OFFICE 1996:3-4); y *Joining Forces to Protect the Public* (HOME OFFICE 1998).

Paradójicamente, en medio de la era del castigo en la comunidad empezó a crecer el interés por la rehabilitación. Los metaanálisis arrojaron datos positivos que apuntaban que ciertos programas, basados en técnicas cognitivo conductuales, tenían resultados positivos en términos de reducción de la reincidencia (McGUIRE 1995). Ello llevó a la creación de la *Effective Practice Initiative* y el consiguiente desarrollo de la estrategia oficial ‘*What Works*’, que suponía el regreso de la rehabilitación a la agenda gubernamental, reflejado en las prácticas y objetivos de los Servicios de Prisiones y de *Probation*.

Dentro de esta estrategia se creó un Panel de Acreditación Conjunto (Prisiones/*Probation*) con el objetivo de evaluar programas basados en los principios del ‘*what works*’ según su demostrada efectividad para reducir la reincidencia (BOTTOMS/GELSTHORPE/REX 2001:8-9). Se diseñaron así una serie de proyectos, los *Pathfinder*, que integraban los principios y elementos considerados efectivos de acuerdo con esta perspectiva; los proyectos se pusieron en marcha sometidos a una

¹¹ Para una valoración crítica del Paper ver ASHWORTH/VON HIRSCH/BOTTOMS/WASIK 1995; WORRALL 1997:42-43; NELLS 2001:30.

¹² Para una valoración crítica ver WORRALL 1997:45.

estrecha evaluación, realizándose además estudios de seguimiento para obtener resultados relacionados con la reincidencia, que todavía no han sido publicados (BOTTOMS/GELSTHORPE/REX 2001:8-9). Algunos de estos proyectos se centran en la gestión de penas de trabajos comunitarios.

De la legislación aprobada desde la segunda mitad del los 1990 interesa destacar a nuestros efectos: el *Crime (Sentences) Act* de 1997, dirigido en términos generales y en consonancia con el clima de la época a facilitar el recurso a la prisión, y que, como veremos, contiene trascendentes disposiciones relacionadas con los trabajos comunitarios; el *Crime and Disorder Act* de 1998, creador de una pena dirigida al tratamiento de desintoxicación; el *Criminal Justice and Court Services Act* de 2000, que supuso la continuación del proceso de convertir las penas comunitarias en auténticos castigos y comportó un cambio más en la nomenclatura de estas penas (las *community service orders*, que pasaron a llamarse *community punishment orders*; la *probation* pasó a llamarse *rehabilitation order*, y la *combination order* pasó a ser la *community punishment and rehabilitation order*).

Mención aparte merece el *Criminal Justice Act* de 2003, que supone un cambio radical en la concepción de los castigos comunitarios y que de algún modo culmina el proceso de transformación de estas sanciones iniciado en los años 1990¹³. Representa un hito en la evolución de la política criminal británica, constituyendo la pieza de legislación más amplia de los tiempos modernos: introduce cambios que afectaran el funcionamiento de todo el sistema penal, tanto por lo que se refiere a cuestiones procedimentales y procesales como a cuestiones de penalidad (GIBSON 2004:9; VON HIRSCH/ROBERTS 2004:639).

El *Act* de 2003 modifica las condiciones de aplicación de las penas comunitarias establecidas por el *Criminal Justice Act* de 1991¹⁴, pero la principal novedad es la creación de una pena comunitaria genérica. Cuando se den las condiciones apropiadas, el juez deberá imponer esa pena comunitaria dándole el contenido concreto que crea conveniente a la gravedad del delito y a las circunstancias del delincuente, eligiendo una

¹³ Los antecedentes de las innovaciones introducidas por el CJA 2003 pueden encontrarse en las recomendaciones de Lord Justice Auld *Review of the Criminal Courts* (2001), de John Halliday *Making Punishments Work: Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales* (2001) y el White Paper *Justice for All* (2002) (GIBSON 2004:9; VON HIRSCH/ROBERTS 2004:639-640); sin embargo, y por lo menos en relación con la introducción de la pena comunitaria genérica no pueden perderse de vista las propuestas formuladas en su momento por *Strengthening Punishment in the Community* (HOME OFFICE 1995b) e incluso el más lejano *Punishment, Custody and the Community* (HOME OFFICE 1988).

¹⁴ Sección 148; para un comentario acerca de la nueva regulación, ver GIBSON 2004:95.

o más obligaciones a cumplir por el penado entre las posibilidades recogidas. En general estas obligaciones reflejan el contenido de lo que en la regulación anterior eran penas comunitarias en sí mismas, como la *community punishment order* (ahora *unpaid work requirement*) o lo que hasta ahora se consideraban condiciones de la *community rehabilitation order (probation)*, como las obligaciones de supervisión, actividad o residencia (GIBSON 2004:114).

De este modo, la sección 177 recoge la posibilidad de imponer a sujetos mayores de 16 años una pena comunitaria (“*community order*”), que consistirá en una o más de las obligaciones enumeradas:

- (a) obligación de realizar trabajo no remunerado (*unpaid work requirement*)
- (b) obligación de realizar una actividad determinada
- (c) obligación de seguir un programa de tratamiento
- (d) prohibición de realizar una actividad
- (e) obligación de respetar un toque de queda (sec. 204)
- (f) obligación de alejamiento (sec. 205)
- (g) obligación de residencia en un determinado lugar
- (h) obligación de seguir un tratamiento de salud mental
- (i) obligación de seguir un tratamiento de rehabilitación (toxicomanías)
- (j) obligación de seguir un tratamiento de rehabilitación (alcoholismo)
- (k) obligación de someterse a supervisión
- (l) si el penado es menor de 25 años, obligación de acudir a un centro educativo

En la práctica, será necesario que los jueces ejerzan un juicio de proporcionalidad (sec. 148), que en caso de sujetos reincidentes puede verse distorsionado, y conjuguen este principio con todas las posibles combinaciones que ofrece la pena comunitaria. Los autores han alertado acerca del riesgo de superar el nivel de restricción de libertades apropiado, castigando al penado con una sanción de gravedad superior a la merecida, pero también el riesgo de, imponiendo una cantidad excesiva de requisitos, aumentar el riesgo de incumplimiento (ASHWORTH/VON HIRSCH/BOTTOMS/WASIK 1995:791, respecto de la propuesta política original formulada en HOME OFFICE 1995b; GIBSON 2004:95). Si a ello se le suma la nueva regulación del incumplimiento, que permite la imposición de penas de prisión para una infracción que en última instancia no la merece, las modificaciones son inflacionistas y pueden llevar fácilmente a penas desproporcionadas (GIBSON 2004:95, 114).

En el marco configurado por las políticas y la legislación descritas, las características de las penas no privativas de libertad (distintas de la multa) han sido sistematizadas del siguiente modo¹⁵:

1. Durante los años 1990 se ha subrayado el aspecto punitivo de las penas comunitarias, lo que ha venido reflejado en cambios terminológicos y en la importancia otorgada desde las instancias políticas al control del cumplimiento de las mismas (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:5-6).
2. Ha aumentado la importancia de la tecnología en la imposición de penas comunitarias, especialmente respecto del toque de queda y el tratamiento de desintoxicación por drogodependencias; pero también la tecnología de la información en el desarrollo de instrumentos de valoración del riesgo (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:6).
3. El Servicio de *Probation* ha experimentado una ‘revolución de la gestión’ en los últimos veinte años, aumentando la importancia de indicadores producción como la eficacia y la eficiencia (ver BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:6-7). También cabe subrayar la creciente contratación de algunos servicios al sector privado, que se supone que debe mejorar la efectividad y reducir costes (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:7-8). Se ha creado el *National Offender Management Service* que comporta situar bajo una única dirección al Servicio de *Probation* y al de Prisiones.
4. El desarrollo de colaboraciones entre agencias públicas y entidades privadas es un aspecto de las nuevas formas de gestión (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:8).
5. Importancia de la efectividad y la gestión del riesgo. Actualmente se está en pleno apogeo del movimiento ‘*what works*’, según el cual algunos programas de tratamiento, en especial los basados en técnicas cognitivo conductuales son más efectivos al evitar la reincidencia; ello ha llevado al desarrollo de un conjunto de programas acreditados de reconocida efectividad en este sentido (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:8). Paralelamente se ha visto el desarrollo

¹⁵ Estas características de las penas comunitarias están íntimamente relacionadas con las características de la modernidad tardía (GIDDENS 1990); sobre esta relación, ver BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:10-11.

de sistemas basados en la tecnología de la información para calcular el riesgo que representan los delincuentes (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:9).

