

## CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA

Miguel Ángel Boldova Pasamar  
Universidad de Zaragoza

libertad vigilada – medidas de seguridad – penas

En este trabajo se analizan las propuestas prelegislativas más recientes relativas a la introducción dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito del Código penal español de la libertad vigilada. La libertad vigilada puede configurarse bien como pena, bien como medida de seguridad, incluso como ambas cosas. Y aunque puede constituir una consecuencia jurídica autónoma del delito, en los Anteproyectos de reforma del Código penal de 2006 y 2008 aparece fundamentalmente como un instrumento punitivo vinculado a la pena de prisión, y más en concreto al fracaso o insuficiencia de la pena privativa de libertad.

Recibido: 14/09/09

Publicado: 31/12/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

### I

Una de las tendencias más sobresalientes de las numerosas reformas penales desde que se aprobó el Código de 1995 ha sido la de incrementar el rigor punitivo general de las penas<sup>1</sup>, a la par que ampliar el elenco de tipificaciones penales o agravar las existentes. El Anteproyecto de reforma del Código penal de noviembre de 2008 presenta una nueva propuesta de modificación de numerosos preceptos penales que en líneas generales camina en la misma dirección, esto es, hacia la escalada punitiva, que sin embargo no siempre resulta satisfactoriamente justificada.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito el efecto indicado en torno a las reformas penales —no sólo endureciendo las penas, sino también sustituyendo unas por otras o introduciendo nuevas penas adicionales al elenco general—, ha venido asociado en ocasiones al fenómeno mediático de la opinión publicada y de la información difundida sobre la materia penal, la cual, por su carácter crítico, se ha dirigido con frecuencia a evidenciar ante la masa social las insuficiencias o carencias de nuestra regulación penal para hacer frente a determinadas formas de criminalidad. De igual modo se han puesto de manifiesto las ineficiencias de numerosas condenas penales en la práctica, sobre todo —aunque no sólo— por delitos graves, ante la levedad de la respuesta punitiva en algunos supuestos, el fracaso del tratamiento

<sup>1</sup> También de las correspondientes a los menores de 18 años y mayores de 14 en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

resocializador en otros muchos o la ausencia de arrepentimiento del criminalmente responsable. De tal manera que, aún a pesar del despliegue de recursos legislativos y de la actuación del aparato de justicia penal, no es infrecuente la percepción de que se ha mantenido o incrementado la predisposición al delito de quien acaba de cumplir su condena.

Semejante índole de informaciones y de opiniones, no siempre bien informadas —y por ello atribuyendo a veces defectos a la legislación vigente cuando los delitos se juzgaron y castigaron conforme a una legislación ya derogada—, intentan transmitir o logran transmitir a la opinión pública una imagen de escasa competencia y aptitud para hacer frente a algunas formas de criminalidad por parte de los poderes públicos. En ocasiones esta imagen se proyecta sobre la propia Administración de Justicia, aun cuando en realidad no goce de competencias legislativas<sup>2</sup> y, por tanto, sólo sea responsable del enjuiciamiento de los hechos delictivos y de la ejecución de las respectivas condenas, pero no del contenido de la legislación ni de la suficiencia de los medios para aplicarla. Dicho cometido, con arreglo a la división de poderes, le corresponde en exclusiva a los poderes legislativo y ejecutivo respectivamente. Por lo que respecta a la reacción del legislador ante la presumida lenidad punitiva y las supuestas lagunas legales —en unos casos justificadas, en otros no tanto— ha sido bastante activa, ya que prácticamente se muestra abierto a una revisión permanente del Código penal, como lo demuestra el hecho de que en los últimos años se haya procedido a efectuar en él numerosos retoques mediante reformas parciales, muchas de ellas de signo punitivista, que prácticamente lo equipara a las legislaciones motorizadas del Derecho Administrativo<sup>3</sup>. Entre las reformas de corte punitivista de los últimos años cabe destacar la ampliación de los límites máximos excepcionales de cumplimiento máximo de las condenas a penas de prisión (art. 76) y la considerable restricción a los delincuentes de criminalidad grave de las posibilidades de acceder a los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional (arts. 36.2 y 78), lo que se ha dado en denominar el cumplimiento efectivo de las penas. El resultado apetecido, sin embargo, no parece haberse alcanzado con las reformas precedentes. Con ninguna se ha terminado de completar un sistema sólido y reposado de consecuencias jurídicas del delito, porque el legislador se muestra dispuesto a modificarlo una y otra vez, a remolque si es menester de titulares de prensa en las secciones de sucesos (en numerosas ocasiones sensacionalistas o alarmistas) y de declaraciones de las víctimas de los delitos (lógicamente manteniendo posiciones

<sup>2</sup> Si bien a veces parezca ejercerlas a modo de respuesta ante lo indicado, como da la impresión que sucede con la doctrina Parot del Tribunal Supremo (STS de 28 de febrero de 2006; un comentario a ésta de Orts Berenguer en *ReCrim* 2009: 27-43), en lo que se asimila a una aplicación retroactiva del art. 78 del CP de 1995. Básicamente esta doctrina da lugar a una prolongación de la estancia en prisión de delincuentes condenados con arreglo al Código penal de 1973 a numerosos años de prisión por la comisión de multitud de delitos muy graves (en principio terroristas, pero luego también doctrina aplicada a delincuentes comunes, como violadores en serie), impidiendo la posibilidad de que puedan gozar de beneficios penitenciarios que pudieran representar acortamientos del tiempo máximo de condena efectiva a cumplir (el tope máximo para tales casos era de treinta años).

