

DERECHO PENAL

LA LIBERTAD VIGILADA EN EL CP DE 2010. ESPECIAL MENCIÓN A LA LIBERTAD VIGILADA PARA IMPUTABLES PELIGROSOS

Custodia JIMÉNEZ MARTÍNEZ

Doctoranda en Derecho Penal y Criminología en la UNED

Resumen: La LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, modificó decisivamente algunas instituciones fundamentales de la parte general del Código Penal. De relevancia particular es la nueva medida de seguridad de libertad vigilada, también aplicable a imputables (art. 106 CP), con la previsión de su ejecución tras el cumplimiento de la pena de prisión. La nueva consecuencia jurídica del delito está prevista para aquellos casos en los que así lo establezca expresamente la Ley penal. Con ello el Código penal español incluye directamente los postulados del llamado «derecho penal del enemigo» partiendo de un tratamiento punitivo específico a delincuentes de estado (sexuales y terroristas) con una previsión diferenciada del sistema de consecuencias jurídicas del delito tradicional, partiendo de la presunción de que la pena privativa de libertad para estos sujetos solamente cumple una función retributiva, manteniendo la peligrosidad criminal tras su cumplimiento, lo que justifica la imposición, como una medida de seguridad de un periodo de libertad vigilada, que puede llegar hasta los diez años después del cumplimiento efectivo de la condena.

Palabras Clave: medida de seguridad, libertad vigilada, imputables, derecho penal del enemigo, delincuentes sexuales y terroristas.

Abstract: Spanish Law 5/2010 of 22 June, which came into force on 23 December 2010, distinctly altered some fundamental institutions of the general part of the Penal Code. Of particular significance is the controversial introduction of the new security measures for parole, also applicable to chargeable offences (art. 106 PC) with of its im-

plementation after completion of prison sentences. The new legal consequence of crime is provided for those cases where they expressly provide for the criminal law. Thus, the Spanish Criminal Code directly include the principles of the «criminal law of enemy» based on a specific punitive treatment for state offenders (sexual and terrorists) with a differentiated system of legal consequences from traditional crimes, starting from the presumption that the prison sentence for these subjects only fulfils a retributive function, maintaining criminal dangerousness after compliance, which justifies the imposition, as a security measure, of a period of supervised liberty, which may extend to ten years after the effective implementation of the sentence.

Keywords: security measure, parole (supervised liberty), chargeable offences, criminal law of enemy, sexual and terrorist offenders.

I. Introducción

Tras más de treinta años descartada de la ley penal española, la libertad vigilada ha retornado al catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, siendo, seguramente, una de las novedades más importantes de la reforma de la LO 5/2010, no tanto por el contenido específico de esta medida sino por la resolución de disponer su imposición a sujetos plenamente responsables que, posiblemente ha venido asociado en determinadas ocasiones al fenómeno mediático de difusión de información y opinión en materia penal, la cual, y de forma crítica, se ha dirigido a demostrar ante el conjunto social la escasez o penuria de nuestra regulación penal para hacer frente a determinadas formas de criminalidad, sobre todo de delitos graves y la falta de respuesta punitiva en estos supuestos, bien por el fracaso del tratamiento resocializador o quizás por la inexistencia de arrepentimiento del criminal, lo que ha provocado en la sociedad una percepción de que no es suficiente con cumplir la pena dada la elevada predisposición que se tiene sobre el delincuente peligroso.

El problema del tratamiento de imputables peligrosos hace tiempo que se encuentra entre las principales demandas que la sociedad exige al sistema de justicia penal, y del que también se conoce una respuesta: «la inocuización de estos delincuentes»¹ que, en la Europa

¹ SILVA SANCHEZ, J. M^a. «El retorno de la inocuización», en *Homenaje al Doctor Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 699-710.

continental, se vienen desarrollando desde hace poco más de una década con la explícita finalidad de «proteger a la sociedad del peligro que representan aquellas personas que manifiestan una tendencia a la repetición de delitos graves»². Todo esto se enmarca en el cambio de modelo hasta ahora planteado en torno a la figura del delincuente, y en que la víctima, tal y como se venía criticando, era la gran olvidada.

Este redescubrimiento de la víctima ha dado lugar a un cambio radical en la forma de proceder, hasta el punto, que se ha traducido en dos fenómenos que centran el debate actual: por un lado, las sociedades de riesgo y por otro, lo que se conoce como derecho penal del enemigo, caracterizados por recurrir a ellos por la necesidad de proteger a la sociedad, la cual, a su vez, rechaza seguir asumiendo el fracaso de una pena dirigida a la rehabilitación y determina que es el delincuente que «voluntariamente ha generado la situación quien debe asumir su comportamiento»³.

Pero lo que es objeto de nuestra atención es lo que se denomina «medidas de seguridad postpenales» aplicadas a personas que presentan plena capacidad de culpabilidad y que son consideradas peligrosas por su tendencia a cometer delitos y las reacciones diferenciadas (monistas o dualistas) contra estos sujetos peligrosos en razón a la amenaza que representan para la seguridad general en el moderno derecho penal, es decir, la configuración de un doble sistema de consecuencias jurídicas del delito: compuesto de penas y de medidas de seguridad⁴.

Tras el profundo debate doctrinal ocurrido desde el Anteproyecto de 2006 (luego 2007) y posteriormente el Anteproyecto de 2008, el legislador, al contrario de lo que se venía manifestando en los nombrados anteproyectos que establecían la libertad vigilada como una pena accesoria, el legislador de 2010 ha tomado posición respecto a la libertad vigilada como una medida de seguridad no privativa de libertad que deberá imponerse en sentencia, y tratándose de imputables, de forma acumulativa a la pena de prisión, pero ejecutada en un momento posterior, una vez se haya cumplido la pena privativa de libertad.

² ROBLES PLANAS, R. «Sexual Predators». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, p. 3.

³ PALMA HERRERA, J. M. «El Derecho penal en la España del siglo XXI. ¿De dónde venimos y hacia dónde vamos?» <http://stj.col.gob.mx/STJ/CJI/palmaherrera.doc>.

⁴ GRACIA MARTÍN. L. «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho» en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Vol. I*, 2008, pp. 975-1004.

Las distintas propuestas vienen no obstante a coincidir en los destinatarios: los autores de esa criminalidad violenta que tanto rechazo social levantan al conjunto de la sociedad, en particular, terroristas, delincuentes organizados, reincidentes y pedófilos, todos ellos, imputables y «peligrosos».

II. Precedentes en el Derecho Penal Español

La libertad vigilada está notoriamente incorporada dentro del sistema de las medidas de seguridad, imprimiéndole un carácter de aseguramiento que se expresaba de acuerdo con sus manifestaciones iniciales, en la posibilidad de imponerla sin la comisión previa de un hecho delictivo.

A pesar de que existen antecedentes en los Códigos penales de 1848 y 1878, así como en otros textos anteriores, la primera ocasión en la que se contempla en un Código penal las medidas de seguridad⁵, es en el Código penal de 1928 promulgado durante la dictadura de Primo de Rivera, donde la influencia del principio de la defensa social se advierte no sólo con la introducción de las medidas de seguridad, sino también, como ha puesto de manifiesto Casabó, en que se tiene en cuenta la peligrosidad del delincuente en la medición de la pena⁶; así, en el Capítulo III del Libro III —arts. 90 a 107—, disponen de un tratamiento específico y configura un sistema dualista de penas y medidas de seguridad, aunque éstas últimas hayan sido reguladas mediante leyes penales especiales, como la Ley de Vagos y Maleantes (LVM), de la II República —dirigida tanto a quienes habían sido previamente culpables de la comisión de un ilícito penal como a otros que no habían cometido un delito previo— y la Ley de Peligrosidad y rehabilitación Social (LRPS) de 4 de agosto de 1970⁷. Ambas contemplaban un dilatado catálogo de medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, poniendo de manifiesto no sólo el problema

⁵ REBOLLO VARGAS, R., «De las medidas de seguridad» en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 787.

⁶ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*, Edit. Tecnos, T. I, 6ª ed., Madrid, 2004, p. 139.

⁷ SERRANO GÓMEZ, A., «Ley de Peligrosidad y rehabilitación social», *ADPCP*, T. 27, Fas. 2, 1974, p. 221. En el número cinco del preámbulo dice «establecer nuevas categorías de estados de peligrosidad que las actuales circunstancias sociales demandan por ofrecerse ciertamente como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales, con grave daño o riesgo para la comunidad.

de las medidas de seguridad predelictuales, declaradas incompatibles con la Constitución de 1978 y erradicadas del Código penal de 1995, sino otros problemas que todavía pueden tener alguna vigencia como la utilización del concepto indeterminado de «peligrosidad» como fundamento de las medidas de seguridad, la difícil distinción entre peligrosidad social y peligrosidad criminal, el problema de concurso entre las penas y las medidas de seguridad, el carácter vicarial o acumulativo del sistema y las cuestiones que se derivan de la duración de ambas o las que tienen que ver con la proporcionalidad.

A este respecto, la mayoría de la doctrina puso de manifiesto en distintos momentos tanto para un texto como para el otro, uno de los defectos mayores de la LVM primero, y posteriormente, de la LPRS fue la confusión entre los conceptos de peligrosidad: la criminal y la social. Así, por peligrosidad se entiende —en sentido amplio— la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delin cuencial; en otras palabras, se trata de un individuo con una conducta antisocial. Por otro lado, existe un cierto acuerdo al afirmar que la peligrosidad social es la posibilidad, o realidad de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito, molesto para la convivencia social; que sea por tanto un asocial⁸. Una consecuencia directa de esas distintas clases de peligrosidad supone que la reacción contra ambos tipos de peligrosidades ha de ser necesariamente distinta, tanto en la forma de luchar contra ella como en la clase de medidas que se adopten⁹.