6. Una triple preocupación por el castigo, la efectividad y la seguridad pública ha contribuido a la aceptación de una ‘mezcla creativa’ de diversas intervenciones sobre los delincuentes; esta tendencia empezó en los años 1990, con la creación de la *combination order*, y se ha convertido en norma con la pena comunitaria genérica en el *Criminal Justice Act* de 2003 (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:9).
7. El creciente interés por los derechos de las víctimas y la justicia restauradora ha afectado la supervisión de delincuentes en libertad, reflejándose en la creciente importancia de la reparación o la compensación como pena impuesta en sentencia; y en la creación de programas de justicia restauradora (BOTTOMS/REX/ROBINSON 2004:10).

6.2.3.2. El trabajo no remunerado en la etapa actual

Cambios legislativos. Los cambios en la regulación del *community service* habidos en la actual etapa de desarrollo de las penas alternativas se contienen el *Crime Sentences Act* de 1997, el *Criminal Justice and Court Services Act* de 2000 y en el *Criminal Justice Act* de 2003.

El *Crime (Sentences) Act* de 1997 fue particularmente relevante respecto de la regulación de los trabajos comunitarios porque suprimió, siguiendo las propuestas del documento oficial *Strengthening punishment in the community* (HOME OFFICE 1995b), la necesidad de requerir el consentimiento del reo para imponer esta sanción. Esta decisión responde a la voluntad de presentar los trabajos comunitarios como una opción severa, en el contexto de políticas punitivas (WORRALL 1997:43), y fue tomada sobre la base de reinterpretaciones de los tratados europeos de derechos humanos según las cuales las prohibiciones de trabajos forzados no alcanzaban al tipo de sanción representada por las contemporáneas penas de trabajos comunitarios (ASHWORTH/EMMERSON 2001:501-503). Desde entonces, cuando se impone una pena de trabajos comunitarios pero en su momento el penado se niega a colaborar en su ejecución, se devuelve la cuestión al juez sentenciador, que impondrá una pena distinta para castigar la infracción original.

Por otra parte, y de forma paradójica teniendo en cuenta su contenido inflacionista desde el punto de vista del recurso a la prisión, en esta ley se introduce la

posibilidad de emplear los trabajos comunitarios como forma de cumplimiento de la RPSIM distinta de la privación de libertad.

El cambio de nomenclatura operado por el *Criminal Justice and Court Services Act* de 2000 buscó subrayar el aspecto punitivo de la prestación de trabajo no remunerado para la comunidad, por encima de su aspecto reintegrador, sin introducir, sin embargo, modificaciones en su contenido (REX/GELSTHORPE 2002:314).

El proceso de endurecimiento de la pena, como en general las transformaciones iniciadas en los noventa, culmina en la regulación introducida por el *Criminal Justice Act* 2003. La pena pasa a llamarse *unpaid work requirement*, obligación de realizar trabajo no remunerado, denominación que parece abundar en su contenido punitivo. En el nuevo marco penal, puede ser aplicada como una obligación en el contexto de una pena comunitaria, de la suspensión de condena, de la *custody plus*, y de la *intermitent custody*¹⁶. Interesa aquí estudiar su contenido como parte de una pena comunitaria, que puede imponerse sólo o junto con otros requisitos u obligaciones, entre otras el control electrónico (sec. 177 (4)). De este modo, mientras con anterioridad los trabajos comunitarios únicamente podían imponerse en conjunción con la *probation* (como *combination order*, o más tarde *community and rehabilitation order*), actualmente pueden imponerse además junto cualquier otra de las obligaciones o reglas de conducta enumeradas en la sección 177. El tribunal deberá atender a las circunstancias del caso y asegurarse de que las obligaciones impuestas son compatibles entre sí (177 (6)).

Las características más sobresalientes de la obligación de realizar trabajo no remunerado de acuerdo con el *Criminal Justice Act* de 2003 son:

1. La elevación del número máximo de horas a imponer, de 240 a 300 (sec. 199 (2) (b)), aunque se mantiene el plazo máximo de cumplimiento de 12 meses (sec. 200 (2))
2. No se podrá imponer a no ser que el tribunal considere que el sujeto es adecuado para llevar a cabo la obligación y si lo cree necesario oiga al respecto a un técnico (199 (3)); esto es análogo al ya existente, pero preceptivo *community service assessment*.

¹⁶ En el nuevo marco penal, las penas de prisión de menos de 12 meses pueden sustituirse por *custody plus*, que implica, después de una estancia en prisión unas semanas, la supervisión en libertad; *intermitent custody*, que implica privación de libertad en fines de semanas o a tiempo parcial, con reglas de comportamiento a seguir durante los tiempos en que se está en libertad y una vez acabados los periodos de privación de libertad; *custody minus*, una nueva forma de suspensión de condena: no se ingresará en prisión siempre y cuando se cumplan determinadas obligaciones y no se delinca durante un periodo determinado.

3. El *activity requirement* conlleva la obligación de llevar a cabo una actividad, y entre las que recoge la ley se encuentran aquellas “cuyo fin sea la reparación, como actividades que implican el contacto entre los delincuentes y las personas afectadas por sus delitos” (201 (2)), de modo que es posible que el elemento reparador del trabajo comunitario se *desplace* hacia esta nueva forma penal. Esto puede relacionarse con el cambio de nomenclatura, que pasa a referirse ahora desnudamente al contenido de trabajo no remunerado, sin ninguna alusión a la finalidad comunitaria del mismo.
4. Se mantiene la posibilidad de imponer la obligación de trabajar sin remuneración o bien un toque de queda en caso de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, pudiéndose imponer adicionalmente en algunas circunstancias control electrónico (sec. 300 (2)(a) y 300 (4)).

Se endurecen las condiciones del incumplimiento: como antes, se establece la obligación inicial de avisar al penado antes de proceder por incumplimiento, pero en caso de repetirse la conducta, se elevará la cuestión al juez competente para que incremente el contenido punitivo de la sanción comunitaria o bien la revoque, volviendo a condenar por la infracción original pero sin las restricciones que normalmente se imponen al recurso a la prisión; de este modo, es posible que el resultado del proceso acabe siendo más punitivo que bajo la regulación anterior¹⁷ (GIBSON 2004:124) .

En la práctica, se espera que el contenido de los diversos requisitos dependerá de las estrategias oficiales y de los programas disponibles en las distintas jurisdicciones; se espera también que tanto los jueces y tribunales al condenar, como los agentes de *probation* al redactar sus informes sociales, tomen las medidas necesarias para evitar sobrecargar al penado de forma desproporcionada, aumentando sus posibilidades de

¹⁷ De acuerdo con la sección 79, en relación con el párrafo 9(1) del capítulo 8 del *Criminal Justice Act* de 2003, cuando el juez o tribunal se ha asegurado de hallarse ante un supuesto de incumplimiento, sin que pueda alegarse causa alguna de justificación, deberá, como mecanismos de refuerzo:

- . modificar la pena comunitaria introduciendo obligaciones más onerosas; o
- . revocar la pena y volver a condenar al sujeto por la infracción original, pero sin referencia alguna a la limitación de imponer una pena privativa de libertad contenida en la sección 152(2); o
- . incluso si la infracción original no podía ser castigada con pena de prisión, revocar la pena comunitaria y condenar a prisión, con el límite de 51 semanas.

Estas disposiciones pueden resultar problemáticas porque una vez el juez o tribunal ha descartado la posibilidad de apreciar justificación, cualquiera de las tres soluciones propuestas supone un incremento punitivo, y la ley no contiene ninguna disposición que obligue a empezar por la menos severa, por lo que la prisión podría convertirse en la respuesta inicial (GIBSON 2004:124-125).

fracaso, en especial a la vista de la severidad del nuevo régimen de incumplimiento (GIBSON 2004:115-116).