<sup>3</sup> Se podría hablar, como atinadamente señala DÍEZ RIPOLLÉS, de una pretensión de legislar en estrecha, acrítica y en ocasiones inmediata relación con las denominadas demandas populares, lo que constituye una *actitud política populista* que ignora los fundamentos de una democracia deliberativa y persigue por lo general objetivos alejados de los propios del Derecho Penal. V. DÍEZ RIPOLLÉS, *La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal*, Jueces para la democracia, n.º 57, noviembre/2006, pp. 33-35. Muy diferente es el modelo seguido en los países nórdicos, como pone de manifiesto LAPPI-SEPPÄLÄ, T., *Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 90, 2006, pp. 121 y ss.

defensistas y represivas). De tal manera que cada cierto tiempo surgen nuevas propuestas destinadas a incrementar el arsenal punitivo del Estado.

Por lo que respecta al fenómeno indicado, esto es, lo que puede denominarse con palabras de SÁNCHEZ LÁZARO “la orientación político-criminal hacia la representación mediática del fenómeno criminal”<sup>4</sup>, se ha comprobado cómo los medios de comunicación social se centran repetitiva y obsesivamente en determinados crímenes o sucesos (así por ejemplo, adquirieron amplia resonancia los de Sandra Palop y Mari Luz Cortés, y actualmente el caso de Marta del Castillo), o en determinadas actuaciones de la justicia ante ciertas tipologías de autor extremadamente peligrosas sobre la base de aplicar estrictamente la legalidad vigente (así por ejemplo, excarcelaciones de terroristas “no arrepentidos” y de violadores múltiples “no readaptables” tras el cumplimiento de sus respectivas condenas). De tal modo que se genera en amplios sectores de la población temor, inseguridad y recelo<sup>5</sup>, que propician cíclicamente el debate sobre el endurecimiento de las penas, incluso sobre la introducción en nuestra legislación penal, a imitación de otras legislaciones penales próximas, de la cadena perpetua para el asesino o de la castración química para el psicópata sexual, por citar dos casos extremos referidos al sistema de consecuencias jurídicas del delito. Igualmente se reivindican o sugieren, entre otras, medidas tales como tratamientos psicológicos o educativos para pederastas, delincuentes sexuales o maltratadores<sup>6</sup>, así como la existencia de registros públicos sobre los mismos<sup>7</sup>.

Sin embargo, no estamos ante un fenómeno que sea exclusivamente español, ya que en el Derecho comparado se observa también la incidencia que tienen los medios de comunicación y los crímenes cotidianos en las respuestas legislativas relacionadas con las penas y las medidas de seguridad. Tanto en Estados Unidos como en Europa se han planteado las mismas cuestiones que en España, e incluso mucho antes de que nosotros lo hiciéramos. Y la tendencia actual de las reacciones penales ante la criminalidad grave —concepto capaz de abarcar tipologías delictivas muy heterogéneas, como la delincuencia habitual, profesional u organizada, pero también la delincuencia sexual o la violenta— se inspira preferentemente en la idea de la inocuización o separación definitiva o casi definitiva del individuo de la sociedad a través de la reclusión perpetua (pena) o de la custodia de seguridad (medida de seguridad), quedando en un segundo plano la idea de resocialización, a la que se considera generalmente inoperante con respecto a algunas formas criminalidad grave.

De esta problemática se ha hecho eco también nuestra doctrina penal, que desde hace unos años trata de hallar respuestas al tratamiento penal que deba dispensárseles a los delincuentes imputables peligrosos de criminalidad grave. Para esta clase de delincuencia sólo está prevista en la legislación vigente la imposición de penas

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, LÁZARO, F.G., *Alarma social y Derecho Penal*, InDret 1/2009, p. 3.

<sup>5</sup> Como señala SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 32 y ss., nuestra sociedad puede definirse como la sociedad de la “inseguridad sentida” o como la sociedad del miedo, lo cual —explica este autor— es propiciado por diversas causas y, entre ellas, la forma de proceder de los medios de comunicación. También en relación con el proceso de intercambio comunicativo entre la opinión pública y los medios de comunicación v. Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 27 y ss.

<sup>6</sup> V., por ejemplo, RUEDA MARTÍN, M.A., *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?*, Dykinson, 2007.

<sup>7</sup> V., por ejemplo, MAGRO SERVET, V., *La figura del agente de la libertad vigilada en la reforma del Código penal*, Diario La Ley, n.º 7074, 2008, p. 3.

temporales, y como mucho de penas agravadas si concurre la reincidencia, pero en ningún caso medidas de seguridad, lo que puede ser entendido como una carencia o limitación del sistema penal español, puesto que una vez cumplida la pena impuesta el Estado se desentiende de aquellos sujetos que siguen siendo peligrosos criminalmente. Es decir, se trata de supuestos en los que se han podido cumplir las expectativas retributivas y preventivo-generales de las penas, pero no las preventivo-especiales (la reforma o enmienda del delincuente). Por ello se han formulado también propuestas, algunas de las cuales —las menos— van en la línea de la reclusión perpetua, aunque como pena revisable tras unos años de cumplimiento efectivo<sup>8</sup>, pena que por cierto fue introducida de soslayo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde figura en el elenco de penas (art. 77), siendo susceptible de reducción únicamente a partir de los 25 años de cumplimiento efectivo (art. 110)<sup>9</sup>. Otros autores, en cambio, se inclinan por seguir el modelo de la custodia de seguridad<sup>10</sup> (dirigida en general a delincuentes habituales imputables peligrosos, pero igualmente aplicable a otras tipologías de delincuencia no habitual ni reincidente) o de los centros de terapia social<sup>11</sup> (indicada preferentemente para delincuentes habituales jóvenes que presenten anomalías de la personalidad), las cuales actuarían como medidas de seguridad complementarias (o vicarias) de las

<sup>8</sup> V. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot*, Diario La Ley, año XXVII, n.º 6443, 17 de marzo de 2006; NISTAL BURÓN, J., *¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XVIII, n.º 753, 2008.