Como es sabido y hasta la aprobación del Código penal de 1995¹⁰, recién aprobada la Constitución de 1978, la LPRS fue sometida a reforma el 26 de diciembre de 1978, y con posterioridad, el Tribunal Constitucional fue acortando su alto vuelo, pues no casaba con un ordenamiento jurídico en el que se parte del principio del Derecho penal de hecho, además de señalar que semejante dispositivo penológico violaba el principio *non bis in idem*, por imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad: «*los imputables son castigados con pena, y yuxtaponer otra consecuencia aflictiva con el mismo fundamento supondría incurrir en la proscrita doble sanción*» SSTC

⁸ TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y estado de Derecho*, Madrid, 1981, pp. 31 y ss.

⁹ REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 792.

¹⁰ El CP 95 derogó la Ley 16/1970, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (DD 1ª c), e introdujo una nueva regulación de las medidas de seguridad. En el Título IV se desarrollan las garantías derivadas del principio de legalidad (vid. *Supra* arts. 1, 2 y 3), y lo dispuesto en el art. 6. Vid. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma. LO 5/2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 238.

23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero y 107/1989, de 8 de junio)¹¹.

El otro espacio en el que la libertad vigilada ha tenido vigencia entre las medidas con esencia educativo-sancionadora es en el Derecho penal de menores con la Ley penal del menor desde el año 2000 (art. 7.1.h) de la LO 5/2000) donde se constituye como una medida de intervención activa en la educación y resocialización del menor, enfatizándose en el seguimiento de su actividad y, en particular, en su asistencia a clase o al lugar de trabajo, todo ello —señala el precepto— con el propósito de ayudarlo a superar las circunstancias que motivaron la infracción que cometió. En la ejecución de la medida de libertad vigilada juega un importante papel el profesional encargado de su seguimiento, con quien, por otro lado, el menor está obligado a entrevistarse las veces que se disponga en el programa que previamente ha sido aprobado por el Juez de Menores y que ha sido elaborado por la entidad pública o el citado profesional encargado de su seguimiento. Además de lo anterior, el Juez puede imponer determinadas reglas de conducta que consisten en obligaciones y prohibiciones, que oscilan desde la obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual, educación vial u otros similares, a la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos, sin olvidar cualesquiera otras obligaciones que el Juez, ya sea de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, considere convenientes para la reinserción social del menor, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (art. 7.h.7)¹².

III. Precedentes en las legislaciones penales actuales. El retorno a la inocuización

El pensamiento de la inocuización, ha experimentado un auge inusitado en las legislaciones penales actuales, aunque como nos dice SILVA SÁNCHEZ «El término «inocuización» del delincuente nos suena a antiguo (...) dada su innegable vinculación al positivismo criminológico»¹³. Por lo tanto, ese «retorno» a la inocuización del delincuente se basa por una lado, en el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora

¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 49.

¹² REBOLLO VARGAS, R, ob. cit. p. 803.

¹³ SILVA SÁNCHEZ J. M.^a. ob. cit. p. 699.

del Estado sobre el delincuente. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales¹⁴.

Así, tanto en los países anglosajones —en los que tuvo un mayor eco— como en la mayoría de los de la Europa continental, se vienen desarrollando desde hace poco más de una década mecanismos inocuidadores (específicos y diferenciados con respecto al resto de delincuentes) con la explícita finalidad de «proteger a la sociedad» del peligro que representan aquellas personas que manifiestan una tendencia a la repetición de delitos graves y, particularmente, de delitos violentos contra la libertad sexual. En el Derecho comparado, en términos generales, la lucha contra este peligro se ha articulado principalmente desde la lógica de la prolongación de la privación de la libertad durante el tiempo que dure la situación de peligrosidad. En países como Estados Unidos o Inglaterra, la naturaleza de esta prolongación no constituye una preocupación, sino que la finalidad preventiva lleva a justificar en muchos casos la imposición de la privación de libertad por tiempo indeterminado como *pena* en tanto estrategia de neutralización. En Alemania, por su parte, la privación de libertad con fines exclusivamente inocuidadores se articula mediante el recurso a las *medidas de seguridad* cuya duración tras las últimas reformas del StGB también puede llegar a ser indeterminada¹⁵.

En cuanto a Estados Unidos, hasta los años 90 el derecho penal sexual se caracterizaba por los principios de rehabilitación y tratamiento del delincuente sexual, pero a partir de los 90 la situación da un giro radical: se desconfía de la eficacia de las terapias, se deja de correr los riesgos de las «*parole*»¹⁶ y se apuesta por la tolerancia cero y el apartamiento en lo posible del delincuente (no sólo el sexual) por tendencia de la vida en sociedad. Se aprueban en casi todos los Estados Unidos las denominadas «*Sexual Violent Predators-Law*», siendo pionero Washington con la «*Community Protection Act*», que estableció, junto a la creación de registros para delincuentes sexuales, la medida denominada «*civil commitment*» o «*involuntary commitment*», por lo que el delincuente sexual debe permanecer privado de libertad por su peligrosidad para la comunidad por tiempo indeter-

¹⁴ *Idem*, p. 701.

¹⁵ ROBLES PLANAS, R., ob. cit. p. 4.

¹⁶ Es un beneficio penitenciario concedido por la «*Parole Board*», que es la junta de tratamiento, encargada de examinar y conceder las peticiones de libertad bajo palabra de honor a determinados internos, condenados a más de 3 años de cárcel, tras haber cumplido parte de la condena en una institución penitenciaria.

minado hasta que deje de representar un peligro para aquella¹⁷. Se puede decir por tanto que en las últimas décadas esta tendencia a la inocuización ha experimentado un auge considerable a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes «*three strikes*»¹⁸, el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (*selective incapacitation*). Esta nueva legislación ha de afrontar el problema de las dificultades en la predicción de peligrosidad o de la reincidencia, y sobre todo, en la vaguedad de los términos de la ley que implica sea muy complejo determinar con precisión en qué casos debe procederse a imponer el internamiento una vez cumplida la pena¹⁹.

Además de los dos fenómenos comentados anteriormente, no puede ignorarse una serie de medidas adicionales al sistema dualista que se aplica en EE UU, así tenemos la aplicación, durante el período de ejecución de la pena privativa de libertad, de tratamientos hormonales, convencionalmente denominados «castración química»²⁰ así como los deberes de registro de exdelincuentes sexuales, en ocasiones asimismo de duración vitalicia, y que fueron introducidos en la *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*. Y por fin, en la misma línea se mueve el «*Community Empowerment*», esto es, el sistema de notificación a una determinada comunidad de los datos obtenidos en virtud del deber de registro. El conjunto de medidas resulta enormemente revelador de los extremos a los que puede llegar la supuesta lógica de la «seguridad colectiva», a la hora de restringir derechos individuales y estigmatizar al sujeto²¹.

En Inglaterra la ideología de la «*Incapacitation*» dejó su huella en la *Criminal Justice Act* de 1991, primero, y en la actual *Criminal Justice Act* de 2003 después. Según esta última, la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, provoca que al delincuente se le imponga una «*extended sentence*». La primera

¹⁷ ROBLES PLANAS, R., ob. cit. p. 5.

¹⁸ Las leyes «*three strikes*» en Estados Unidos, incorporan el conocido principio «*three strikes and you're out*», que básicamente lo que significan es que si cometes 3 delitos graves puedes pasar la vida en la cárcel.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ J. M.^a Ob. cit. p. 704.

²⁰ La medicación consistente en anti-andrógenos reprime los instintos sexuales y reduce la producción de testosterona. En Europa la castración química como método moderno para combatir la delincuencia sexual reiterada y grave ha irrumpido muy recientemente en el debate político de algunos países, particularmente en Francia y en Inglaterra, donde se advierte cierta simpatía por la medida, sin que en ninguno de ellos se hay previsto por el momento la adopción de procedimientos concretos. Vid. ROBLES PLANAS, R. «Sexual Predators» ob. cit. p 11.

²¹ SILVA SÁNCHEZ J. M.^a ob. cit. pp. 704 y 705.

modalidad implica el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. La segunda modalidad, prevista para los supuestos más graves, comporta desde una «*sentence for public protection*» (cuya duración mínima no puede ser inferior a los diez años de prisión) hasta una pena a cadena perpetua («*life sentence*»)²².

La *Sicherungsverwahrung* (custodia de seguridad) existe en el StGB desde que se introdujeron en él las medidas de seguridad en el año 1933 y ha sido y sigue siendo el principal instrumento del Ordenamiento penal alemán para combatir la reincidencia en delincuentes violentos peligrosos²³. Es, como en el caso norteamericano, la maximización de la idea de seguridad, aunque se diferencia puesto que no se abandona la idea resocializadora del tratamiento²⁴. La custodia de seguridad ha sido reformada en dos ocasiones más para extender su ámbito de operatividad a casi todas las situaciones en las que la peligrosidad del delincuente resulta una «amenaza para la sociedad»²⁵. La custodia de seguridad se contempla actualmente como una prolongación de la privación de libertad, esto es, a cumplir tras la pena de prisión, bien con carácter obligatorio para el juez en supuestos de delincuencia grave reincidente o bien con carácter facultativo cuando, pese a no existir condenas anteriores, se esté ante sujetos que han manifestado una tendencia hacia el delito a través de la comisión de diversos delitos dolosos²⁶, en resumidas cuentas, la existencia en estos sujetos de un verdadero peligro para la sociedad. Esto se traduce con la introducción de imposición de la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, prescindiendo completamente de la obligación de dictar la medida o su reserva en sentencia condenatoria, pudiendo el tribunal decretar la custodia con posterioridad a la sentencia y antes de que el sujeto alcance la libertad cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad²⁷.

El modelo tiene una base ideológica muy clara: la sociedad, incluso en el caso de ciertos delincuentes no habituales, cuyo delito haya tenido, sin embargo, una especial incidencia, por el número de víctimas, por ejemplo, renuncia a asumir porcentaje alguno del riesgo de reincidencia. Todo el riesgo se hace recaer sobre el autor,

²² ROBLES PLANAS, R., ob. cit. p. 5.

²³ *Idem*, p. 6.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª ob. cit. p. 706.

²⁵ ROBLES PLANAS, R. ob. cit. p. 6.

²⁶ *Idem*, p. 6.