***What works* proyectado sobre el trabajo comunitario: los proyectos *Pathfinder*.** De forma un tanto paradójica, fue precisamente durante el auge del *community service* como castigo en la comunidad, progresivamente aplicado a infracciones cada vez menos graves y a personas con carreras criminales cada vez más modestas, que se produjo una renovada atención a los aspectos potencialmente rehabilitadores de la pena. Estudios sobre la reincidencia publicados desde principios de los 1990 empezaron a apuntar a que esta sanción tenía cierto potencial para reducir la reincidencia¹⁸ (REX/GELSTHORPE 2002:315; GELSTHORPE/REX 2004:232).

En 1999, a la estela de estos estudios, y bajo el *Crime Reduction Programme* se designaron varios proyectos *Pathfinder* de servicios comunitarios: estos programas experimentales de ejecución de la pena ponen en práctica nuevas formas de tratar a los delincuentes con el fin de aumentar la efectividad de las intervenciones en términos de reducción de la reincidencia y de reintegración de los delincuentes (GELSTHORPE/REX 2004:233). Estos programas parten de la idea que el contexto en que se desarrolla la actividad de los penados y el tipo de contacto que mantienen con los supervisores y los beneficiarios de la misma, ofrecen experiencias de las que se puede aprender tanto como de los programas que abordan directamente los problemas relacionados con la criminalidad, e incluso de un modo más didáctico (GELSTHORPE/REX 2004:233); los elementos que incorporan estos proyectos son el *pro-social modelling* (rol de los supervisores como modelos de comportamiento pro social), la formación para el empleo y el tratamiento directo de las necesidades relacionadas con la delincuencia.

Los proyectos *Pathfinder* están siendo evaluados, por encargo del *Home Office* por las universidades de Cambridge y Oxford, y se están llevando a cabo estudios de reincidencia con el fin de detectar cuáles son los elementos más efectivos para evitarla. Aunque todavía no se han publicado los resultados definitivos, sí parece que no son los esperados, en el sentido de que los índices de reincidencia de los sujetos del grupo experimental son parecidos a los del grupo de control (RAYNOR 2004:209).

¹⁸ Estudios sobre la reincidencia de McIVOR (1992), LLOYD/MAIR/HOUGH (1994), RAYNOR/VANSTONE (1997); MAY (1992), KILLIAS/AEBI/RIBEAUD (2000), reseñados en el apartado correspondiente del capítulo II, al tratar del fundamento rehabilitador de la pena.

Si “la historia de las penas comunitarias ha sido conformada por ideas cambiantes acerca de los fines de la justicia penal y de las funciones y efectos de las sanciones penales” (RAYNOR 2002:1172), con ella lo ha sido la del trabajo comunitario. Ello se refleja en la fijación del lugar de la pena en el sistema de sanciones, en cambios en la denominación, en el régimen de incumplimiento, en la duración de la pena, el abandono de la exigencia de consentimiento para su imposición, la posibilidad de acumular junto al trabajo no remunerado otras obligaciones, así como los cambios en la ejecución de la sanción marcados por las diversas ediciones de los *National Standards* y por los más recientes proyectos *Pathfinder*.

Quizá la pregunta principal a abordar es si la actual obligación de realizar trabajo no remunerado, integrada en la sanción comunitaria genérica creada con la *Criminal Justice Act* de 2003, puede seguir identificándose plenamente con la pena de trabajos comunitarios propuesta por el Comité Wooton e introducida en la legislación en 1972; aparentemente el contenido mínimo de la pena es lo suficientemente flexible como para permitir reflejar e incorporar objetivos y funciones tan dispares como las esperanzas más humanitarias, reintegradoras y reparadoras del Comité Wooton, la concepción más retribucionista de la pena como simple multa en tiempo o, sobre todo y finalmente, la fórmula actual del trabajo no remunerado como obligación cumulativa dentro de una pena genérica, en la que coincide el endurecimiento de las condiciones de cumplimiento con fórmulas que buscan potenciar la capacidad rehabilitadora de la sanción en su ejecución. Para contestar con propiedad la pregunta sería necesario desglosar los elementos esenciales de los diversos modelos de pena y valorar si las transformaciones que experimentan pueden reducirse a un mínimo común denominador o si es más exacto referirse a una nueva sanción.

7. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª) de 6 de junio de 2005 (recurso de apelación núm. 215/2004), p. 179, 182, 243

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 3ª) de 30 de julio de 2003 (recurso de apelación 55/2003), p. 231

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 1ª) de 12 de junio de 2002 (recurso de apelación núm. 81/2002), p. 236 n. p., 281 n.p.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 8ª) de 30 de octubre de 2002 (recurso de apelación núm. 253/2002), p. 272

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) de 20 de marzo de 2000 (recurso de apelación 107/2000), p. 281 n.p.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 9ª) de 16 de febrero de 2005 (recurso de apelación núm. 266/2004), p. 281 n.p., 307

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17ª) de 5 de marzo de 2002 (recurso de apelación 396/2001), p. 236 n.p., 289

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 17ª) de 3 de julio de 2002 (recurso de apelación núm. 146/2002), p. 296

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellon (sección 1ª) de 28 de abril de 2005 (recurso de apelación núm. 139/2005), p. 307

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (sección 1ª) de 1 de febrero de 2005 (recurso de apelación núm. 13/2005), p. 307

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª) de 7 de enero de 2005 (recurso de apelación núm. 212/2004), p. 307

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª) de 1 de diciembre de 2004 (recurso de apelación núm. 202/2004), p. 307

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 3ª) de 21 de abril de 2005 (recurso de apelación 205/2004), p. 181

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (sección 1ª) de 12 de abril de 2004 (recurso de apelación 22/2004), p. 307

Sentencia del Tribunal Supremo 1761/2001 de 19 de diciembre, p. 157

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, p. 66, 157

Sentencia del Tribunal Constitucional 230/1991, p. 66 n.p.

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, p. 70 n.p.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, H.-J. (2001): “Post-adjudication Dispositions in comparative perspective”, en M. Tonry – R. S. Frase (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 293-330.
- ALLEN, F.A. (1981): *The Decline of the Rehabilitative Ideal*. New Haven: Yale University Press.
- ANÓIMO (1958): “Let reparation fit the crime”, en *Journal of Criminal Law*, 22:167-70.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2000): “La pena de trabajo en beneficio de la comunidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 70:7-43.
- ARMSTRONG, G. (1983): “Community service orders in New Zeland”, en Bevan (ed.) *Community Service Orders in Australia and New Zeland*. Canberra: Australian Institute of Criminology.
- ASHWORTH, A. (1992): “Deterrence”, en von Hirsch, A. – Ashworth, A. (eds.) *Principled sentencing*. Edimburgo: Edinburgh University Press, pp. 53-61.
- (2000): *Sentencing and Criminal Justice*. Londres: Butterworths (3ª edición).
- (2001): “The decline of English Sentencing and Other Stories”, en M. Tonry - R. S. Frase (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford: Oxford University Press, pp. 62-91.
- ASHWORTH, A. – EMMERSON, B.(2001): *Human rights and criminal justice*.Londres: Sweet and Maxwell.
- ASHWORTH, A. – VON HIRSCH, A. – BOTTOMS, A. - WASIK, M. (1995): “Bespoke tailoring won't suit community sentences”, en *New Law Journal*, 15:970-973.
- ASÚA BATARRITA, A. (1984): “El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas”, en *Estudios de Deusto*, 32/2:305-333.
- AYO FERNÁNDEZ, M. (1997): *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*. Pamplona: Aranzadi.
- AA.VV. (2005): *73 criterios adoptados por magistrados de audiencias provinciales con competencias exclusivas en violencia de género*. Madrid: CGPJ – Observatorio de Violencia doméstica y de Género.
- BARLOW, H. D. (2000): *Criminal Justice in America*. Nueva Jersey: Prentice Hall
- BECCARIA, C. (1974): *De los delitos y de las penas*. Madrid: Aguilar.
- BEHA, J. (1977): *Sentencing to Community Service*. Washington: U.S. Printing Office.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1999): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Praxis.