<sup>9</sup> En virtud de la autorización concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el 1 de julio de 2002. De acuerdo con la Disposición Adicional única de la L.O. 6/2000: A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración: *España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española*. Parece que estuviéramos ante un sí pero no. V. a este respecto, ESPINA RAMOS, J.A., *La prisión perpetua en la España actual*, Revista Actualidad Penal, n.º 9/2002; el mismo, *El ordenamiento jurídico español y la Corte Penal Internacional*, Diario La Ley, año XXV, n.º 5972, 10 de marzo de 2004.

<sup>10</sup> V. CEREZO MIR, J., *Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal*, Revista Penal, n.º 22, 2008, pp. 20 s., quien aboga por la custodia de seguridad para su imposición *a posteriori* tras el cumplimiento de la pena; parecido, concretando en la delincuencia reincidente, SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., *Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad*, Revista Penal, n.º 17, 2006, pp. 155 ss.; también ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 1, 2009, pp. 209 s.; por su parte, JORGE BARREIRO, *Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el código penal español con las exigencias del Estado de Derecho*, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, 2005, p. 585, se inclina, dentro del sistema dualista flexible (esto es, conforme a un sistema vicarial o de sustitución), por una medida de seguridad privativa de libertad, complementada en su caso por una vigilancia de conducta.

<sup>11</sup> V. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 174 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999, pp. 385 ss.; URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2009, pp. 249 s., y 256.

penas<sup>12</sup>. Del mismo modo podría acudir a otra clase de medidas de seguridad no privativas de libertad, bien de forma alternativa, bien de forma cumulativa o complementaria de las privativas de libertad. En cualquiera de los casos, estamos ante una cuestión muy controvertida en el seno de la doctrina, que ha suscitado un importante debate jurídico y político-criminal sobre los límites del *ius puniendi*.

## II

En este contexto se enmarca la posibilidad de incorporar al elenco de consecuencias del delito del Código penal español de 1995 la denominada “libertad vigilada”, tal y como se ha venido contemplando en las propuestas de reforma penal de 2006 y 2008 (la primera propuesta ha decaído, pero la segunda sigue abierta). En concreto, porque, aunque sea en menor medida, la libertad vigilada también podría cumplir la función asegurativa que se busca con la reclusión perpetua o con la custodia de seguridad, pero en cualquiera de los casos de forma más humanitaria para el reo.

En los trabajos prelegislativos esta consecuencia jurídica se presenta técnicamente como “pena privativa de (otros) derechos” distintos de la libertad ambulatoria. Independientemente de si realmente estamos ante una pena o una medida de seguridad y atendiendo ahora sólo a los derechos que se ven afectados por la misma, está fuera de discusión que “privativa de otros derechos” es su clasificación correcta, dado que, como su propio nombre indica, no priva de la libertad de movimientos, sino que como mucho podría llegar a restringirlos, siendo por tanto otra la forma de afección a esa libertad y otros los derechos del penado (como por ejemplo, su intimidad) que se encuentran comprometidos por esta nueva pena. Sin embargo, su relación con las penas privativas de libertad es mucho más estrecha de lo que a simple vista parece. No se plantearía esta vinculación si la libertad vigilada estuviera prevista exclusivamente como pena principal y originaria, pero lejos de esto en los Anteproyectos de reforma del Código penal de 2006 y 2008 se configura en realidad como una prolongación de las penas privativas de libertad, y en particular de la pena de prisión. Aunque no es ésta su única función posible, pues también puede operar como pena sustitutiva de la prisión, su principal destino en los citados Anteproyectos es convertirse en un apéndice la pena de prisión.

La introducción de la libertad vigilada es coherente con la constante reforma del sistema de penas, y muy especialmente con la crisis permanente que acompaña a la pena de prisión desde su implantación como pena dirigida al tratamiento del penado, y no sólo a su custodia e inocuización de la sociedad. Así pues, el recurso a la libertad vigilada enlaza directamente con la discusión sobre la problemática de las penas privativas de libertad de larga duración y las alternativas que se pueden barajar en torno a ellas, sobre todo cuando se muestran incapaces en numerosas ocasiones de alcanzar resultados satisfactorios derivados del tratamiento dirigido al penado (aunque en ningún

---

<sup>12</sup> Propuestas más genéricas de respuesta dualista o exclusivamente a través de medidas de seguridad, pero sin concretar una clase de medida específica: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, *In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, p. 708 s.; SANZ MORÁN, A., *De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso*, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*, Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1100; ROBLES PLANAS, R., “*Sexual Predators*”. *Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad*, *InDret*, 4/2007, pp. 14 ss.

lugar se diga que por ley el tratamiento tenga que tener éxito o que el reo deba haberse arrepentido de sus delitos antes de salir de prisión como ciudadano libre)<sup>13</sup>. Pues bien, con relación a esos sujetos imputables peligrosos criminalmente que acaban de finalizar su estancia en prisión, la libertad vigilada puede ser un instrumento adecuado para facilitar su resocialización y reinserción social de forma tutelada, tratando de incidir en la reducción o eliminación de los factores que influyen en su peligrosidad. Su implementación permitiría además tener al criminalmente peligroso bajo cierto control y de ese modo prevenir la reincidencia, tanto genérica como específica. Pues bien, aunque esta vinculación tan estrecha con la prisión no hace mudar la naturaleza de la libertad vigilada —pues no puede privar, sino sólo restringir la libertad del sometido a ella—, al menos es indicativo de que no se trata de una consecuencia jurídica autónoma como otras tantas, sino completamente dependiente de una concreta, cual es la prisión temporal y con el objeto de hacer frente a sus limitaciones y fracasos. De manera que la aplicación de la libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando ésta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libertad, y no como un objetivo de obligada consecución.