²⁷ ROBLES PLANAS, R. ob. cit. p. 7.

quien de este modo es sometido a intervenciones asegurativas de la máxima intensidad. La adecuación de este modelo al principio de proporcionalidad resulta más que discutible²⁸.

No debemos olvidar el caso de Suiza en el cual se ha dado un paso más allá al aprobar por iniciativa popular una modificación de la Constitución (pendiente en la actualidad de ratificación parlamentaria) en virtud de la cual, a un delincuente violento o sexual que sea definido como extremadamente peligroso y no susceptible de tratamiento, pueda imponérsele la medida de internamiento en custodia de seguridad perpetua y sin posibilidad de revisión por un elevado riesgo de reincidencia²⁹.

Así mismo, el Código Penal francés admite un «control socio-judicial» después de haber cumplido la pena (art. 131-136 modificado por la Ley n° 98-468 de 17 de junio de 1998. Se trata de una ley de prevención y represión de delitos sexuales y de protección de menores). Ese control se centra especialmente en el sometimiento del sujeto a un tratamiento socio-terapéutico bajo supervisión judicial, así como a la adopción de medidas de alejamiento o la prohibición de no realizar determinadas profesiones. Una repuesta legislativa similar se produce también en el derecho italiano, al definir lo que denomina «delincuentes por tendencia» en los artículos 102 a 109 de su Código Penal.

IV. La libertad vigilada en el proyecto de Código Penal de 2007, Anteproyecto de Código Penal de 2008 y proyecto de Reforma de 2009

El Proyecto de Código penal de 2007 contempla por primera vez la figura de la libertad vigilada que se definía en su art. 48.4³⁰. Se

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a ob. cit. p. 707.

²⁹ ROBLES PLANAS, R. ob. cit. p. 7.

³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 142 en su nota 225 dice: Ha de señalarse que el Estado español está obligado a implementar en el ordenamiento jurídico la DEM 2008/947/JAI del Consejo, del 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DOCE de 16 de diciembre de 2008) antes del 6 de diciembre de 2011. Esta Decisión viene a poner de manifiesto, como se señalará a continuación, que la libertad vigilada, como pena, como pauta o como medida es una realidad en los países miembros de la Unión Europea.

puede decir que la confianza puesta por el legislador en esta nueva forma de sancionar al autor del delito era casi ciega en ese momento, en la medida en que aparecía repetida varias veces a lo largo de las reformas que se proyectaba realizar del Libro I del Código. Así, en su art. 33 la incluía en atención a su naturaleza y duración entre las «penas» menos graves y el art. 39 la calificaba como una pena «privativa de derechos»; posteriormente volvía a recurrir a ella al incluirla como instrumento idóneo para hacer frente a la delincuencia habitual (art. 94), como «medida de seguridad» (art. 96, apartado 3, regla 12), como «nueva modalidad» de la pena de alejamiento y como «pauta de comportamiento» a los efectos de la sustitución de penas (art. 87.2). La pluralidad de ocasiones en las que recurría a ella, ponía de manifiesto la confianza que el legislador depositaba en ella, como «sanción» penal que consiste en mantener en libertad al penado, pero de forma vigilada, de ahí la multiplicación de su naturaleza, pero también se derivaba de esta misma configuración plural una confusión enorme en cuanto a su definitiva morfología³¹. En esta misma línea REBOLLO VARGAS hace hincapié en atribuir a la libertad vigilada un triple carácter: a) como pena privativa de derechos (art. 39.j y 33.n); b) como sustitutivo de las penas de prisión que no excedan de los dos años, en la que se preveía la modificación del art. 88 CP entre las que se incorporaba la libertad vigilada en el apartado d) del art. 88.1; y c) como medida a imponer a reincidentes y habituales (art. 94)³².

Pero sin duda alguna, la cuestión más discutida dentro del Proyecto de reforma de Código penal de enero de 2007, fue la previsión de aplicación sucesiva de pena y medida de seguridad de libertad vigilada para el imputable, porque frente al entonces vigente sistema monista de imposición de penas o medidas de seguridad para el imputable o el inimputable, respectivamente, junto con el régimen vicarial previsto para los semiimputables³³, el art. 94 del Proyecto mencionado disponía un régimen especial para los delincuentes reincidentes y habituales³⁴. Así, se establecía un paquete complejo de disposiciones de carácter penal junto a otro de contenido puramente penitenciario³⁵.

³¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, p. 143.

³² REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 805.

³³ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 78.

³⁴ GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 31.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p.144.

Del paquete de medidas penal-penitenciario previsto, lo más curioso fue la imposición sucesiva de pena de prisión y posterior «libertad vigilada de hasta dos años³⁶», pues no quedaba del todo clarificado si ésta se adoptaba en forma de pena o de medida de seguridad. En este sentido se manifestó el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la regulación que se sometía a examen: «El Consejo considera que la libertad vigilada presenta en el texto informado una naturaleza sumamente confusa, pues siendo formalmente pena, se permite su aplicación —en casos de reincidencia— a tipos delictivos que no la contemplan como tal, quebrando el marco penal establecido en la Parte Especial para ellos, y como medida de seguridad es de imposible encaje en un sistema dualista como el español, en el que las medidas de seguridad se aplican a inimputables o semiimputables. Su contenido, por otra parte, es banal y de nula eficacia preventivo general o especial, por lo que como sustitutivo de la pena de prisión resulta de difícil asimilación. Estas razones militan a favor de su pura y simple supresión, salvo que lo que se pretenda abordar sea una reforma de amplio alcance del sistema de medidas de seguridad postdelictuales, que afecte a su propio fundamento, propósito que en modo alguno aparece anunciado en el presente texto»³⁷.

En el Anteproyecto de reforma de 14 de noviembre de 2008, sí que le proporcionaba superior atención a las reformas operadas en este ámbito de las consecuencias jurídicas y presenta una articulación distinta de la libertad vigilada más razonada que la anterior y que, en cualquier caso, no quiebra con la estructura seguida hasta entonces en nuestro Código penal en relación a la concurrencia de penas en atención a la culpabilidad del sujeto y de las medidas de seguridad para los sujetos inimputables y semiimputables, como sí hacía el Proyecto de 2007 para los reos reincidentes y habituales y como, de modo indiscutible, asume la última reforma de 2010³⁸.

Por lo que se refiere a las reformas previstas en materia de penas, las contenidas sobre la finalidad que se perseguía alcanzar son muy llamativas y se centran fundamentalmente en el régimen de la «nueva» pena accesoria de libertad vigilada; se afirmaba que en la medida en que su fin «prioritario» es la «prevención especial», «la aplicación de la misma —la libertad vigilada— durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se man-

³⁶ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 211 y ss.

³⁷ El informe puede verse en <http://www.codigo-civil.org/archives/197>.

³⁸ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 806.

tendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone»³⁹.

La naturaleza de dicha consecuencia jurídica quedaba también en entredicho cuando en la misma Exposición de motivos se afirmaba que «*se dará a la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad*». Con ello el propio pre-legislador sacaba a relucir el doble filo de la espada con la que pretendía atravesar el ordenamiento jurídico esta nueva pena de libertad vigilada: uno meramente corrector, herencia del correccionalismo español liderado por autores como DORADO MONTERO o CONCEPCIÓN ARENAL; otro meramente inocuizador, como reclamara en su momento V. LISTZ en relación a los fines que han de desempeñar las penas sobre el delincuente habitual incorregible⁴⁰; corrección por un lado, e inocuización, por otro, que el «moderno» Derecho penal creía haber superado, en pro de la reeducación y la reinserción social⁴¹.

Como se puede observar, la pena accesoria de libertad vigilada estaba relacionada con la necesidad del legislador de dar respuesta a casos concretos que conmocionaron a la opinión pública a través de la opinión publicada en distintos medios (que no coincide siempre con la opinión pública), lo cual fue determinante para la creación de una nueva pena accesoria —la libertad vigilada— para hacer frente a la puesta en libertad de sujetos que ya habían cumplido con la condena impuesta. Nos referimos al caso de un conocido terrorista, así como al de un delincuente sexual que actuaba en Barcelona, en el caso del terrorista, en enero del año 2005 se suceden en la prensa una serie de

³⁹ Se trataba, en esencia, de una «pena accesoria» que se iba a imponer en virtud de dos regímenes diversos. En atención al primero (Art. 49 bis del Anteproyecto), dicha pena era accesoria con carácter general, si bien por error, olvidó el legislador señalar si lo será de las penas privativas de libertad inferiores o superiores a cinco años o a ambas, pues no se había previsto la modificación de los artículos 55 y 56 (sustituido en el que se sometería a las mismas reglas que rigen al resto de las penas accesorias). Y en atención al segundo (art. 57 bis), se establecía la obligación por parte del Juez de imponer, en todo caso, esto es, con independencia de las características que presente el responsable, una pena de libertad vigilada de entre 10 y 20 años a los condenados por la comisión de uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexual y por un delito de terrorismo de los artículos 571 a 580. Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 148, nota 242.

⁴⁰ V. LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Maastricht*, 1882, Edit. Comares, Granada, 1995, pp. 83 y ss.

⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 148.

informaciones que «denuncian» que éste, podría salir en libertad poco después tras haber cumplido una condena de dieciocho años cuando había sido condenado a tres mil por veinticinco asesinatos, ya que se había acogido a los beneficios penitenciarios del Código penal de 1973. Así, antes de que fuera puesto en libertad se acordó su prisión preventiva para investigar si unos artículos que había publicado en un diario eran constitutivos de un delito de amenazas y de enaltecimiento del terrorismo. Imputaciones por las que cumplió tres años más de prisión hasta que quedó en libertad en el año 2008. Pues bien, con independencia de la reprochabilidad de su conducta, ella desató una serie de debates que iban desde la defensa de la constitucionalidad de la cadena perpetua y, por lo tanto, de quienes abogaban por su instauración, a quienes defendían la introducción de medidas correctoras para que los terroristas no pudieran acercarse ni residir cerca de las víctimas, sin reparar en la existencia del anterior art. 48 del Código penal que ya preveía tal posibilidad desde la entrada en vigor del Código penal de 1995⁴².