- BERISTAIN IPIÑA, A. (1976): “La multa en el Derecho penal español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 240, 4:325-372.
- BERNAL VALLS, J. (1999): “Las penas privativas de derechos en el nuevo código Penal”, en *Revista General del Derecho*, 652-653:13-31.
- BETEGÓN, J. (1992): *La justificación del castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BEYLEVELD, D. (1992): “Deterrence research and deterrence policies”, en A. Von Hirsch – A. Ashworth (eds.) *Principled sentencing*. Edimburgo: Edinburgh University Press, pp.77-92. (Publicado por primera vez en 1979 en *Howard Journal of Criminal Justice* 18:135-149).
- BLAY GIL, E. (2004): “Una apuesta paradójica: modificaciones introducidas en la regulación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la LO 15/2003, de modificación del CP”, en *Jueces para la Democracia*, 51:19-25.
 - (2005): “Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Comentarios al Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo”, en *La Ley*, XXVI, núm. 6338, 13 octubre 2005, pp. 1-19, en <http://www.laley.net>
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. (1996): “Penas privativas de derechos”, en Gracia Martín (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 111-140.
 - (2000): “Penas privativas de derechos”, en Gracia Martín (coord.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 104-133.
- BOTTOMS, A. (1987): “Limiting prison use: experience in England and Wales”, 26 *Howard Journal of Criminal Justice*, 177.
 - (1989): “The concept of intermediate sanctions and its relevance for the probation service”, en R. Shaw – K. Haines *The Criminal Justice System, a Central Role for the Probation Service*. Cambridge: University of Cambridge.
 - (2001): “Compliance and community penalties”, en A. Bottoms – L. Gelsthorpe – S. Rex, *Community Penalties: Change and Challenges*. Collumpton, Devon: Willan Publishing. pp. 87-116.
- BOTTOMS, A. - GELSTHORPE, L. - REX, S. (2001): “Introduction: the contemporary scene for community penalties” en A. Bottoms – L. Gelsthorpe – S. Rex (eds.) *Community Penalties. Change and challenges*. Coullumpton, Devon: Willan Publishing, pp. 1-15.
- BOTTOMS, A. – REX, S. (1998): “Pro-social modelling and legitimacy: their potential contribution to effective probation practice”, en *Prosocial modelling and legitimacy. Proceedings of the Clarke Hall Day Conference*. Cambridge: Institute of Criminology, pp.11-27.
- BOTTOMS, A. – REX, S. – ROBINSON, G. (2004): “How did we get there?”, en A. Bottoms – S. Rex – G. Robinson (eds.) *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Collumpton (Devon): Willan, pp. 1-27.

- BRAITHWAITE, J. (1989): *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE, J. – PETTIT, P. (1990): *Not Just Deserts: A republican theory of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2002): *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*. Valencia: Tirnat lo blanch.
- BUENO ARÚS, F. (1988): “La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa”, en *Poder Judicial*, 9:63-71.
- BURILLO ALBACETE, F. J. (1999): *El Nacimiento de la Pena Privativa de Libertad*. Madrid: Edersa.
- CACHÓN CADENAS, M. – CID MOLINÉ, J. (2003a): “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (I)”, en *Diario La Ley*, número 5819, 8 de julio, pp. 1-8
 - (2003b): “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (I)”, en *Diario La Ley*, número 5820, 9 de julio, pp. 1-10
- CADALSO, F. (1922): *instituciones Penitenciarias y Similares en España*. Madrid: José Góngora.
- CALDERÓN CEREZO, A. – CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (2001): *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
 - (2005): “Artículo 49”, en A. Calderón – J. A. Choclán (eds.) *Código Penal Comentado*. Barcelona: Ediciones Deusto, pp. 95-101.
- CARIDE, J.A. – LÓPEZ PAZ, J. F. (2002): “Ocio y voluntariado social: solidaridad y acción cívica en el tiempo libre” en J.A. Caride – J. F. López Paz (eds.) *Ocio y Voluntariado Social: Búsquedas para un Equilibrio Integrador*. Universidad de Deusto: Bilbao, pp. 9-34.
- CARNIE, J. (1990): *Sentencerss Perceptions of Community Service by Offenders*. Edimburgo: Scottish Office Central Research Unit.
- CARTER, R. M. – COCKS, J. – GLASER, D. (1987): “Community service: a review of basic issues”, en *Federal Probation*, marzo: pp. 4-10.
- CHIANG REBOLLEDO, M. E. (2003): *Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*. Barcelona: Bosch.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (1997): “Las penas privativas de derechos en la reforma penal”, en *Actualidad Penal*, 8/17:147-177

- CID MOLINÉ, J. (1997): “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en J. Cid-E. Larrauri (coords.) *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, pp. 91-118.
- (1999): “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión”, en E. Larrauri (dir.) *Política criminal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 121-148.
 - (2004): “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, 2/12:215-232.
- CID MOLINÉ, J. – LARRAURI PIJOAN, E. (1997): “Introducción”, en J. Cid – E. Larrauri (eds.) *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, pp. 11-35.
- (2001): *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch.
 - (coords.) (2002): *Jueces penales y penas en España (aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*. Valencia: Tirant lo blanch.
 - (2005): “Penas alternativas y delincuencia violenta”, en J. Cid- E. Larrauri (coords.) *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 13-44.
- CLEAR, T. D. - BRAGA, A. A. (1998): “Challenges for corrections in the community”, en J. Petersilia (ed.) *Community Corrections. Probation, parole, and intermediate sanctions*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 213-218. (Publicado por primera vez en 1995, en J. Q. Wilson – J. Petersilia (eds.) *Crime*. San Francisco: Institute for Contemporary Studies, pp. 440-444).
- COHEN, S. (1985): *Visions of social control*. Cambridge: Polity Press.
- CONSEJO DE EUROPA (1976): *Alternative Penal Measures to Imprisonment*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1994): “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4: 154-194
- (1996): “Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana”, en *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, 131
 - (2000): “Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal”, en *Estudios, Informes, Dictámenes (1999)*, Tomo I. Madrid: CGPJ, pp. 41-157.
 - (2003): “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la - Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal”, consultado en formato electrónico en <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca>
- CORBETT, R. P. (1998): “When community corrections means business: introducing ‘reinventing’ themes to probation and parole”, en J. Petersilia (ed.) *Community Corrections. Probation, parole, and intermediate sanctions*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 207-213. (Publicado por primera vez en 1996, en *Federal Probation*, 60 (1):36-42)

- CRAWFORTH, J. (1993): “Where next? Future developments in community service”, en D. Whitfield – D. Scott (eds.) *Paying Back: twenty years of community service*. Winchester: Waterside Press, pp. 134-149.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1982): *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*. Guipúzcoa: Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa.
- (1985): “La sanción de trabajo en provecho de la comunidad”, en AA.VV. *Jornadas de estudio de la legislación del menor*. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 223-246.
 - (2002): “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en J.I. Echano Basaldúa (coord.) *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 125-152.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2003): *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2000): *Informe General 1999*. Madrid: OATPP.
- (2002): *Informe General 2000*. Madrid: OATPP.
 - (2003a): *Informe General 2001*. Madrid: OATPP.
 - (2003b): *Informe General 2002*. Madrid: OATPP.
 - (2004): *Informe General 2003*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior.
- DOÑATE MARTÍN, A. (1985): “La ‘suspensión con puesta a prueba’ y el ‘trabajo social al servicio de la comunidad’”, en AA.VV. *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla: Junta de Andalucía, pp. 253-279.
- DUFF, R. A. (1996): “Penal Communications: recent work in the philosophy of punishment” *Crime and Justice: An Annual Review*, vol. 20. Chicago: Chicago University Press.
- (2001): *Punishment, communication and community*. Oxford: Oxford University Press.
- DUFF, R. A. – GARLAND, D. (1994): *A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- DUGUID, G. (1982): *Community Service in Scotland: The first two years*. Edimburgo: Scottish Office Central Research Unit.
- FALCÓN Y TELLA, M. J.- FALCÓN Y TELLA, F. (2005): *Fundamento y finalidad de la sanción ¿un derecho a castigar?*. Madrid: Marcial Pons.
- FARRINGTON, D. A. – LANGAN, P. A. – WIKSTRÖM, P. –O. (1994): “Changes in crime and punishment in America, England and Sweden in the 1980s and 1990s”, en *Studies in Crime and Crime Prevention*, 3:104-131.