A pesar de la aparición por primera vez de la libertad vigilada en los Anteproyectos de 2006 y de 2008 de reforma del Código penal, no nos encontramos ante una consecuencia jurídica totalmente desconocida. Prescindiendo de antecedentes legislativos remotos<sup>14</sup>, se encuentra ya incorporada en la Ley penal del menor desde el año 2000 y también en la legislación comparada. Difieren en bastantes aspectos, sin embargo, la libertad vigilada de los adultos y la de los menores en el Derecho español. Aunque también está prevista en la L.O. 5/2000 como complemento de los internamientos en régimen cerrado, la libertad vigilada de los menores constituye una consecuencia jurídica autónoma (denominada medida por la ley) y, además, resulta ser en la práctica la reacción jurídica más común en el Derecho Penal juvenil cuando la infracción del menor no es calificada como delito grave, pero debe ser sancionada con una medida, es decir, cuando debe serle expresado al menor un reproche por su conducta en forma de consecuencia jurídico-penal aunque sea de efectos leves o menos graves. En cambio, en su configuración —al menos formalmente— como pena para los adultos la libertad vigilada carece de autonomía, al ser una consecuencia consecutiva y accesoria de la pena de prisión. A su vez es una pena extraordinaria y excepcional (una pena exasperada) reservada a delincuentes de criminalidad muy grave, aun cuando no suponga privación de su libertad pero sí la continuación o ampliación de su condena penal. Por lo tanto, con base en esta caracterización la libertad vigilada puede contemplarse en el Derecho penal de adultos como una alternativa a otras opciones legislativas más agresivas, como pueden ser: la superación de límites máximos extraordinarios de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad

---

<sup>13</sup> Por el contrario, lo que se indica en el art. 73.1 de la Ley General Penitenciaria es que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. El apartado 2 del mismo artículo apostilla que los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, entre las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, figuraba la “sumisión a la vigilancia de la autoridad”, de uno a cinco años, ejercida por un delegado especial a quien se atribuía cuidar de proporcionar un trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia (art. 5, decimocuarta).

correspondientes a un concurso de delitos, ya de por sí muy elevados<sup>15</sup>, o la introducción de la custodia de seguridad o de la cadena perpetua, tal y como están contempladas en las legislaciones anglosajonas y europeas. También en ellas figura la libertad vigilada, bien como complemento de la pena o medida privativa de libertad, bien como consecuencia jurídica del delito autónoma e independiente de otras penas.

### III

De por sí y conforme a nuestra legislación penal vigente, la condena por la comisión de varios delitos especialmente graves puede abocar a la reclusión por cientos o miles de años. No obstante, se establecen reglas para fijar los límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad con el objetivo hacerlas compatibles con la relatividad del tiempo de la vida humana, es decir, la acumulación jurídica y no la meramente aritmética de las penas obedece a criterios de humanidad que entroncan directamente con el respeto a la dignidad del ser humano y con la posibilidad de obtener su resocialización al ser tratado como persona. Suele fijarse en quince años de prisión el tiempo a partir del cual la vida carcelaria puede perjudicar gravemente la personalidad del penado. No obstante, cabe recordar que la legislación vigente permite duplicar ese límite y casi triplicarlo.

Es evidente que, conforme a los derechos humanos más elementales, el fin de las penas no puede ser la aniquilación o supresión del delincuente, pues supondría negar su dignidad. Pero tampoco puede proponerse como uno de los fines de las penas de prisión el confinamiento “ininterrumpido” de un sujeto de por vida, ni por tiempo ilimitado, ni por un tiempo tan largo que haga prácticamente imposible al reo llegar a finalizar el cumplimiento de la pena en vida (como normalmente para muchos pueden llegar a ser treinta o cuarenta años). Si la ejecución del delincuente consiste en su aniquilación física, las demás alternativas mencionadas pueden representar su aniquilación social. En mi opinión esto también es contrario a su dignidad como ser humano, y por tanto al reconocimiento de la persona —de cada persona sin excepción— como un ser autónomo y responsable, titular de derechos inalienables, que no es un medio sino un fin en sí mismo. La vulneración de la dignidad del ser humano tendría lugar en la medida en que con esa clase de penas se le estaría sustrayendo al condenado el derecho a redimirse como persona y a retomar como ser social una vida responsable en libertad si se concurren en él las circunstancias personales necesarias (básicamente la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social tras el cumplimiento prolongado de una pena privativa de libertad). Esto es lo que se deduce de la Constitución española cuando prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15) y cuando señala que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2). Coherentemente las penas del Código penal establecen límites temporales en todos los casos, límites que también afectan a las medidas de seguridad destinadas a inimputables o semiimputables. Pero además en la legislación penal y penitenciaria se reconocen mecanismos que permiten al reo adelantar el momento de acceder a la libertad en atención a la evolución de sus circunstancias y a la concurrencia de un pronóstico favorable de reinserción social,

---

<sup>15</sup> Desde la reforma del Código penal efectuada por la L.O. 7/2003 el límite extraordinario máximo quedó fijado en cuarenta años, por lo que las posibilidades de margen están prácticamente agotadas. En este sentido se pronuncia GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave*, Diario La Ley, n. 7094, 2009, pp. 16 y 24.

conforme al sistema progresivo penitenciario (también llamado de individualización científica). El principio constitucional es pues que debe contemplarse en la ley la opción, aunque sea alejada en el tiempo, de que la persona condenada a una pena de prisión de larga duración pueda llegar a redimir su condena y conseguir la reinserción social, de modo que su vida carcelaria se oriente hacia ese fin, ofreciéndole incentivos para ello (esto es, beneficios penitenciarios en sentido amplio)<sup>16</sup>. Es posible de esa forma que la mayor parte de los condenados puedan gozar en determinados momentos de libertad y no se tenga en general que superar la barrera de quince años de reclusión ininterrumpida, salvo con relación a reos extremadamente peligrosos que hayan cometido delitos muy graves. Pero incluso para estos reos, independientemente de sus circunstancias personales, el Código penal fija un límite de cumplimiento que pone punto final a la responsabilidad penal y da paso al reingreso del sujeto como persona libre en la sociedad.