Siguiendo la línea señalada por las proposiciones frustradas anteriores de reforma, igualmente el Proyecto de 27 de noviembre de 2009 recurría a la libertad vigilada, pero de forma muy diferente a su precursor en el tiempo, dado que ya no revestía el carácter de «pena», ni siquiera de «pena accesoria», sino abiertamente de «medida de seguridad». Semejante cambio pone de relieve que comparativamente, las novedades previstas entonces y hoy incorporadas finalmente al Código a través de la LO 5/2010, son mucho más profundas que las trazadas en los Proyectos precedentes.

El primer cambio que con carácter general se apreciaba en la Exposición de Motivos de este Proyecto de reforma del Código penal es que se dirigía no a ciudadanos individuales que cometieran delitos, sino a «grupos de delincuentes», esto es, a aquellos que presentan «*determinados perfiles criminológicos*»: de esta forma los *profiling*, que en el ámbito criminalístico permiten mediante el estudio conjuntos de determinados delincuentes, una mejor identificación de las características de los autores, a fin, por ejemplo, de contribuir a la búsqueda policial de los sospechosos de un delito, esbozando sus características, pasaban a determinar la concreta respuesta punitiva, compactándola⁴³.

Dos eran en particular los «perfiles criminológicos» a los que iban dirigidas las novedades que en esta línea incorporaba el Proyecto de

⁴² REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 806.

⁴³ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 152.

27 de noviembre de 2009, aunque ambos se caracterizaban en el texto porque sus perfiles «*hacen más resistentes a ese efecto rehabilitador de la pena, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia*». Dichos perfiles se correspondían, por un lado, con el de aquellos delincuentes que presentaban una «*inclinación delictiva*» «*vinculada a determinados trastornos de personalidad o de conducta*», ejemplificándose con los autores de los delitos «*contra la libertad sexual*», y, por otro lado, con el de aquéllos cuyo actuar «*se enmarca en una actitud de índole pretendidamente ideológica, que comporta la negación de la condición delictiva misma de su conducta, y por tanto el rechazo radical de la pena como respuesta legítima del Estado de Derecho y la consiguiente resistencia a sus consecuencias*»: son los artículos 192 —condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual— y 579 —condenados por delitos de terrorismo—. Se presumía pues siempre y en todo caso la peligrosidad de estas personas y la imposibilidad de «*corregirlas*» a través del cumplimiento de una —larga— pena privativa de libertad porque son sujetos «*inadaptables*». No puede olvidarse que se trata de delincuentes que han sido declarados imputables en sentencia, y respecto de los cuales, se constata su superior peligrosidad incluso tras pasar un largo período de su vida privado de libertad. De su mano, el fantasma de la figura lombrosiana del delincuente nato, reaparecía en la escena criminal en su versión moderna del peligro nato⁴⁴.

La propuesta que encerraba el Proyecto radicaba en imponer medidas de seguridad al sujeto declarado imputable apoyándose ya no en su peligrosidad criminal, sino en la peligrosidad social del grupo al que pertenece o del perfil que del mismo se supone, esto es, el peligro de que satisfeca su responsabilidad criminal mediante el cumplimiento de la pena, coexistía un riesgo para la sociedad —con quien parece que no termine de saldar su deuda— de que dicho sujeto vuelva a delinquir⁴⁵; indeterminación y confusión no son más que los efectos que la letra de la ley provoca⁴⁶. Con ello, la pena pasa a ser proporcional «*no tanto al delito cometido sino al grado de peligrosidad social calculado sobre la base de esas mismas características*»⁴⁷. El renacimiento de esta clase de respuesta se fundamenta en opinión de

⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 153.

⁴⁵ VIVES ANTÓN, T.S., «*Métodos de determinación de la peligrosidad*», en Vives Antón, TS, *La libertad como pretexto*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 18 y ss.

⁴⁶ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M., *Trastornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, Edit. CESEJ, Madrid, 2007, p. 119.

⁴⁷ PICTH, T, *La sociedad de la prevención*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 119.

PORTILLA CONTRERAS en el hecho de que «las actuales políticas penales basadas predominantemente en el control, en la inspección permanente de los espacios en los que habitan esos sectores de riesgo, las nuevas «clases peligrosas», una vigilancia que aglutina simultáneamente la técnica del Panóptico vigilante disciplinar y la ubicua observación permanente del Gran hermano»⁴⁸

V. La libertad vigilada como medida de seguridad en la LO 5/2010

La introducción de la libertad vigilada en la presente reforma del Código penal es una de las resoluciones de política criminal más destacadas del legislador por su relevancia y, desde luego, es una de las primicias más significativa que se han introducido en el texto.

El Preámbulo de la Ley indica que la opción inocuidadora, que se traduciría en una prolongación ilimitada o indiscriminada de la privación de libertad chocaría con los principios de Derecho penal que la Constitución ampara, por lo que «*en casos de especial gravedad*» es preciso contemplar otras soluciones que, «*sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario*», permitan conciliar esas exigencias constitucionales con otros valores como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, «*potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad*». Así, REBOLLO VARGAS dice que la mayoría de las medidas en las que consiste la libertad vigilada tienen poco de rehabilitadoras para aproximarse a otros cometidos más propios del aseguramiento: de esa breve referencia que hemos entrecorrido del Preámbulo destaca una particularidad y es que el legislador circunscribe a dos casos los supuestos en los que se debe imponer una medida de libertad vigilada a sujetos plenamente responsables; los previstos en el art. 192.1 (delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales), así como los previstos en el art. 579.3 (terrorismo); delitos, indudablemente graves, pero ¿por qué esos y no otros?, ¿acaso no lo son también —sólo por citar algunos— los relacionados con el narcotráfico o con las organizaciones criminales? y, ¿por qué no a los reincidentes y habituales como se preveía en el Proyecto de 2007? Ya que esa criminalidad patrimonial de carácter leve es una de las que genera mayores percepciones de inseguridad ciudadana⁴⁹.

⁴⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 36.

⁴⁹ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 854.

Independientemente de los problemas de distinta naturaleza que la medida provoca, lo alarmante es que se ha dado un «*primer paso*» para incluir una medida de seguridad cuyos destinatarios no son sólo los inimputables o los semiimputables ya que, en el art. 105.1 se dispone una medida de libertad vigilada por un tiempo no superior a cinco años para los supuestos previstos en los arts. 101 a 104, esto es, tanto para los exentos de responsabilidad criminal, como para aquellos a quienes se les aplique una eximente incompleta; sin embargo, más allá de esos supuestos se previene también en el art. 105.2 la imposición de la libertad vigilada como medida de seguridad para aquellos sujetos plenamente responsables en los casos en los que expresamente se disponga en el Código, lo cual supone algo más que una «*leve reordenación*» del Título IV⁵⁰. A este respecto, como señalan CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG en cuanto a la fijación máxima de la medida de seguridad no privativa de libertad, parece que el legislador ha querido evitar la dificultad de comparar penas y medidas de seguridad (especialmente cuando tienen un contenido heterogéneo), como obliga a hacer la fórmula del principio de proporcionalidad recogida en el art. 6.2. Pero el fundamento específico de las medidas de seguridad, aquella concepción del principio de proporcionalidad y la redacción del art. 105 plantean algunas dudas sobre su ámbito de aplicación. En primer lugar, es discutible y no hay unanimidad sobre si solo se regulan aquí los supuestos en los que, **junto con la medida de seguridad no privativa de libertad, se ha impuesto también una medida de seguridad privativa de libertad**. En segundo lugar, cuando la medida de seguridad impuesta y la pena prevista para el delito tengan un contenido homogéneo, es discutible si el art. 105 permite que las medidas de seguridad tengan una **duración** superior a la que hubiera podido tener la **pena**; como también es discutible si, en el caso de que se superen así los límites aquí previstos, el art. 105 impide que la medida de seguridad no privativa de libertad se imponga con la duración máxima prevista para la pena que se hubiera podido imponer si el sujeto fuera plenamente responsable⁵¹.

No obstante a lo anterior, lo que está claro es el afianzamiento de una opción político criminal determinada que, finalmente, ha acabado positivizándose en el Derecho penal español a pesar de que, es cierto, momentáneamente se circunscribe a dos grupos de delitos, pero nada impide que en el futuro puede aplicarse a otros tipos en función de «*la constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad*» (Exposición de Motivos del Anteproyecto de

⁵⁰ *Ídem*, p. 854.

⁵¹ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, ob. cit., p. 259.

2008), dado que «el objetivo del legislador ha sido siempre avanzar en el tratamiento de aquellas materias que han ido conformándose como objeto de especial preocupación social tras la promulgación del Código vigente» (Exposición de Motivos del Proyecto de 2009), referencias que han desaparecido en el texto definitivo del ahora Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, pero que nada impide para que en función de esas denominadas «demandas sociales» se amplíe el catálogo a otros supuestos⁵².

Si pasamos a analizar el texto articulado partimos de la base de que en su interior se distinguen tres grupos de supuestos en los que el legislador puede recurrir a la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada.

En primer lugar tendríamos el supuesto de las personas declaradas inimputables que hayan cometido un hecho constitutivo de delito; en este caso la libertad vigilada puede ser una medida única y por tanto se ejecutará inmediatamente después del momento en el que se dicte la sentencia; pero también puede ser pauta que acompañe a otra medida de seguridad privativa de libertad, en cuyo caso y según establece el art. 105 tras la reforma operada por la LO 5/2010, se podrá ejecutar de forma simultánea a ésta, aunque y según ACALE SÁNCHEZ, se trata de una posibilidad que carece de sentido porque la libertad del condenado la «vigila» en este caso la medida de internamiento directamente⁵³.

En segundo lugar, para los casos de semiimputables, según establece el art. 104 del Código penal vigente y que no sufre modificación en la LO 5/2010, *«en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20, el Juez o Tribunal podrá imponer además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el art. 99»*, art. 99 que no sufrido tampoco ninguna modificación y cuya redacción actual es fruto de la reforma que del mismo operó la LO 15/2003 para resolver la polémica abierta por una duración autónoma, lo que podría llevar aparejado el internamiento de por vida⁵⁴.

⁵² REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 854.

⁵³ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 188.