- FEELEY, M. – BERK, R. A. – CAMPBELL-, A. (1993): “Between two extremes. An examination of efficiency and effectiveness of community service orders and their implications for the US Sentencing Guidelines”, en *University of Southern California Law Review*, 66 (1):155-203.
- FELSON, M. – CLARKE R. (1998): *Opportunity makes the thief*. Police Research Series, 98. Londres: Home Office.
- FERRAJOLI, L. (1997): *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2ª ed. (primera edición 1995).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2004): *Circular 2/2004 sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 17/2003, de 25 de noviembre, (primera parte)*, disponible electrónicamente en <http://www.fiscal.es>
 - (2005): *Circular 1/2005 sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte)*, disponible electrónicamente en <http://fiscal.es>
- FOUCAULT, M. (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Gallimard: París. (Hay traducción española, por A. Garzón del Camino: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI, 2000, 12ª edición)
- FRANSOY MOLINA, P. (2005): “Las medidas penales alternativas a las penas de prisión”, en *Aplicación de las Medidas Penales Alternativas. Reunión de Expertos. Barcelona 21 de enero de 2005*. Barcelona: IRES, pp. 47-67.
 - (2006): “L’execució de mesures penals alternatives a Catalunya. Document de treball” para la Jornada: “L’execució de mesures penals en la comunitat: el paper de les entitats col·laboradores i de voluntariat”, celebradas en Barcelona a 4 de febrero de 2006 (Generalitat de Cataluña: Departamento de Justicia- Departamento de Bienestar y Familia), pp. 1-8.
- FRAYNE, L. (1993): “The history of change”, en D. Whitfield – D. Scott (eds.) *Paying Back: twenty years of community service*. Winchester: Waterside Press.pp. 18-29.
- GARCÍA ARÁN, G. (1996): “El trabajo en beneficio de la comunidad. Una pena alternativa a la prisión”, en *Cuadernos Jurídicos*, 38:36-48.
- GARCÍA ARÁN, M. (1982): *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona.
 - (1997): *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona: Aranzadi.
- GARLAND, D. (1985): *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower.
 - (1990): *Punishment in modern society. A study in social theory*. Chicago: University of Chicago.
- GELSTHORPE, L. (1998): “Reflections on a workshop: accomodating social difference: pro-social modelling and legitimacy in probation practice”, en *Prosocial*

Modeling and Legitimacy: The Clarke Hall Day Conference, University of Cambridge Institute of Criminology, pp. 43-51.

GELSTHORPE, L. – REX, S. (2004): “Community service as reintegration: exploring the potential”, en G. Mair *What Matters in Probation*. Collumpton (Devon): Willan Publishing. Pp. 229-254.

GIBSON, B. (2004): *Criminal Justice Act 2003: A Guide to New Procedures and Sentencing*. Winchester: Waterside Press.

GODSON, D. (1981): “Community service as a tariff measure”, en *Probation Journal* 28(4):124-129.

GÓMEZ ARROYO, J. L. (2003): “Apuntes sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, en *Noticias Jurídicas*, edición electrónica <http://www.noticiasjuridicas.com>, pp. 1-18.

GORBEÑA, S. – GONZÁLEZ, V.J. – LÁZARO Y. (1997): *El derecho al Ocio de las personas con discapacidad*. Documentos de Estudios de Ocio, núm. 4. Bilbao: Universidad de Deusto.

GORZ, A. (1995): *La metamorfosis del trabajo*. Madrid: Sistema.

HARDING, R. (1990): “Rational-choice gun use in armed robbery: the likely deterrent effect on gun use of mandatory additional imprisonment”, en *Criminal law forum*, 1:427-451.

HARLAND, A. T. (1980): “Court-ordered community service in criminal law: the continuing tyranny of benevolence?”, en *Buffalo Law Review*, 29:425-486.

VON HIRSCH, A. (1976): *Doing Justice*. Nueva York: Hill and Wang.

- (1990): “The ethics of community-based sanctions”, en *Crime and Delinquency* 36:162-173.

- (1993): *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press. (Hay traducción española por E. Larrauri *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.)

- (1998): “Incapacitation”, en A. von Hirsch – A. Ashworth (eds.) *Principled Sentencing. Readings on theory and practice*. Oxford: Hart Publishing, pp. 88-95.

VON HIRSCH, A. – BOTTOMS, A. E. – BURNEY, E. – WIKSTRÖM, P. O. (1999): *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*. Oxford: Hart Publishing.

VON HIRSCH, A. – ROBERTS J. V. (2004): “Legislating Sentencing Principles: the provisions of the Criminal Justice Act 2003 relating to sentencing purposes and the role of previous convictions”, en *Criminal Law Review*, agosto:639-652.

HOME OFFICE (1970): *Non-Custodial and Semi-Custodial Penalties. Report of the Advisory Council on the Penal System*. Londres: Her Majesty’s Stationary Office.

- (1988): *Punishment, custody and the community*. Londres: Her Majesty's Stationary Office;
- (1990): *Crime, Justice and Protecting the Public*. Londres: Her Majesty's Stationary Office.
- (1992): *National Standards for the supervision of offenders in the community*. Londres: Her Majesty's Stationary Office.
- (1995a) *National Standards for the Supervision of Offenders in the Community*. Londres: Her Majesty's Stationary Office.
- (1995b): *Strengthening punishment in the community*. Londres: Her Majesty's Stationary Office.
- (2000): *National Standards for the Supervision of Offenders in the Community*. Londres: Her Majesty's Stationary Office.

HOOD, R. (1974): "Criminology and penal change: a case study of the nature and impact of some recent advice to governments", en R. Hood (ed.) *Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radinowicz*. Londres: Heinemann, pp.375-417.

HUBER, B. (1983): "'Community service order' como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXVI-I:35-48.

- (1994): "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la privativa de libertad (Sobre la discusión entorno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III:155-176.

HUDSON, B. A. (2003): *Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*. Buckingham- Philadelphia: Open University Press.

IRELAND, P. (1995): "Reflections on a rampage through the barriers of shame: law, community and the new conservatism", en *Journal of Law and Society* 22(2):189-211.

JAREÑO LEAL, A. (1994): *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid: Civitas, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología.

- (1996): "La pena de multa i les penes privatives de drets al Codi Penal de 1995", en AA.VV. *El Codi Penal de 1995. Part General*. Barcelona: CGPJ-CEJFE, pp. 49-72.

JEHLE, J.-M. (2005): *Criminal Justice in Germany*. Berlín: Federal Ministry of Justice.

JORGE BARREIRO, A. (1997a): "Artículo 49", en G. Rodríguez Mourullo (dir.)- A. Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, pp. 221-226.

- (1997b): "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", en J.L. González Colomer-J.L. González Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal*. Castelló de la Plana: Publicaciones Universidad Jaume I, pp. 77-135.
- (2000): "Directrices político criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", en *Actualidad Penal*, 23:487-517.

- JUNGER-TAS, J. (1994): *Alternatives to Prison Sentences: Experiences and Developments*. Amsterdam- Nueva York: Kugler.
- KAHAN, D. M. (1998): "Punishment incommensurability", en *Bufflo Criminal Law Review*, 1:691-708.
- KALMTHOUT, A. M. (2002): "From community service to community sanctions: comparative perspectives", en H.-J. Albrecht – A. Kalmthout (eds.) *Community sanctions and measures in Europe and North America*. Freiburg: Edition iuscrim, pp. 573-603.
- KALMTHOUT, A. M. – TAK, P. J. P. (1988): *Sanction Systems in the Member States of the Council of Europe: deprivation of liberty, community service and other substitutes. Part I*. Arnhem: Kluwer.
- KELK, C. (1995): "Criminal justice in the Netherlands", en Fennell, P., Harding, C., Jörg, N., Swart, B. (eds.) *Criminal Justice in Europe. A comparative study*. Oxford: Clarendon Press, pp. 1-20.
- KILCOMMINS, S. (2002): *The introduction of community service orders: an historical interpretation*. Chichester: Barry Rose Law Publishers Limited.
- KILLIAS, M. (1991): *Précis de criminologie*. Berna: Stämpfli.
- KILLIAS, M. – AEBI, M. - RIBEAUD, D. (2000): "Does community service rehabilitate better than short-term imprisonment?", en *The Howard Journal*, 39:40-57.
- LACEY, N. (1988): *State punishment: political principles and community values*. Londres: Routledge.
- LACEY, N. – ZEDNER, L. (1995): "Discourses of community in criminal justice", en *Journal of Law and Society* 22(3):301-325.
- DE LAMO RUBIO, J. (1997): *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*. Barcelona: Bosch.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2001): "Prisión y sustitutivos penales", en G. Quintero – F. Morales (coords.) *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Elcano (Navarra): Aranzadi, pp. 425-435.
- (2002): *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos.
- (2004): "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en *Diario La Ley*, núm. 6093, 24 de septiembre, pp. 1-8. Disponible electrónicamente en <http://www.laley.net>
- LANGAN, P. A. – FARRINGTON, D. P. (1998): *Crime and justice in the United States and in England and Wales, 1981-96*. Washington: Bureau of Justice Statistics.

- LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (2001): “Sentencing and punishment in Finland: The decline of the repressive ideal”, en M. Tonry – R.S. Frase (eds.) *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, pp.92-150.
- (2004): “Penal policy and prison rates. Long-term experiences from Finland (draft)”, disponible en [http://www.om.fi/optula/uploads/anfhavc10\(1\).pdf](http://www.om.fi/optula/uploads/anfhavc10(1).pdf)
- LARDIZÁBAL URIBE, M. (2002): *Discurso sobre las penas (1782)*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- LARRAURI PIJOAN, E. (1996): “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX:203-218.
- (2000): “Penas degradantes”, en *Nueva Doctrina Penal*, A:169-175.
- (2004): “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en F. Pérez Álvarez (ed.) *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 439-464.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J. (1999): “Alternativas a las penas privativas de libertad en el CP de 1995”, en L. Arroyo- J. Montañés-C. Rechea (coords.) *Estudios de Criminología II*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 171-215.
- LITTELL, R. (1957): “Let reparation fit the crime”, en *The Reader’s Digest*, septiembre:6-19.
- LLORCA ORTEGA, J. (1999): *Manual de determinación de la pena*. Valencia: Tirant lo blanch.
- LLOYD, C. – MAIR, G. – HOUGH, M. (1994): *Explaining Reconviction Rates: A critical analysis*. Home Office Research Study, 136. Londres: HMSO.
- LÓPEZ GARRIDO, D. – GARCÍA ARÁN, M. (1996): *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid: s.n.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1999a): “Les penes privatives de drets”, en AA.VV. *Les penes en el Codi Penal de 1995*. Barcelona:CGPJ-CEJFE, pp. 85-103.
- (1999b): “Las penas privativas de derechos”, en *Revista del Poder Judicial*, 53:127-157.
- (2000): “artículos 39 a 49”, en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995 (Parte General)*, Tomo III. Madrid: Edersa, pp. 597-641.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. - RODRÍGUEZ RAMOS, L. – RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L-. (1988): *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*. Madrid: Akal.
- LÓPEZ LORENZO, V. (2004): “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal”, en *La Ley Penal*, nº 9, año I, octubre, pp. 1-15. Disponible electrónicamente en <http://www.laley.net>
- LORENZO SALGADO, M. (1996): “Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana”, en M. Poza (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Madrid: CGPJ, pp. 11-84.

- LUQUE REINA, E. – TORRES ROSSELL, N. (en curso): “Penes alternatives a la presó i reincidència administrativa a Catalunya”, investigación empírica pendiente de publicación.
- MACIÀ GÓMEZ, R. I. (1995): “El sistema punitiu del projecte de Codi Penal de 1995 (una aproximació inicial)”, en *Justiforum* 4:121-140.
- MAGRO SERVET, V. (2005): “Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 49 CP en relación con el RD 515/2005, de 6 de mayo”, en *La Ley Penal*, Año II, nº 18, julio-agosto, pp. 1- 15. Disponible electrónicamente en <http://www.laley.net>
- MAHER, R. J. – DUFOUR, H. E. (1987): “Experimenting with community service: a punitive alternative to imprisonment”, en *Federal Probation*, pp. 22-27.
- MAIR, G. – LLOYD, G. – HOUGH, M. (1997): “The limitations of reconviction rates”, en G. Mair (ed.) *Evaluating the Effectiveness of Community Penalties*. Aldershot/Hants: Avebury, pp.34-46.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997a): “art. 49”, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.) *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo I. Madrid: Trivium, pp.1048-1053.
- (1997b): “art. 53”, en *idem*, pp. 1064-1071.
 - (1997c): “art. 88”, en *idem*, pp. 1281-1287.
 - (2004a): “art. 88”, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.) *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo I. Madrid: Trivium, pp. 311-314.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. – ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B. (1996): “La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril”, en *Actualidad Penal*, 27:485-513.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2000): “La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5:59-86.
- MAPELLI CAFFARENA, B. - TERRADILLOS BASOCO, J. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas.
- MARC, G. (1985): “Le travail d’intérêt général en droit compare”, en *Revue Penitentiaire et de Droit Penal*, 109:111-125.
- MARSHALL, T. (1999): *Restorative justice: an overview*. Home Office Research Development Statistics Occasional Paper. Londres: Her Majesty’s Stationary Office (puede consultarse en formato electrónico en <http://www.homeoffice.gov.uk>)

- MARTÍNEZ GALINDO, G. (2002): *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*. Madrid: Edisofer.
- MARUNA, S. - KING, A. (2004): "Public opinion and community penalties", en A. Bottoms, S. Rex, G. Robinson *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Collumpton, Devon: Willan Publishing, pp. 83-112.
- MATHIESON, D. (1992): "The probation service", en E. Stockdale – S. Casale (eds.) *Criminal Justice Under Stress*. Londres: Blackstone Press, pp. 142-159.
- MARTINSON, R. (1974): "What works? Questions and answers about prison reform", en *The Public Interest* 35:22-54.
- MATTHEWS, R. (1979): "Decarceration and the Fiscal Crisis", en B. Fine *et al.* (eds.) *Capitalism and the Rule of Law: from deviancy theory to Marxim*. Londres: Hutchinson and co.
- MAY, C. (1999): *Explaining Reconviction Following a Community Sentence: the role of social factors*. Home Office Research Study 192. Londres: Home Office.
- MAZA MARTÍN, J. M. (1996): "Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal", en M. Poza (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Madrid: CGPJ, pp. 139-183.
- MCDONALD, D. C. (1986): *Punishment without Walls. Community service sentences in New York City*. New Brunswick: Rutgers University Press.
- (1995a): "Community service sentences", en M. Tonry – K. Hamilton (eds.) *Intermediate sanctions in overcrowded times*. Boston: Northwestern University Press, pp. 73-74
- (1995b): "Community service sentencing in New York city", en M. Tonry – K. Hamilton (eds.) *Intermediate sanctions in overcrowded times*. Boston: Northwestern University Press, pp. 74-77.
- MCGUIRE, J. (ed.) (1995): *What works. Reducing reoffending. Guidelines from research and practice*. Chichester: Wiley and Sons.
- MCIVOR, G. (1990): "Community service and custody in Scotland", en *Howard Journal* 29:101-113.
- (1991): "Community service work placements", en *The Howard Journal*, 30-I:19-29.
- (1992): *Sentenced to Serve. The Operation and Impact of Community Service by Offenders*. Abevury: Aldershot.

- (1998a): "Jobs for the boys: gender differences in referral to community service", en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 37, 3:280-290.
- (1998b): "Prosocial modeling and legitimacy: lessons from a study of community service" en *Prosocial Modeling and Legitimacy: The Clarke Hall Day Conference*, University of Cambridge Institute of Criminology.
- (2004): "Reparative and restorative approaches", en A. Bottoms, S. Rex, G. Robinson (eds.) *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Collumpton (Devon): Willan, pp. 162-193.

MEDINA ARIZA, J. (2005): "El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: consideraciones político criminales", en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2, pp. 183-208

MELOSSI, D. – PAVARINI, M. (1985): *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario: siglos XVI-XIX*. México D.F.: Siglo XXI. (Publicado por primera vez en 1977, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario XVI-XIX secolo*. Bolonia: Il Mulino).

MENZIES, K. - VASS, A. (1989): "The impact of historical, legal and administrative differences on a sanction: community service orders in Enland and Ontario", en *The Howard Journal*, vol. 28-3:204-217.

MESSNER, C. – RUGGIERO, V. (1995): 'Germany: the penal system between past and future', en V. Ruggiero, M. Ryan, J. Sim (eds.) *Western European Penal Systems: a Critical Anatomy*. Londres: Sage, pp. 128-148.