Por el contrario, una pena de prisión perpetua, pura y sin matices, esto es, irreversible no tendría otra finalidad que la del mero aseguramiento de la sociedad a través de la inocuización del delincuente, con independencia de la evolución de su personalidad y, en consecuencia, de su dignidad como ser humano. Ahora bien, si a este teórico y estricto modelo de cadena perpetua se le podría objetar la no excarcelación de quien hubiera dejado de ser un peligro para la sociedad tras un prolongado plazo de reclusión, a nuestro modelo legal de penas temporales se le puede dirigir la crítica inversa, dado que permite poner en libertad al reo peligroso criminalmente que ha cumplido su condena. La solución al problema es relativamente sencilla para el sistema de cadena perpetua, pues le basta permitir las excepciones. Así, en los países europeos que la contemplan actualmente como pena siempre está prevista la posibilidad de revisión o reducción de la condena pasado un tiempo (normalmente quince años), e incluso sucesivas revisiones (en parecidos términos opera también la custodia de seguridad). En el caso de nuestra legislación penal, la excepción a la regla de la temporalidad de todas y cada una de las penas (exceptuada la multa proporcional, que no es pena temporal, pero tampoco perpetua) no se contempla.

¿Significa esto que el Estado debe renunciar a ejercer cualquier tipo de control sobre sujetos peligrosos criminalmente una vez que han cumplido su condena? En la actualidad, ante la ausencia de una previsión legal, la respuesta ha de ser afirmativa (al margen de ciertas actuaciones policiales de seguimiento y vigilancia, como a todo aquel ciudadano del que se sospeche que ha cometido o va a cometer un delito). No puede ser de otro modo al quedar plenamente satisfecha con la finalización de la condena toda responsabilidad criminal por parte del reo. En efecto, el cumplimiento de la condena es una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, a tenor del art. 130.2.º CP. Aún así, no hay que olvidar que una vez finalizada la ejecución de la condena el sujeto

---

<sup>16</sup> Esta orientación constitucional para las penas y medidas de seguridad no queda alterada porque el Tribunal Constitucional haya rechazado reiteradamente que del art. 25.2 CE derive un derecho fundamental del penado susceptible de protección por la vía de amparo (entre las más recientes, v. STC 23/2006, de 30 de enero de 2006), puesto que por lo menos reconoce que dicho artículo de la Constitución contiene una orientación programática dirigida al legislador, según la cual la resocialización y reinserción social no es la única finalidad posible de las penas, pero sí debe orientar su política penal y penitenciaria, y por tanto puede constituir un parámetro de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales, en particular de aquellas normas que impidan la consecución de dicha finalidad de la pena; v. a este respecto DELGADO DEL RINCÓN, L.E., *El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y reinserción social como fin de las penas privativas de libertad*, Revista Jurídica de Castilla y León, Número Extraordinario, Enero 2004, pp. 339 y ss.

debe soportar durante un tiempo la existencia de antecedentes penales, que siguen limitando de algún modo el goce pleno de sus derechos como ciudadano libre, hasta alcanzar su completa rehabilitación (art. 136 CP). Pero con el tiempo la rehabilitación total se alcanza incluso por quien ha sido y sigue siendo peligroso criminalmente. Estamos sin duda en estos supuestos ante uno de los aspectos más problemáticos de las penas temporales de prisión a causa de su ineficiencia, pues sin instrumento punitivo ni preventivo parece dejarse inerte a la sociedad, y en particular a las potenciales víctimas. Pero la solución posible ante esta situación no ha de pasar necesariamente por admitir excepciones a la temporalidad de las penas de prisión, que posiblemente no podrían estar justificadas en muchos casos (por ser medidas desproporcionadas con la gravedad del riesgo de reincidencia que el reo representa), sino que puede bastar con arbitrar un nuevo mecanismo acumulativo a la condena o, más precisamente, de ampliación de la condena para futuros supuestos, que incida en la intervención de los derechos del penado distintos de su libertad ambulatoria. Ese mecanismo acumulativo o de ampliación sólo puede implementarse mediante la imposición sucesiva de penas o de medidas de seguridad que añadir a las originaria o inicialmente impuestas en la sentencia condenatoria. Aunque si lo que se trata de combatir es una probable inclinación a cometer delitos, en principio lo que corresponde imponer sucesivamente a una pena es una medida de seguridad, pues esta consecuencia no depende de que el sujeto presente defectos en la imputabilidad, sino tan solo de que sea peligroso. Por lo tanto, el delincuente plenamente imputable y peligroso criminalmente puede ser castigado conjuntamente con penas y con medidas de seguridad, privativas y no privativas de libertad.