⁵⁴ El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 21/1987, de 19 de febrero y 23/1986, de 14 de febrero entendió, en relación con la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad en atención al Código penal de 1973 y la LPRS de 1970, que *«el principio non bis in idem, enlazando con los principios de legalidad y tipicidad, impide*

Y en tercer y último lugar, para los imputables peligrosos condenados por los delitos que expresamente se señale por el legislador, que, según la LO 5/2010 son los de terrorismo (art. 579) y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192). En este caso la medida de seguridad se impone en sentencia para ser cumplida infaliblemente una vez cumplida la pena, y puede tener una duración en abstracto de hasta 10 años, con uno u otro contenido, según lo establezca *a posteriori* el juez de vigilancia penitenciaria.

1. Definición y contenido

Como es sabido, la libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3.3), que consiste en el sometimiento a una o a varias de las medidas que se disponen en el art. 106.1 y cuyo cumplimiento se llevará a cabo bajo control judicial⁵⁵. Dicha vigilancia se ha de llevar a cabo a través del sometimiento del condenado a «control judicial» en un doble sentido pues si bien en primera instancia es el juez sentenciador quien la impone vacía de contenido, posteriormente su ejecución la controlará el juez de vigilancia penitenciaria quien propondrá al primero, a la vista de los informes penitenciarios que se le faciliten, en qué va a consistir⁵⁶. Sin embargo el Código penal nada añade acerca de cómo ha de realizarse ese control judicial, ni cuándo, ni hace mención alguna, ni existe previsión normativa acerca de la existencia de un agente de vigilancia penitencia o de cualquier otro sujeto que realice materialmente ese control. Se trata de una previsión huérfana —en estos momentos— de desarrollo normativo que permita dotarla de contenido material, carente de desarrollo normativo y de la correspondiente habilitación presupuestaria, lo cual hace presagiar que nos encontramos ante una fórmula similar a la del arresto de fin de semana a la que, con independencia de las críticas que suscitó en su momento al igual

*la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlos diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en otro la «peligrosidad». En este sentido, la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida, son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal», vid. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 189.*

⁵⁵ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 856.

⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad vigilada», en ALVÁREZ GARCÍA, J. A. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 147 y ss.

que las que despierta la libertad vigilada, de mantenerse en los términos en los que ahora está regulada no se le augura un porvenir demasiado halagüeño⁵⁷.

No obstante, se señala un catálogo de obligaciones y de prohibiciones que vendrán a concretar cumulativa o alternativamente el contenido de la medida. El catálogo ha de entenderse cerrado ya que no pueden conformarse obligaciones no previstas, por virtualidad que pudieran tener sobre el control o la vigilancia de la libertad del penado, como resulta en otros ámbitos como el de las medidas —deberes— que pueden condicionar el disfrute de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad o la libertad condicional (art. 83.1.6^a y 90.2). En tanto que medida de seguridad, tal consecuencia no escapa a las exigencias del principio de legalidad, y a la necesidad de prever estrictamente el contenido de la misma⁵⁸.

La amplitud de prohibiciones y obligaciones con que puede llenarse la libertad vigilada hace necesario distinguir dos grupos; por un lado, aquellas que tienden a tener vigilada la libertad del sometido a la medida, y, por otro, las que tienden a proteger a las víctimas⁵⁹.

Cuando el condenado imputable deba cumplir sucesivamente varias penas privativas de libertad —en atención al régimen establecido en el art. 75 con el complemento indispensable del art. 76.2—, se entenderá que todas ellas son una sola, a los efectos del cómputo del plazo de los dos meses. Se retrasa pues el cumplimiento de la libertad vigilada al momento en el que se haya terminado de cumplir todas las penas impuestas, incluido por tanto la última fase que se llevará a cabo, cuando se cumplan los requisitos generales establecidos en el art. 90, en régimen de libertad condicional. Lo que, en definitiva, viene a prorrogar el cumplimiento de la «medida de seguridad» de libertad vigilada a momentos muy lejanos en el tiempo a la comisión del delito, pasados dentro de la prisión en la mayoría de los casos, muchos años en primero o en segundo grado de tratamiento penitenciario (arts. 36.2 y 78), esto es, los grados más cerrados y, por ende, los más lejanos a la reinserción social⁶⁰. Además de lo anterior, el art. 96.2.a) también dispone la medida de libertad vigilada, por un tiempo de hasta diez años, aplicable a sujetos plenamente responsables en aquellos casos que esté expresamente dispuesto en el Código.

⁵⁷ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 856.

⁵⁸ GARCÍA ALBERO, R., «La nueva medida de libertad vigilada», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2010, Pamplona, 2010, p. 3.

⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 192.

⁶⁰ ACALE SÁNCHEZ, M. *Medición de la respuesta...*, p. 193.

Ahora bien, a diferencia de las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables, en este caso, el art. 105.2 dispone que su cumplimiento es posterior a la pena privativa de libertad impuesta, lo cual, atendiendo a los supuestos para los que se prevé, (delitos contra a libertad e indemnidad sexual, así como determinados casos de terrorismo), a los que les corresponderán penas privativas de libertad que puedan alcanzar un máximo de cumplimiento efectivo de hasta cuarenta años, parece que se trata de una medida que tendrá una efectividad —como poco— discutible⁶¹.

Dentro del primer grupo de modalidades de libertad vigilada, esto es, las que de manera directa tienden a vigilar la «libertad» del penado, la letra a) del art. 101 señala *«la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente»*. Es una obligación nueva, que antes de la reforma de 2010 no existía dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3, ni del art. 105. Parece pues consustancial a la nueva medida de «libertad vigilada» de «control permanente». La adopción o no de esta obligación está sin embargo en manos del Juez. La situación hubiera cambiado considerablemente de haberse incluido la referencia a la utilización de estos medios en la definición de la libertad vigilada en el propio art. 106.1, pues en este caso, siempre debería estar sometido a control⁶². Se trata de llevar a cabo un «seguimiento permanente», lo que es tanto como afirmar 24 horas al día, sustituyendo a los medios humanos por aparatos electrónicos, ya que el Código penal nada añade acerca de cómo ha de realizarse este control judicial, ni cuándo, ni se hace mención alguna ni existe previsión normativa acerca de la existencia de un agente de vigilancia penitenciaria o de cualquier otro sujeto que realice materialmente ese control⁶³, que, en definitiva son personas especializadas en la ejecución penal que, con sus conocimientos, vigilan la libertad del penado, y que en el ámbito de la legislación penal del menor ocupan un lugar esencial. La omisión de esta figura hace recaer sobre el juez directamente el control, lo que, a todas luces, va a dificultarlo y puede llevar aparejado el efecto criminógeno de que la falta de control efectivo vacíe de contenido a la libertad vigilada⁶⁴.

Dentro de este primer grupo se tendría también que incluir la previsión contenida en la letra b): *«la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca»*. De nuevo, con-

⁶¹ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 856.

⁶² ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob.cit. p. 193.

⁶³ REBOLLO VARGAS, ob. cit. p. 856.

⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 194.

siste en una obligación que tiende directamente a controlar las posibles fugas o huidas del penado, vigilando su libertad, medida que hasta el día de hoy es una de las formas de controlar la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 530).

La misma finalidad controladora tiene la obligación de «*comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo*» (letra c). Tampoco figuraba antes de la reforma del Código penal de 2010 dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, por lo que parece —también— consustancial a la idea de «libertad vigilada» y de nuevo, es una de las obligaciones a las que se recurre con frecuencia en el ámbito de la libertad provisional (art. 530 LECri).⁶⁵

La misma dirección sigue la previsión contenida en la letra d): «*la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal*», siendo una vieja medida de seguridad no privativa de libertad bajo la formalidad de libertad vigilada.

En cuanto a la letra i): «*la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza*», es una manera nueva que hasta ahora no estaba incluida en la lista de medidas de seguridad no privativas de libertad y cuyo propósito es ejercer un control sobre las actividades que realiza el penado. Desde un punto de vista de la prevención especial se vuelve al control de su libertad, vigilando y esquivando la reincidencia, por lo que el fracaso en cuestión de reinserción social, está servido⁶⁶.

De forma final y en cuanto a la letra j): «*obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares*» que estaba dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad antes de la reforma y que coincide en el ámbito de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que, llama la atención la falta de cuidado hecha por el legislador a la hora de referirse a los mismos programas en unas y otras sedes.

Sea como fuere, lo que parece quedar claro es que la práctica totalidad de éstas medidas, salvo las dos últimas acabadas por citar tienen un indiscutible factor de control, lo cual, rebate abiertamente el afán rehabilitador que debería dirigir la imposición de la medida de

⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, p. 194.

⁶⁶ *Ídem*, p. 194.

libertad vigilada para transformarlas, de hecho, en medidas represivas de derechos con unas semejanzas más que importantes con las penas previstas en los arts. 39 y ss., del Código penal.

Junto a las anteriores, como se decía, existe un segundo grupo de modalidades de libertad vigilada en el que tiene más peso la protección de las víctimas, que el control de la libertad del penado. Se trata de un conjunto de previsiones que además de estar ya incluidas antes de la reforma en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, también eran —y son— consideradas penas.

La primera de ellas se refiere a la letra e): «*la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*». Su contenido es limitado, pues consiste en prohibir la aproximación física nada más, con lo cual, el sometido a ella podrá ponerse en contacto con la víctima a través de otros medios como el correo o el teléfono, a no ser que se imponga de forma conjunta con la siguiente de las prohibiciones. Tampoco le impide residir en la misma localidad que la víctima⁶⁷.

La misma finalidad tiene la «*prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*» incluida en la letra f) que ya formaba parte del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad antes de la reforma de 2010, aunque llama la atención la disparidad de contenido de esta medida en relación a la modalidad de la pena de alejamiento correspondiente, regulada en el art. 48 que, en este punto, no ha sufrido modificación. Aquí se le prohíbe al penado «*comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual*». Nótese como lo que se deja abierto a la discrecionalidad del juez es la selección de las personas respecto de las cuales ha de adoptarse la prohibición de comunicación, no los medios. Sin duda alguna, ante el silencio que al respecto guarda el art. 106, el juez recurrirá para concretarlos —por analogía— al art. 48⁶⁸.