MIR PUIG, S. (1994): *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.

- (1998): "Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal", en A. Asúa (ed.) *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*. Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 55-66.
- (2002): *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- (2004): *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.

MIR PUIG, S. – MUÑOZ CONDE, F. (1982): "Propuesta alternativa de Parte General del código penal del Grupo Parlamentario Comunista (PCE-PSUC)", en *Cuadernos de Política Criminal* 18 (1982) pp. 609-615.

MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. (2000): *La aplicación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.

MOMMSEN, T. (1999): *El Derecho Penal Romano. Tomo II*. Pamplona: Analecta.

MORALES PRATS, F. (1996): "Formes substitutives de l'execució de les penes privatives de llibertat i mesures de seguretat en el Codi Penal de 1995", en AA.VV. *El Codi Penal de 1995. Part General*. Barcelona: CGPJ-CEJFE, pp. 97-112.

MORRIS, B. (1993): "Introduction", en D. Whitfield – D. Scott (eds.) *Paying Back: Twenty Years of Community Service*. Winchester: Waterside Press, pp. 13-17

- MOTA, F. (1999): “La realidad asociativa en España”, en J. Subirats (ed.) *¿Existe sociedad civil en España? Responsabilidades colectivas y valores públicos*. Madrid: Fundación Encuentro, pp. 37-64.
- MUÑOZ- CONDE, F. (1979): “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 31:73-84.
- MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. (2002): *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
 - (2004): *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- NATIONAL PROBATION SERVICE (2003): *Enhanced community punishment. Important information for sentencers*, núm. 4, verano. Londres: HMSO.
- NELLIS, M. (2001): “Community penalties in historical perspective”, en A. Botoms, L. Gelsthorpe, S. Rex (eds.) *Community Penalties. Change and challenges*. Collumpton, Devon: Willan Publishing, pp. 16-41.
- NICHOLSON, D. (1985): “Community service: turning burglars into businessmen?”, en *Probation Journal* 32(n. 33):100-102.
- NINO, C. S. (2001): *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel (1ª ed. 1983).
- OLDFIELD, M. (1993): “Assessing the impact of community service: Lost opportunities and the politics of punishment”, en D. Whitfield y D. Scott (eds.) *Paying Back: Twenty Years of Community Service*. Winchester: Waterside, pp. 35-55.
- ORLANDIS, J. (1947): “Las consecuencias del delito en la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVIII:61-165.
- PATERNOSTER, R. – BACHMAN, R. – BRAME, R. – SHERMAN, L. (1997): “Do fair procedures matter? The effect of procedural justice on spouse assault”, en *Law and Society Review*, 31:163-204.
- PEASE, K. (1985): “Community service orders”, en M. Tonry – N. Morris (eds.) *Crime and Justice: an anual review of research*: vol. 6. Chicago: University of Chicago Press, pp. 51-94.
- PEASE, K. – DURKIN, P.- EARNSHAW, I. – PAYNE, D. – THORPE, J. (1975): *Community service orders*. Londres: H.M.S.O. (Home Office Research Study nº. 29);
 - (1977): *Community Service Assessed in 1976*. Home Office Research Study, num. 39.

- PEASE, K. – MCWILLIAMS, W. (1980): “A brief history of community service” en K. Pease- W. McWilliams *Community Service by Order*. Edimburgo: Scottish Academic Press, pp. 1-13.
- PETERSILIA, J. (ed.) (1998): *Community corrections. Probation, parole and intermediate sanctions*. Nueva York: Oxford University Press.
- PETERSILIA, J. –DESCHESNES, E. P. (1998): “What punishes? Inmates rank the severity of prison versus intermediate sanctions”, en J. Petersilia (ed.) *Community corrections: probation, parole and intermediate sanctions*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 149-159. (Publicado por primera vez en 1994, *Federal Probation*, 58 (1):3-8).
- PARÉS I GALLÉS, R. (1998): “La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 64:155-166.
- PIKE, R. (1983): *Penal Servitude in Early Modern Spain*. Madison (Wisconsin): The University of Wisconsin Press.
- POZA CISNEROS, M. (1996): “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, en M. Poza (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Madrid: CGPJ, pp. 185-300.
- (1999): “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal”, en AA.VV. *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*. Madrid: CGPJ, pp. 235-359.
- POZUELO PÉREZ, L. (1997): “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, en *Icade*, 42:333-339
- (1998): *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*. Madrid: Colex.
- PRATS CANUT, M. (1996): “Libro I, Título III, art. 88” en G. Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Elcano: Aranzadi, pp. 480-489.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1977): “El arresto sustitutorio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2:111-142.
- (2000): *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Elcano: Aranzadi.
- RADZINOWICZ, L. (1956): *History of English criminal law and its administration from 1750. Volume II. The clash between private initiative and public interest in the enforcement of law*. Londres: Stevens.
- RADZINOWICZ, L. – KING, J. F. S. (1977): *The growth of crime: the international experience*. Hamilton: Londres.
- RAYNOR, P. (2002): “Community penalties. Probation, punishment and ‘what works’” en M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology* (3ª ED.), Oxford: Oxford University Press, pp. 1168-1208.

- (2004): "Rehabilitative and reintegrative approaches", en A. Bottoms, S. Rex, G. Robinson *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Collumpton, Devon: Willan, pp. 195-223.

RAYNOR, P. – VANSTONE, M. (1997): *Straight thinking in probation (STOP). The Mid Glamorgan experiment. Probation Studies Unit Report n. 4*. Oxford: Centre for Criminological Research, University of Oxford.

RENTZMANN, W. – ROBERT, J. P. (1986): *Les mesures alternatives à l'emprisonnement*. Consejo de Europa: Estrasburgo.

REX, S. (1998a): "A new form of rehabilitation?" en A von Hirsh – A. Ashworth (eds.) *Principled Sentencing: Readings in Theory and Policy*, 2^a ed. Oxford: Hart Publishing, pp. 34-41.

- (2002a): "Reinventing community penalties: the role of communication", en S. Rex – M. Tonry (eds.) *Reform and Punishment. The Future of Sentencing*. Collumpton (Devon): Willan Publishing, pp. 138-157.

- (2002b). "Making community penalties more effective in contemporary societies" en *Senior Course in Criminology (Robinson College). Course Book*. Cambridge: Institute of Criminology, pp. 701-730.

- (2004): "Punishment as communication", en A. Bottoms - S. Rex – G. Robinson (eds.) *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Collumpton (Devon): Willan Publishing, pp. 113-134.

- (2005): *Reforming community penalties*. Collumpton (Devon): Willan Publishing.

REX, S. – GELSTHORPE, L. (2002): "The role of community service in reducing offending: evaluating Pathfinder Projects in the UK", en *The Howard Journal*, 41 (4):311-325.

REX, S. – GELSTHORPE, L. – ROBERTS, C. – JORDAN, P. (2003): *Crime reduction programme. An evaluation of community service Pathfinder Projects. Final report 2002*. Research, development and Statistics Directorate, Ocasional Paper 87. Londres: Home Office.

ROBERTS, J. V. (2002): "Public opinion and the nature of community penalties: international findings", en J. V. Roberts – M. Hough (eds.) *Changing attitudes to punishment: Public opinion, crime and justice*. Collumpton, Devon: Willan Publishing, pp. 33-62.

ROBERTS, K. (1999): *Leisure in Contemporary Society*. Wallingford, Oxon: CABI Publishing.

- (2002): “El impacto del ocio en la sociedad”, en Cava Mesa, M.J. (ed.) *Propuestas alternativas de investigación sobre ocio*. Documentos de Estudios de Ocio, núm. 20. Bilbao: Deusto, pp. 13-30.

ROCA AGAPITO, L. (2003): “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la reforma del sistema de penas”, en *La Ley*, 5731:1-14, edición digital.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1978): “La pena de galeras en la España moderna”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXI, Fascículo I:259-275.

- (1988): “Prisión por *penosas deudas* al Estado?”, en *La Ley* 1988-3, pp. 917-924.

ROIG BUSTOS, L. – COSMELLI MAROTO, R. (2005): “Valoración de proceso de inclusión de las formas substitutivas en la legislación española desde 1995 hasta hoy”, en *Aplicación de las Medidas Penales Alternativas. Reunión de Expertos. Barcelona 21 de enero de 2005*. Barcelona: IRES, pp. 28-35

ROLDÁN BARBERO, H. (1983): *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*. Madrid: Akal.