Ante todo hay que advertir en este punto que, antes que caer en una tentación punitiva de signo populista que llevara a la implantación de medidas de seguridad privativas de libertad sucesivas de la pena de prisión, debe tenerse en cuenta la diferencia radical que existe entre la pena y la medida de seguridad. La primera está basada en un hecho pasado y probado, es decir, en un delito culpablemente cometido, mientras que el fundamento de la segunda se circunscribe a una prognosis sobre lo que puede llegar a suceder, esto es, algo incierto y generalmente indemostrable, con el consiguiente riesgo a equivocarse sobre la peligrosidad criminal del penado y por ende con grave menoscabo de sus derechos. Así pues, las medidas de seguridad son instrumentos también peligrosos, de los que hay que hacer uso con cautela, ya que podrían conducir a derivas inquietantes y discursos extremos<sup>17</sup>. Por ello conviene efectuar lo que SILVA SÁNCHEZ denomina una distribución equilibrada de riesgos y

---

<sup>17</sup> Como lo es en mi opinión el discurso de JAKOBS, según el cual puede justificarse la imposición de una reacción cognitiva (medida de seguridad, como por ejemplo la custodia de seguridad) frente a sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva necesaria para *ser tratados como personas*, esto es, sujetos que no muestren en su conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho. De esta forma se daría entrada a la culpabilidad por la conducta de vida si la coacción estatal se impusiera mediante penas, pero si se impone a través de medidas de seguridad se acaba tratando al imputable como cuasi-imputable o, aún peor, como ser despersonalizado. Lo cual se confirma en la siguiente afirmación de JAKOBS: “la persona es portadora de derechos y deberes; si incumple determinados deberes de manera obstinada, en esa medida ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel de persona de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello”. Acaba diciendo este autor que quien no ofrece fiabilidad cognitiva de su orientación normativa de forma repetida es una “persona deformada”, tiene una deformación permanente de personalidad causada de forma responsable, de tal modo que podría ser inadecuado seguir poniendo en primera fila solamente a la persona y no tener en cuenta la fuente de peligro. V. JAKOBS, G., *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias de las penas*, InDret 1/2009.

cargas entre el individuo y la sociedad en el marco de un Estado de Derecho<sup>18</sup>, para poder con ello fundamentar cuándo el riesgo de una reincidencia no tiene por qué pasar aún a ser asumido por la sociedad y permitir en consecuencia la implementación, junto a la pena de prisión, de un recurso extraordinario, como podría serlo la custodia de seguridad en último extremo, y como debería serlo en primer término la libertad vigilada, con independencia para esta última consecuencia de si se la califica legalmente (y por tanto sólo formalmente) como pena o como medida de seguridad. Como indica GRACIA MARTÍN, la admisibilidad de estas medidas (se refiere particularmente a la custodia de seguridad) hay que plantearla en los términos propios de un estado de necesidad y resolverla conforme al resultado de una ponderación de intereses, entre los intereses de la defensa social y los relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del penado<sup>19</sup>. En pocas palabras, libertad *versus* seguridad. Parece claro que conforme a una ponderación de intereses la libertad vigilada, en la medida en que vaya dirigida a facilitar la resocialización y reinserción del sujeto, además de servir a su control y dificultar la reincidencia, puede lograr que se cumpla esa distribución equilibrada de riesgos y cargas entre el individuo (tiene que soportar restricciones de sus derechos y seguir las obligaciones de conducta) y la sociedad (tiene que soportar la libertad de un individuo peligroso criminalmente).

#### IV

Como paso previo al análisis de la libertad vigilada trataremos de contestar ciertos interrogantes básicos y de carácter general que se plantean dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito del Código penal con la introducción de una consecuencia del delito extraordinaria como la indicada. La posibilidad de una intervención estatal punitiva adicional (no sustitutiva) que sumar a las penas y medidas de seguridad actualmente previstas en el ámbito de la criminalidad grave y muy grave implica dar respuesta, en primer lugar, a la cuestión de en qué momento puede establecerse dicha posibilidad acumulativa, si en la misma sentencia condenatoria o tras el cumplimiento de la misma. Es decir, además de la previsión general y abstracta de dicho mecanismo mediante ley, se trata ahora de fijar el momento oportuno de su previsión específica y concreta. Un enjuiciamiento de la evolución y situación del sujeto al finalizar el cumplimiento de la pena prevista en la sentencia para decidir la imposición de una ulterior consecuencia jurídica del delito, conforme señala CERESO MIR, infringiría el principio *ne bis in idem*, por lo que para evitar dicha infracción la aplicación *a posteriori* de una pena o medida de seguridad debería estar prevista expresamente en la misma sentencia condenatoria<sup>20</sup>. Opción por la que justamente se decanta el prelegislador en el caso de la libertad vigilada, sin perjuicio de que antes de dar inicio a la misma deba comprobarse la evolución y situación del reo, y verificarse que concurren las razones y presupuestos legales que hacen necesaria su ejecución.

El principal problema consiste en determinar si lo que procede imponer acumulativamente a una pena de prisión es otra pena o una medida de seguridad, o si

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El retorno de la inocuización*, op. cit., p. 709.

<sup>19</sup> 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, Tomo I, Edifoser, 2008, p. 997.

<sup>20</sup> V. CERESO MIR, J., *Reflexiones críticas*, op. cit., p. 20. En el mismo sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., op. cit., pp. 205 s.