La letra g) se refiere a «*la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos*». El art. 96.3.5^a, antes de la reforma, contemplaba una medida semejante, pero se señalaban más datos, ya que se establecía «*la prohibición de acudir a determinados*

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 196.

⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 197.

lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego». De nuevo, plantea problemas la interpretación de lo que por tales «sitios» haya de entenderse. Por «territorios» como se decía anteriormente, parece darse a entender que se prohíbe acudir a zonas geográficas; por «lugares» por el contrario cabe interpretar concretos sitios, como un paraje, zonas frecuentadas por determinadas personas, y, finalmente, por «establecimientos», ha de entenderse lugares cerrados, como bares, discotecas o áreas deportivas⁶⁹.

Por último, idéntica finalidad protectora de la víctima tiene la modalidad prevista en la letra h): «*prohibición de residir en determinados lugares*», que ya estaba desde 1995 en el art. 96.3.4^a, en este sentido también ha afectado a la prohibición semejante regulada en el art. 48.1 cuando se impone en concepto de pena.

Tras la citada exposición de medidas de seguridad, no es de extrañar que REBOLLO VARGAS diga que le parece importante enfatizar la cada vez más acentuada «vis expansiva» que se atribuye a la víctima del delito en un ámbito como el de las medidas de seguridad que, a su entender, no tiene una justificación plausible, ya que una protección que no se circunscribe a la víctima, sino que se hace extensivo a sus familiares y, yendo más lejos, incluso a las personas que acuerde el órgano sentenciador desequilibra la igualdad entre las partes procesales, además de que al adoptarse alguna de las medidas previstas entrañaría materialmente la desocialización del sujeto, por lo que no se debe olvidar que el art. 98.3, precepto donde se establece el procedimiento para mantener o modificar la medida de seguridad impuesta, se atribuye a las víctimas la legitimación procesal incluso cuando carecen de ella. El mismo Preámbulo de la Ley de modificación del Código penal ya pone de manifiesto este protagonismo «*que alcanza a las víctimas que no sean parte en el proceso*»; protagonismo que se desarrolla en el párrafo 3 del art. 98, donde — como se recordará— el juez o Tribunal sentenciador resuelve acerca del mantenimiento o modificación de la medida mediante un procedimiento contradictorio en el que oirá a las víctimas del delito, incluso cuando no estuvieran personadas si así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia. Con ello la víctima no sólo es oída cuando el órgano sentenciador adopta una decisión con respecto a la medida de seguridad sino que en el texto se reafirman previsiones defensistas en las que, de hecho, la persona que ya ha cumplido condena y a quien se le aplica la medida

⁶⁹ *Ídem*, p. 197.

de libertad vigilada deviene en un sujeto más estigmatizado si cabe, ya que, por ejemplo, no es descartable que la víctima inste la adopción de la medida de prohibición para «residir en determinados lugares». En otras palabras, un sujeto que ya ha cumplido condena a quien adicionalmente se le impone una medida de índole similar a la pena de destierro y con un contenido abiertamente desocializador⁷⁰. En este sentido, no está de más, ver todo lo expuesto bajo la perspectiva de los límites al *ius puniendi* del Estado, de forma que la perspectiva garantista volviera a recobrar toda su actualidad, dado que «un Estado que respete los derechos de todos sus ciudadanos tiene que tener en cuenta no sólo los derechos de las (posibles y efectivas) víctimas del delito, sino también el sacrificio que implica en los derechos del delincuente la protección de las víctimas a través de una pena (o de una medida de seguridad)»⁷¹.

Más allá de las medidas de seguridad con protección a las víctimas, no debemos olvidar comentar lo referente a la letra k) del art. 106.2, el cual amplía las posibilidades del Juez o Tribunal sobre el sometido a la medida de la libertad vigilada a obligarle a «seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico». Obligación semejante contemplaba antes de la reforma el art. 96.3.11, si bien allí se establecía sólo la de someterse a «tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitarios». Debemos atender que en esta última obligación puede de tratarse de personas imputables, las cuales tienen plena autonomía para rechazar o aceptar la intervención médica. Cualquier injerencia en su autodeterminación personal a la hora de ejercitar su derecho a rechazar un tratamiento médico no deseado, atentaría contra la regulación legal de la autonomía del paciente, recogida en la ley 41/2002. De esta forma, podría cuestionarse, como ya se ha hecho en alguna ocasión, el especial deber de tutela que tiene el sistema respecto a los sujetos sometidos a él. La interpretación dada por el Tribunal Constitucional para casos análogos de vulneración de la autodeterminación del sujeto respecto al tratamiento médico, indica que supone un atentado contra la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10.1 CE, lo que impide acudir a este recurso, aunque ciertamente, el CGPJ propone como alternativa para solucionar este problema, acudir, como hace la legislación alemana, a «un modelo promocional no coactivo, el cual

⁷⁰ REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 858.

⁷¹ MIR PUIG, S., «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E. (dirs.), Constitución, *Derechos fundamentales y sistema penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1376.

consistiría en establecer una duración menor de la libertad vigilada, en los casos en los que el sujeto diese su consentimiento al tratamiento médico propuesto⁷².

2. *El delito de quebrantamiento de condena*

La inclusión de la libertad vigilada dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad ha provocado la modificación del delito de quebrantamiento de condena. Así, el art. 468, tras señalar en su —inalterado— número 1 que la pena que le corresponde a quien quebrante su «condena, medida de seguridad, prisión, o medida cautelar, conducción o custodia», será prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y multa de 12 a 24 meses en los demás casos, establece en su número 2 tras la reforma operada en 2010 que «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un a los a los que quebrantaren..., así como a aquellos que quebrantaren una medida de libertad vigilada»⁷³.

Como se observa, los requisitos para deducir testimonio por el delito de quebrantamiento de condena no coinciden en el régimen general previsto en caso de inimputables y semiimputables y el especial de imputables condenados por delitos de terrorismo o contra la libertad e indemnidad sexual, pues en atención al art. 100.3 el incumplimiento en una ocasión da lugar al quebrantamiento, mientras que en el art. 106.4 es preciso que se trate de un incumplimiento «reiterado» o «grave» restringiéndose de esta forma el acceso a la nueva conducta constitutiva de delito⁷⁴.

El apartado 4 de este art. 106 se destina a regular el incumplimiento de la medida de libertad vigilada, de la misma forma que en el art. 100 se disponen las consecuencias del quebrantamiento del régimen general de las medidas de seguridad. En todo caso, desde el inicio, conviene poner de relieve que se produce un solapamiento entre ambos preceptos que, en principio, puede resultar contradictorio. A este respecto, al comentar el art. 100.2 ya proponíamos una vía interpretativa para la sustitución de la medida de seguridad quebrantada que se ajusta a lo ahora previsto en el art. 106.4 que, en síntesis, pasaba por dotar al JVP de una competencia que en el 100.2 no se le atribuye expresamente, aunque la interpretación sistemática de

⁷² BELZUNEGUI, B., «La libertad vigilada en la última reforma del Código Penal Español», en <http://derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,691,1,0,1,0>, p. 13.

⁷³ ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad vigilada», ob. cit. p. 495 y ss.

⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 201.

ambos preceptos nos llevaba a concluir en el mismo sentido. En todo caso, ahora se estipula que en la hipótesis de que se incumplan las obligaciones impuestas, el órgano sentenciador podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, adecuándose para ello al procedimiento dispuesto en los párrafos anteriores que, de hecho, recogen lo dispuesto en los arts. 97 y 98⁷⁵.

Ha de resaltarse que el quebrantamiento de la libertad vigilada entra sin necesidad alguna de reforma dentro del número 1 del mencionado precepto, pues se trata, como se ha visto de una «medida de seguridad». Sin embargo, el legislador ha querido hacer expresa mención a ella en el número 2º con la finalidad de sustraerlo a la imposición de la pena de multa —que es la que le correspondería— y someterlo al régimen agravado previsto para los supuestos de violencia doméstica. Ahora bien, con alguna diferencia de peso, pues, si se observa, la inclusión del quebrantamiento de la libertad vigilada dentro del art. 468.2 se desvincula del delito cometido. Lo que determina por un lado, que se aplique cuando se trate de una medida de seguridad impuesta al inimputable, al semiimputable o al imputable peligroso, y por otro, con independencia del delito por el que haya sido condenado⁷⁶.

3. La presunción de peligrosidad y su imposición en sentencia

Anteriormente se ha hecho referencia a cómo el apartado segundo de este art. 106 establece que la imposición de la medida de libertad vigilada se ejecutará en el momento de dictar sentencia. Una medida de seguridad que se impone para un cumplimiento ulterior al instante de ser enjuiciados los hechos y que, en todo caso, supone la comunicación de un pronóstico de peligrosidad de futuro, esto es, a partir del momento en el que el sujeto haya cumplido la pena privativa de libertad. Estamos, por tanto, frente a un pronóstico de peligrosidad que se estructura como una presunción de la que se infiere que la pena privativa de libertad no surtirá ningún efecto en el sujeto, al acotarse ésta a su función retributiva o, si se desea, preventivo general, lo cual no deja de establecer un pronóstico de peligrosidad a futuro que conlleva que el sujeto no manifestará ningún progreso en su pronóstico.

⁷⁵ REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 860.

⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 202.

Aunque también es cierto que este mismo párrafo prevé que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el JVP elevará al órgano sentenciador la propuesta sobre el mantenimiento, modificación o cese de la medida de libertad vigilada impuesta en función de cuál haya sido el pronóstico y la evolución del reo, para lo cual el precepto se remite expresamente al procedimiento previsto en el art. 98. En este sentido, REBOLLO VARGAS, quiere enfatizar que «la previsión del art. 97 se refiere a que el juez o tribunal sentenciador «adoptará» alguna de las decisiones que se refieren a continuación (mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida), por lo que su facultad discrecional en torno a la adopción de una decisión u otra desaparece, ya que la fórmula utilizada por el legislador es de carácter preceptivo, por lo que si la evolución del reo se desprende que ese pretendido juicio de peligrosidad anticipada no existe, se debe acordar el cese de la medida de libertad vigilada»⁷⁷.