- (1988): *Historia de la prisión en España*. Barcelona: Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona.

- (1989): “Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (a propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)”, en *Anuario de Derecho Penal*: 839-870.

RUSCHE, G. – KIRCHHEIMER, O. (1984): *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis. (Pulicado por primera vez en 1939, *Punishment and social structure*. Nueva Cork: Russell and Russell).

RUTHERFORD, A. (1993): “Time for another big idea?”, en D. Whitfield –D. Scott (eds.) *Paying Back: twenty years of community service*. Winchester: Waterside Press, pp. 150-154.

SALINERO ALONSO, C. (1997): “El sistema de penas en el Código Penal de 1995”, en *Jueces para la Democracia*, 30:68-78.

SÁNCHEZ GARCÍA, I. (1996): “El sistema de penas”, en *La Ley*, D-122:1499-1516.

SÁNCHEZ YLLERA, I. (1996): “Artículo 88”, en T.S. Vives Antón (coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 498-503.

SANZ DELGADO, E. (2003): *El Humanitarismo Penitenciario Español del siglo XIX*. Madrid: Edisofer.

SANZ MULAS, N. (2000a): *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Colex.

- (2000b): “Penas alternativas a la prisión”, en M. R. Diego Díaz-Santos- V. Sánchez López (coords.) *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Madrid: Colex, pp. 89-109.

- SCOTTISH EXECUTIVE (2001): *Reconviction of offenders discharged from custody or given non-custodial sentences in 1995, Scotland*. Statistical Bulletin, Criminal Justice Series, 1. Edimburgo: Scottish Executive Statistical Service. Disponible electrónicamente en <http://www.scotland.gov.uk/Publications/Recent>
- SCULL, A. (1977): *Decarceration. Community treatment and the deviant: a radical view*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- SELLIN, J. T. (1966): “Reflexiones sobre el trabajo forzado”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 174, julio-septiembre:505-519.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (1996): *Las penas en el nuevo Código Penal*. Granada: Comares.
- (2002a): “art.49”, en AA.VV. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I*. Granada: Comares, pp. 673-682.
 - (2002b): “art. 88”, en AA.VV. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I*. Granada. Comares, pp. 1008-1030.
- SERRANO PASCUAL, M. (1999): *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*. Madrid: Trivium.
- SHAPLAND, J. (2003): “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”, en A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. Bottoms, K. Roach, M. Schiff (eds.) *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconciliable paradigms?*. Oxford: Hart Publishing, pp. 195-217.
- DE SOLA DUEÑAS, A. (1996): “Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6:1201-1225.
- DE SOLA DUEÑAS, A. – GARCÍA ARÁN, M. – HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1986): *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Barcelona: PPU.
- SUBDIRECCIÓ GENERAL DE MEDI OBERT I MESURES PENALS ALTERNATIVES (2005): *Las medidas penales alternativas a las penas de prisión*. Documento interno Genralitat de Catalunya, Departament de Justícia.
- SUBIRATS, J. (1999): “Introducción”, en *¿Existe sociedad civil en España? Responsabilidades colectivas y valores públicos*. Madrid: Fundación Encuentro, pp. 19-36.
- SUE, R. (1982): *El ocio*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- VAN SWAANINGEN, R. – DE JONGE, G. (1995): “The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from humanitarian paternalism to penal business management”, en V. Ruggiero, M. Ryan, J. Sim (eds.): *European Penal Systems: A Critical Anatomy*. Londres: Sage, pp. 24-45.

- TAK, P. J. (2001): "Sentencing and punishment in the Netherlands", en M. Tonry- R. S. Frase (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 151-187.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (1996): "Artículo 49", en G. Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Elcano: Aranzadi, pp. 358-362.
 - (2005a): "Artículo 49", en G. Quintero (dir.) – F. Morales (coord.) *Comentarios al nuevo Código penal*. Cizur Menor/Elcano: Thomson- Aranzadi, pp. 383-388.
 - (2005b): "Artículo 88), en *idem*, pp. 518-523.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (1998): *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones. Derecho y Realidad*. Madrid: Edisofer.
 - (2005): *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer.
- THORDVALSON, D. (1978): *The effects of community service on the attitudes of the offenders*. Tesis doctoral, Universidad de Cambridge.
- TOCH, H. (2000): "Altruistic activity as correctional treatment", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44(3):270-278.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1997): *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, en *Obras Completas. I*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TONRY, M. (1998): "Evaluating intermediate sanction programs", en J. Petersilia (ed.) *Community corrections. Probation, parole, and intermediate sanctions*. Boston: Northwestern University Press, pp. 79-96.
- TONRY, M. – HAMILTON, K. (eds.) (1995): *Intermediate sanctions in overcrowded times*. Boston: Northeastern University Press.
- TORRES ROSELL, N. (2005): *La pena de treballs en benefici de la comunitat: estudi penal i criminològic*. Tesis doctoral, pendiente de publicación.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA – AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE- DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ALICANTE- CONSELLERÍA DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA (2005): *Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Generalitat Valenciana.
- TROTTER, C. (1993): *The supervision of offenders: What Works*. Sydney: Victorian Office of Corrections.
- TYLER, T. (1990): *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press.
- VAELLO ESQUERDO, E. (1997): "El sistema de penas", en B. del Rosal Blasco (ed.) *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 15-40.

- VALERO, V. (2005): “Proceso de la aplicación de las MPA en España: situación actual y prospectiva”, en *Aplicación de las Medidas Penales Alternativas. Reunión de Expertos. Barcelona 21 de enero de 2005*. Barcelona: IRES, pp. 97-103.
- VALLDECABRES ORTIZ, I. (1996): “artículo 49”, en T.S. Vives Antón (coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, pp. 337-339.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S. (1990): *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- VARONA GÓMEZ, D. (2004): “La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, en <http://www.criminologia.net/contenidos/revistaContenido/2/AC0404.pdf>, pp. 1-14
- VASS, A. (1984): *Sentenced to Labour: close encounters with a prison substitute*. St. Ives: Venus Academica
- (1990): *Alternatives to prison: punishment, custody and the community*. Londres: Sage.
- VIDAL MARSAL, S. (1999): “Els treballs en benefici de la comunitat”, en AA.VV. *Les penes en el Codi Penal de 1995*. Barcelona: CGPJ-CEJFE, pp. 115-129.
- WALKER, N. (1991): *Why punish?*. Oxford: Oxford University Press.
- WASIK, M. – VON HIRSCH, A. (1988): “Non-custodial penalties and the principles of desert”, en *Criminal Law Review*, 555-572.
- WEIGEND, T. (2001): “Sentencing and punishment in Germany”, en M. Tonry – R. S. Frase (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 188-221.
- WEST, J. S.M. (1976): “Community sevice orders”, en J. F. S. King – W. Young (eds.) *Control without Custody*. Cambridge: Cambridge Institute of Criminology
- WILLIS, S. (1977): “Community service as an alternative to imprisonment: a cautionary view”, en *Probation Journal* 24(4):120-126.
- WILLMOTT, P. (1987): ‘Introduction’, en P. Willmott (ed.) *Policing and the Community*. Londres: Policy Studies Institute, pp. 1-6.
- WILSON, J. Q. (1998): “Selective incapacitation”, en A. Von Hirsch – A. Ashworth (eds.) *Principled Sentencing. Readings on theory and practice*. Oxford: Hart

Publishing, pp. 113-120. (Publicado por primera vez en 1983, como “Dealing with the high-rate offender”, en *The Public Interest*, 52).

WINIFIELD, S. (1977): “What has the probation service done to Community Service?”, en *Probation Journal*, Vol.24, num. 4:126-130.

WOOTON, B. (1973): “Community Service”, en *The Criminal Law Review*, pp. 16-20

WORRALL, A. (1997): *Punishment in the Community: the future of criminal justice*. Londres: Longman.

YOUNG, W. (1979): *Community Service Orders: the development and use of a new penal measure*. Londres: Heinemann.

ZIMRING, F. E. – HAWKINS, G. (1997): *Incapacitation. Penal confinement and the restraint of crime*. Nueva York: Oxford University Press.