serían admisibles ambas posibilidades. Teniendo en cuenta que el fundamento de las medidas de seguridad es prevenir la peligrosidad criminal, frente al de las penas, que es retribuir la culpabilidad del autor por haber cometido el hecho delictivo, parecería más adecuado inclinarse por las medidas de seguridad antes que por las penas, porque lo que se busca es intervenir sobre la peligrosidad futura del sujeto que ya ha cumplido una condena con base en su responsabilidad anterior, dado el fracaso del tratamiento resocializador en prisión. Por otra parte, adicionar una pena a otra pena es más comprometido para el principio *ne bis in idem* que adicionar una medida de seguridad a una pena, dado que los fundamentos diversos de unas y otras las hacen compatibles. Aunque actualmente la imposición de medidas de seguridad está tan solo prevista para los sujetos que hayan sido declarados inimputables o semiimputables, en principio eso no impediría preverlas también para delincuentes plenamente imputables. No obstante, todo el sistema de imposición de las medidas de seguridad del Código penal está previsto y pensado sólo para el delincuente con defectos de imputabilidad. Conforme a ello la ejecución conjunta de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad está articulada sobre la base del sistema vicarial (art. 99), según el cual debe comenzarse por el cumplimiento de la medida de seguridad, cuyo tiempo se abona para el de la pena, y, en caso de que quede un resto, seguir por el cumplimiento de la pena si con ello no se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla (sistema dualista alternativo o flexible). Este sistema es distinto del que ahora se pretende implantar para los delincuentes imputables, esto es, empezar por la pena y seguir con “una supuesta medida de seguridad de libertad vigilada”, o, si fuera otra la propuesta, continuar por ejemplo con una custodia de seguridad (sistema dualista acumulativo). Por lo que si también se quisieran prever en el Código penal medidas de seguridad para imputables peligrosos, tendría que procederse a una revisión más profunda y estructurada de toda la regulación de las medidas, que implicaría el logro de superar el actual defecto del sistema dualista del Código que, como pone de manifiesto ZUGALDÍA ESPINAR, reserva penas a los autores capaces de culpabilidad y medidas de seguridad a los autores incapaces de culpabilidad, en lugar de prever penas para los autores culpables y medidas de seguridad para los autores peligrosos, con independencia de si son o no capaces de culpabilidad<sup>21</sup>.

Pero si nos debemos ajustar al sistema de consecuencias jurídicas del delito previstas en el Código penal vigente, la alternativa de adicionar una pena a otra pena es la única opción de que se dispone como técnica legislativa, aun cuando se separe de la pureza conceptual. A favor dicha alternativa para la libertad vigilada cuenta el precedente de las penas de alejamiento, cuyo cumplimiento se extiende por encima del tiempo de prisión, sin necesidad de que el legislador las haya calificado formalmente como medidas de seguridad, sino como penas accesorias, a pesar de que tienen como una de sus finalidades principales conjurar la peligrosidad del penado hacia la víctima del delito (según el art. 57.1, se atiende para su imposición a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente). Al fin y al cabo, aunque de forma menos específica o exclusiva que las medidas de seguridad, las penas tienen también entre sus objetivos la prevención especial<sup>22</sup>, y por tanto incidir en la reducción o eliminación de la

<sup>21</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *op. cit.*, p. 202.

<sup>22</sup> V. FRISCH, W., *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del delito. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho*, InDret 3/2007, pp. 15 ss. Aunque las diferencias entre las penas y las medidas de seguridad hayan disminuido, debido a una constante modificación de las penas en dirección a un acogimiento de las ideas de prevención especial, este autor mantiene acertadamente que, más allá del plano de la finalidad,

peligrosidad criminal del delincuente. El problema de incurrir en un *bis in idem* por el hecho de añadir una pena a otra es aparente, dado que no se trataría de sumar una nueva condena a quien hubiera redimido su responsabilidad criminal, sino de incluir en la condena inicial la previsión de una pena adicional si concurren determinados presupuestos al finalizar aquélla, que naturalmente habría que verificar antes de dar comienzo a la complementaria. Cuestión diferente y no menos importante es la de si finalmente la condena no acaba siendo perpetua en términos fácticos, porque si a treinta o cuarenta años de prisión se le añaden otros diez o veinte años más, puede un penado no dejar de serlo durante el resto de su vida. *De iure* esto puede suceder con determinadas penas complementarias y sucesivas de la prisión (como las citadas penas de alejamiento) y *de facto* cuando al reo se le impone la suma aritmética de las condenas que no encajan ya (por falta de conexidad temporal) en el procedimiento de acumulación jurídica —y por tanto de duración limitada y determinada— previsto por el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo importante entonces con relación al procedimiento acumulativo de penas de ejecución a largo plazo es la previsión de mecanismos de revisión de la condena en función del cambio de circunstancias en el penado y de la concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, a la par que, en sentido inverso, estudiar la instauración de un mecanismo de control y readaptación para aquellos penados que, no obstante el cumplimiento de la pena de prisión, continúan siendo peligrosos criminalmente.

En el discurso sobre la acumulación de penas, debe plantearse teóricamente una nueva opción, a saber, si es posible adicionar una nueva pena privativa de libertad o tan solo una pena privativa de derechos. La adición de una nueva pena privativa de libertad a otra de la misma naturaleza ya cumplida, cuando a pesar de ello el sujeto sigue siendo peligroso criminalmente, vulneraría el principio *ne bis in idem*. Si lo que se pretende es optar por el mantenimiento de la prisión, resulta sin duda más adecuado el sistema de reclusión perpetua europeo, según el cual cada cierto tiempo se examina la posibilidad de que el reo acceda a la libertad condicional o que se reduzca su condena, pero siempre se cumple una pena por un delito, y no dos penas (de la misma naturaleza) por un mismo delito. Por lo tanto, no se puede añadir otra pena de la misma naturaleza a la pena fracasada y ya cumplida, sino a lo sumo disponer la prolongación de la pena fracasada hasta que tenga éxito. Pero esto conduciría a penas indeterminadas que se comportarían como medidas de seguridad (duración del internamiento no proporcionado a la culpabilidad, sino a la peligrosidad criminal). Por el contrario, el añadido junto a la pena privativa de libertad de una medida de seguridad también privativa de libertad, no incurriría en aquella prohibición del *ne bis in idem*, pero podría resultar una solución desproporcionada y, en el fondo también, incurriría en un fraude de etiquetas, apareciendo como pena lo que es medida y como medida lo que es pena<sup>23</sup>.