Además hay que añadir que en directa relación con lo anterior existe otra circunstancia que le parece particularmente polémica; el mismo autor nos comenta que «la imposición de la medida de libertad vigilada es de carácter preceptivo cuando se condena al autor por la comisión de determinados delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, así como en algunos casos de terrorismo, en otras palabras: se trata de la imposición de la medida de seguridad en todo caso. Así, el art. 105.2 dispone que: «El juez o tribunal *deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta...*», esto es, se establece un pronóstico de peligrosidad de reiteración delictiva en cuanto a que el condenado por alguno de los delitos acabados de mencionar es un autor potencial de futuro de esos delitos. Sin duda se trata de hechos particularmente reprobables, pero prever la peligrosidad de futuro de alguien por el solo hecho de que previamente ha cometido alguno de ellos me parece un juicio de inferencia difícilmente justificable. Ahora bien, quisiera deslindar dos situaciones relacionadas entre sí pero que son independientes. Una cosa es que una vez finalizada la condena se someta a revisión el cumplimiento de la medida inicialmente impuesta y otra es la imposición automática de la medida de seguridad por la sola autoría de uno de esos delitos sin que para ello previamente —en el momento de imponerse la condena— se haya emitido un juicio de pronóstico acerca de la peligrosidad de futuro, lo cual supone la emisión de una presunción. Una inicial, en cuanto a que los autores de esos delitos son sujetos por sí mismos peligrosos, lo cual es diferente a que en el momento de liquidar la pena

⁷⁷ REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 860.

privativa de libertad ese juicio de peligrosidad anterior venga a confirmarse o a no verificarse⁷⁸.

Por otro lado, y siguiendo de nuevo a REBOLLO VARGAS, quiero «llamar la atención» sobre un problema de técnica legislativa fruto de la precipitación del legislador al abordar la reforma que, desde una interpretación estricta del principio de legalidad, suscita ciertos problemas sobre cuándo es posible aplicar la medida de libertad vigilada. Así, el art. 106.2 del CP dispone que: «... el juez o tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este código». Previsión de la que quisiera destacar tres particularidades a las que ya nos hemos referido en distintas ocasiones:

- a) El régimen de cumplimiento de la libertad vigilada se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad.
- b) Su cumplimiento será posterior a la pena privativa de libertad cuando así lo disponga el código.
- c) En el texto punitivo se disponen expresamente los supuestos en los que la imposición de la medida es preceptiva.

Como ya es sabido, los supuestos en los que se prevé expresamente la imposición de la medida de libertad vigilada son dos. Por un lado, el art. 192 y por otro el art. 579.3; preceptos con una redacción similar pero no idéntica, lo que generará no pocos problemas interpretativos.

Así, en el art. 192 se dispone lo siguiente: «A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad...».

Se trata de un precepto ubicado en el Cap. VI, «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», del Tít. VII, «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales», sobre el que no hay ninguna duda acerca de que a los condenados por estos delitos se les impondrá la medida de libertad vigilada, que se cumplirá con posterioridad a la pena privativa de libertad. Sin embargo, la dicción literal del art. 579.3 es la que plantea problemas. En efecto, en él se prevé que: «A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si

⁷⁸ REBOLLO VARGAS, R. ob. cit. p. 861.

la pena privativa de libertad fuera menos grave...».

Como es sabido, el art. 579 se sitúa entre los delitos de la sección 2.^a, «*Delitos de terrorismo*», del Cap. VII, Tít. XII, «*Delitos contra el orden público*». En efecto, el precepto dispone que a los condenados por estos delitos se les impondrá además la medida de libertad vigilada, pero, a diferencia de lo estipulado en el art. 192, no se afirma que su cumplimiento se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. Nótese, por otro lado, que lo que se dice en el art. 106.2 es que el cumplimiento de la medida de libertad vigilada será «posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este código», y, el código sólo dispone su cumplimiento con posterioridad a la pena privativa de libertad en el caso de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, pero no en el caso de los delitos de terrorismo previstos en el art. 579.3; de lo que no hay duda es que en este último precepto se prevé la imposición de la medida de libertad vigilada, pero nada se dice con respecto a que su cumplimiento sea o no posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que no es aventurado afirmar que la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador tiene como resultado el que la libertad vigilada como medida de seguridad cuya ejecución tiene lugar con posterioridad al cumplimiento de la condena privativa de libertad, sólo es posible en los casos previstos en el art. 192, pero no en el art. 579.3, el cual permitiría el cumplimiento de la libertad vigilada de forma simultánea a la pena privativa de libertad, lo contrario: su ejecución con posterioridad en ambas situaciones, supondría una contravención flagrante del principio de legalidad penal por una interpretación analógica de la norma penal, a mi juicio, de dudosa constitucionalidad⁷⁹.

Finalmente, se debe añadir a lo anterior que en este art. 106.2 se dispone que en el caso de que el sujeto haya sido condenado al cumplimiento sucesivo de distintas penas privativas de libertad, el momento en el que ésta debe considerarse extinguida para que el JVP formule su propuesta al juez o tribunal sentenciador, es cuando todas las penas hayan concluido. Igualmente, en el caso de que —correspondiéndose con diversos delitos— se hayan impuesto al sujeto distintas medidas de libertad vigilada, éstas se ejecutarán simultáneamente cuando se trate de medidas de la misma naturaleza, mientras que si no es posible su cumplimiento será sucesivo⁸⁰.

⁷⁹ REBOLLO VARGAS, R., ob. cit. p. 863.

⁸⁰ *Ídem*, p. 863.

4. *La lucha contra los enemigos del sistema*

Desde hace más de cien años se discute si y hasta qué punto el Derecho penal puede y debe intervenir contra los delincuentes peligrosos⁸¹. El debate se inició en torno a la idea de si «la pena debía ser el instrumento idóneo para prestar la necesaria seguridad o bien si otras medidas eran las que debían estar llamadas a tal efecto⁸². Como es sabido, el resultado del debate siempre fue inestable: «se conservó el carácter esencialmente retributivo de la pena y se añadió al sistema de consecuencias jurídicas del delito la medida de seguridad, dando lugar así a la «doble vía»⁸³. Junto a ello se admitió que la medida de seguridad pudiera sustituir a la pena en determinados casos (sistema vicarial). Surgió así el convencimiento de que era irrenunciable una cierta presencia de finalidades preventivo-especiales en el Derecho penal fundamentalmente por las «necesidades de protección de la sociedad frente a sujetos peligrosos»⁸⁴. «Las medidas de seguridad debían ser las reacciones penales adecuadas frente a tales sujetos en tanto se trata de instrumentos —en principio— diferentes de la pena⁸⁵.

Pues bien, a partir de esta llamada peligrosidad del sujeto ha surgido, o mejor dicho surgió el concepto del llamado «derecho penal del enemigo»⁸⁶. Este concepto, como opuesto al «derecho penal del ciu-

⁸¹ ROBLES PLANAS, R., ob. cit. p. 14.

⁸² SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2003.

⁸³ La doble vía son la pena y las medidas de seguridad. La lucha contra el delito se llevará a cabo mediante la pena (proporcionada a la gravedad de hecho típicamente antijurídico y culpablemente cometido, y con las finalidades de prevención general y especial) y las medidas de seguridad (ajustadas a la peligrosidad criminal del sujeto, que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y con la finalidad exclusiva de prevención especial).

⁸⁴ ROBLES PLANAS, R., ob. cit. p. 14.

⁸⁵ Debemos aclarar antes, no obstante, que en nuestro sistema penal la intervención en materia de medidas de seguridad contra delincuentes peligrosos es solo en inimputables y semiimputables por lo que el único tipo de peligrosidad criminal que legitima la imposición de una medida de seguridad es la que puede concurrir en este tipo de sujetos, mientras que con respecto a los imputables, esa peligrosidad se convertirá únicamente en el elemento decisivo para decretar la suspensión de la pena privativa de libertad o el acceso a la libertad condicional.

⁸⁶ El concepto de Derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por GÜNTHER JAKOBS a partir de una primera fase en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la «criminalización en el estadio previo a una lesión» del bien jurídico. En esta ponencia, JAKOBS manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el Estado liberal; tesis que en aquél momento no tuvo mayor trascendencia. Y es a partir del

dadano», tiende a legalizar la posibilidad de privar a seres humanos de su condición de personas. Aquí la distinción entre las categorías de «enemigo» y «criminal» establece que el segundo, a diferencia del primero, es un ciudadano, es decir, permanece enteramente bajo la esfera del derecho. El ciudadano que delinque transgrede la ley y su estatuto de ciudadano es respetado cuando le es garantizado un procesamiento judicial acorde a las normativas legales. La introducción de una categoría como la de «enemigo» en el Derecho Penal implica darle un estatuto jurídico a la posibilidad de tratar a un criminal, a un ciudadano que delinque, como a un enemigo. Y por esto último se entiende negarle su condición de ciudadano, de persona, y someterlo a una coacción no regulada por el derecho.

El Derecho penal del enemigo abarca todos aquellos casos en donde lo que prima en la acción penal es la «peligrosidad»⁸⁷ del criminal. Así «la reacción del ordenamiento jurídico frente a esa criminalidad se caracteriza [...] por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos»⁸⁸.

Este sujeto peligroso, etiquetado como enemigo se caracteriza por haber abandonado el Derecho en forma permanente, son los delincuentes que se desvían por principio, que no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Y a fin de hacerles frente, se necesita establecer una confrontación clara entre los mismos y la sociedad, una guerra entre el Estado y el enemigo mediante su inocuización. Por lo que, no se trata en primera línea del castigo de una causación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la

Congreso de Berlín de 1999 que surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Diferente fue la reacción crítica entre los juristas alemanes después de la intervención de JAKOBS en este Congreso, principalmente por la diferenciación que el autor propone entre el Derecho penal del ciudadano dirigido a *personas* y el Derecho penal del enemigo destinado a no *personas* y que es, según JAKOBS, necesario para combatir por ejemplo el terrorismo.

⁸⁷ El elemento central para determinar la «peligrosidad» del criminal reside en lo que JAKOBS llama «seguridad cognitiva», es decir, la expectativa que se tiene respecto de la conducta del otro. Destacar la importancia de la variable cognitiva es casi una obviedad si se tiene en cuenta que lo que está en juego es un mecanismo que reacciona no ante eventos concretos sino que se anticipa a peligros futuros, es decir, imaginados.

⁸⁸ JAKOBS, G.: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS y CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, Edit. Thomson-Civitas, Madrid 2003, p.18.

fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso. Se traslada la atención desde la revuelta en sí al revoltoso, esto es, del Derecho penal del hecho al «Derecho penal de autor»⁸⁹.

El Derecho penal del enemigo es un Derecho penal de medidas de seguridad, cuyo presupuesto viene constituido por la peligrosidad del sujeto en cuestión. Ahora bien, debe caerse en la cuenta de que actualmente el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales no es otro que la peligrosidad *postdelictual*⁹⁰, esto es, la probabilidad de delinquir en el futuro por parte de una persona que ha cometido ya un delito. En cambio, en el Derecho penal del enemigo, las medidas de seguridad tienen como presupuesto la peligrosidad *predelictual*, que es aquella que puede constatarse en una persona que aún no ha cometido un delito, pero de la que se pronostica, en base a determinados datos subjetivos y objetivos, que es probable que lo cometa.

La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas⁹¹. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos⁹².

Muchas son las críticas que ha recibido este planteamiento sistemático⁹³, todas ellas trasladables a las reformas operadas en el Código penal a partir de 2003, así como a las que ha incorporado al Ordenamiento jurídico español la LO 5/2010. Fundamentalmente, la pérdida de la individualización de la responsabilidad criminal en virtud de las características personales del sujeto activo; del hecho de que se traslade al sistema el centro de la subjetividad se deriva que *«la violación de la norma es disfuncional socialmente, no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por*

⁸⁹ CANCIO MELIÁ, M. «¿«Derecho Penal» del Enemigo?». En: JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 93 y p. 102.

⁹⁰ Así aparece reflejado en el art. 6.1 C.P: *«las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito»*.

⁹¹ CANCIO MELIÁ, M., ob. cit. p. 89

⁹² JAKOBS, G., «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente» en *Cuadernos de Derecho judicial* n° 20 (nota 1), p. 139.

⁹³ ROXIN, C., «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», en *CPC*, 1986/30, pp. 680 y ss., (traducción: J. M. SILVA SÁNCHEZ).

cuanto se discute la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados»⁹⁴. Y si ello es así, se viola el principio de dignidad de la persona en la medida en que se le convierte en un objeto en manos de una sociedad vindicativa, esto es, en un *chivo expiatorio*⁹⁵; «la paradoja de esta teoría, consiste en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta des-subjetivizado respecto del sistema»⁹⁶. Por otro lado, dicho concepto de culpabilidad tiene un sesgo interactivo, en el sentido de que se conforma no ya atendiendo a la desobediencia de un concreto sujeto a la norma, sino a la desobediencia de un conjunto de personas que se relacionan entre sí porque tienen idéntico perfil criminal⁹⁷.

En conclusión, si en la culpabilidad desaparece la referencia al sujeto que delinque a la hora de calcular la respuesta penal y si en la elaboración de la norma penal, el bien jurídico protegido se desplaza dejando que su lugar en el injusto sea ocupado por el respeto a la propia norma penal, la teoría sistémica de JAKOBS, elimina los logros que la dogmática penal ha conseguido con muchos esfuerzos durante los dos últimos siglos, retrocediendo a los postulados del iuspositivismo más exacerbado. Lo que debería incluir por tanto el legislador en su agenda político criminal no es más compacta frente a unos sectores muy concretos de la criminalidad⁹⁸.

VI. Conclusión

La política criminal de España en los últimos años ha venido determinada por cumplir el restringido objetivo de hacer frente a las demandas de una sociedad que, de forma aparente, reivindica una mayor intensidad punitiva; el efecto inmediato de dicha proposición no es otra que el exceso de la respuesta penal, en la medida en que cada vez hay más conductas constitutivas de delito, y cada vez un importante número de ellas están castigadas con la pena más grave, es decir, la prisión.

⁹⁴ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Edit. Siglo XXI, Madrid, 2009 (traducción: A. Garzón del Camino).

⁹⁵ *Ídem*, p. 263.

⁹⁶ BARATTA, A., «Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoría sistémica», en *Dei Delitti e delle Pene*, 1984/1, p. 11.

⁹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta...*, ob. cit. p. 207.

⁹⁸ *Ídem*, p. 207.

Hemos visto que el tratamiento de imputables peligrosos hace tiempo que se encuentra entre las principales demandas que la sociedad exige al sistema de justicia penal y que tras más de tres décadas descartada de la ley penal española, la libertad vigilada ha vuelto al catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, siendo una de las novedades más importantes de la reforma de la LO 5/2010 y que hasta su aprobación y después de una transformación legislativa que se ha prolongado durante muchos años, se encuadra en el grupo de aquellos que tenían en consideración para imponer la pena o la medida de seguridad, la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, en tanto que, sólo en los supuestos de imputabilidad disminuida se procedía a través de un determinado sistema vicarial a la imposición conjunta de pena y medida de seguridad (art. 99), siendo sus garantías tales que se eludía la conculcación del principio *non bis in idem* y el de la dignidad de la persona, desde un aspecto puramente respetuoso con los derechos de los inimputables. De esta manera, es decir, con esta separación inicial, el procedimiento para responder penalmente frente al delincuente peligroso, chocaba con el obstáculo de que no es posible conjuntar un sistema con el otro.

Partiendo de dicho supuesto, el camino que ha seguido el legislador español hasta la reforma ejecutada por la LO 5/2010 para enfrentarse a la alarma social que levantan ciertos delitos ha sido el endurecimiento tanto cualitativo como cuantitativo de la pena para estos autores, siendo el fundamento de reformas operadas por la LO 7/2003 que ya introdujo un serie de medidas penológicas como respuesta penal tanto en la prolongación en el tiempo como por las condiciones en su cumplimiento.

La interpretación conjunta que han sufrido todas las reformas del Código penal hasta la LO 5/2010, así como las que paralelamente se han practicado en la LOPG, han puesto en evidencia que más que prevenir la comisión de delitos, se restringió a incluir como consecuencia un claro endurecimiento de la respuesta punitiva. Tanto es así que partiendo de la dureza de la pena de prisión, por su duración y condiciones de cumplimiento, durante los años 2007 y 2008 surgieron dos respuestas diferentes frente al análogo fenómeno de la criminalidad violenta: de forma cronológica, la primera se basó en un régimen de imposición conjunta de pena y medida de seguridad mientras que la segunda, en el cumplimiento ininterrumpido de las penas privativas de libertad y la libertad vigilada.

Pues bien, todo lo anterior no se ha hecho de forma baladí, hay que tener en cuenta que el problema del tratamiento de imputables peligrosos además de ser una demanda de la sociedad también tiene

una respuesta: la inocuización de estos delincuentes, que como hemos visto, en la Europa continental se ha venido desarrollando desde hace más de una década con la explícita finalidad de proteger a la sociedad del peligro que representan estas personas y el redescubrimiento de la víctima, que tal como se venía discutiendo era la gran olvidada. Así, podemos ver que en la línea de los Proyectos que hemos mencionado, la LO 5/2010, ha aportado por la opción de un derecho penal de autor, no sólo por el concreto delito cometido sino por las características de su autor, dando el salto que debía de dar para ponerse a la altura del resto de ordenamientos jurídicos, como el francés, el italiano o el alemán, que prevén la imposición de una forma de dominar la libertad recobrada, pero que aún no es definitiva, sólo anticipada.

No obstante a lo anterior, y centrándonos en la LO 5/2010, hemos visto que señala un catálogo de obligaciones y de prohibiciones que vendrán a concretar cumulativa o alternativamente el contenido de la medida, catálogo que se entiende cerrado, y en el que se hace necesario distinguir dos grupos: aquellos que tienden a tener vigilada la libertad del sometido a medida y, por otro, las que tienen a proteger a la víctimas, siendo ésta última una acentuada «vis expansiva» dado que la medida de seguridad no sólo se circunscribe a la víctima sino que se hace extensivo a sus familiares y, yendo más lejos, incluso a personas que acuerde el órgano sentenciador, desequilibrando la igualdad entre las partes procesales y provocando la desocialización del sujeto.

En esta misma línea de desocialización e incluso cruzando esta línea, también hemos hablado de los enemigos del sistema como respuesta penal hacia los imputables peligrosos, el llamado «derecho penal del enemigo», que en el Derecho penal implica darle un estatus jurídico a la posibilidad de tratar a un criminal, a un ciudadano que delinque, como a un enemigo, negándole su condición de ciudadano, de persona y someterlo a una condición no regulada por el derecho y el cual es un Derecho penal de medidas de seguridad, cuyo presupuesto viene constituido por la peligrosidad del sujeto en cuestión.

Podemos concluir que si hacemos un recuento histórico del panorama legislativo español sobre la medición de la respuesta punitiva y las reformas que se han venido sucediendo, quizás se pueda constatar que no se trata de hacer frente a nuevos problemas con nuevos instrumentos, sino hacer frente al problema de siempre de la criminalidad pero con viejos instrumentos que vuelven a salir a la luz: la respuesta hacia determinadas clases de delincuentes como son los

condenados por terrorismo o por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que en definitiva, y tras las fluctuaciones que ha sufrido el catálogo de penas y medidas de seguridad en toda esta época, podríamos haber ahorrado tiempo y habernos retrotraído al Código de 1822 para encontrarla: se trata, pues, de un viejo instrumento que se saca del baúl, maquillándolo, para hacer frente al «nuevo» peligro social⁹⁹.

⁹⁹ MILANESE, P. «La medida de seguridad y la «vuelta» a la inocuización en la sociedad de la inseguridad» en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?derpenal>.