En consecuencia, tras este sucinto análisis inicial de las posibilidades que ofrece nuestro sistema de consecuencias jurídicas del delito y sin una revisión más amplia del mismo, parece que la opción por una consecuencia jurídica no privativa de libertad (sea

---

siguen existiendo diferencias entre ambos institutos desde el punto de vista de su naturaleza, pues con las medidas de seguridad no se formula un reproche por el hecho cometido (como con la pena), sino que se toma en cuenta sólo un estado de peligrosidad.

<sup>23</sup> En este sentido, con razón, URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 255, quien señala que la solución a la cuestión de la reincidencia en relación con determinados sectores de la criminalidad no debería pasar por la configuración de una medida de seguridad privativa de libertad (en concreto se refiere a la custodia de seguridad) que supone un verdadero fraude de etiquetas, al acumularse a la pena y quedar desvinculada en su ejecución práctica de la más mínima vocación resocializadora.

que se la llame pena o medida de seguridad) como complemento de una pena privativa de libertad puede ser más adecuada que otras alternativas tales como una nueva elevación de los topes máximos de cumplimiento efectivo de las penas de prisión, la imposición de penas de por vida o de medidas de seguridad privativas de libertad de duración indeterminada. La libertad vigilada también es una opción preferible frente a la custodia de seguridad, puesto que aquélla puede cumplir funciones asegurativas a la vez que resocializadoras (frente a la custodia de seguridad que se centra más en las primeras), y en todo caso con mayor respeto por la dignidad del penado, puesto que entonces es tratado como persona. La libertad vigilada por consiguiente puede ser una alternativa convincente, pero dependerá lógicamente de cómo se la configure legalmente para cumplir sus objetivos de control y resocialización del penado para el aseguramiento de la sociedad, así como también para garantizar el respeto de los derechos de éste.

## V

Dos son los modelos que se han propuesto recientemente en sede prelegislativa, en sendos Anteproyectos de reforma del Código penal, de 2006 y 2008 respectivamente. Atendiendo a los informes emanados del Consejo General del Poder Judicial sobre ambos, si el primero fue muy criticado, el segundo no lo ha sido menos, y en ambos casos las críticas han recaído también y particularmente en la libertad vigilada. Veamos cuáles son las propuestas con que nos encontramos.

### ***1. Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006:***

Para empezar no encontramos ninguna alusión a la libertad vigilada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2006.

En el articulado las referencias a la libertad vigilada se contienen en:

- a) Art. 33.3: Son penas menos graves: “*n) La libertad vigilada de seis meses a un año*”.
- b) Art. 39: Son penas privativas de derechos: “*j: la libertad vigilada*”.
- c) Art. 48.4: “*La libertad vigilada obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización*”. Además cabe resaltar que en el apartado 5 se prevé la posibilidad de efectuar el control de la pena a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.
- d) Art. 88, que contempla la sustitución de las penas de prisión, se redactaba de manera que permitiría la *sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años por* arresto de fin de semana, trabajos en beneficio de la comunidad, multa o *libertad vigilada* (en el Proyecto la duración de la libertad vigilada se concretó *de seis meses a un año*, pues el Anteproyecto sólo disponía que en la imposición de las penas sustitutivas, los Jueces o Tribunales no estarán sujetos a los límites mínimos señalados en el art. 33.4, supuesto que no le era de aplicación a la libertad vigilada, cuyos límites figuraban en el art. 33.3).
- e) Art. 94, en el que se aborda una nueva “política-criminal propia y de amplio espectro que vaya más allá de un impacto en la medición de la pena imponible por el último delito cometido” en relación con delincuentes reincidentes y habituales, según reza la Exposición de Motivos. En el apartado 3 de dicho artículo se establece que: “*Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les*

*impondrán alguna de las siguientes medidas*<sup>24</sup>: 1.<sup>a</sup> Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. 2.<sup>a</sup> Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta. 3.<sup>a</sup> El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años. 4.<sup>o</sup> *Cumplida la condena, decretar la libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.* 5.<sup>a</sup>. Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código.”.

- f) Art. 96.3, en el que se adiciona una nueva medida de seguridad no privativa de libertad con el número 12: la libertad vigilada. Esta previsión no consta en el Anteproyecto, pero sí en el Proyecto, si bien luego en el art. 105 no se establece la duración máxima de esta medida de seguridad.

Esta regulación era sumamente defectuosa, como puso de manifiesto en su informe al Anteproyecto el C.G.P.J. Por un lado, la libertad vigilada aparecía como sustitutivo penal de las penas de prisión no superiores a dos años, y, por otro lado, como medida aplicable a reincidentes y habituales tras el cumplimiento de su condena. De ahí se deducía un carácter híbrido de pena y de medida de seguridad. Si bien en el primer caso estaba clara su configuración como pena, y así se reflejaba en los arts. 33, 39 y 49, su transformación en medida de seguridad era menos evidente. El art. 94 sólo hablaba de medidas sin pronunciarse sobre su carácter. En realidad las distintas medidas previstas para reos reincidentes y habituales en relación con sus condenas presentaban una naturaleza dispar (restricciones del acceso a los beneficios penitenciarios en sentido amplio, medidas de seguridad y penas), por lo que no era sencillo decantarse por una naturaleza concreta para la libertad vigilada. Además, su adscripción dentro del elenco de medidas de seguridad no se contemplaba en el Anteproyecto, aunque sí posteriormente en el Proyecto.

Su configuración como pena era bastante simple y precisamente por ello objetable. Aparecía como pena menos grave (art. 33.3) y como pena privativa de derechos (art. 39.j), aplicable como sustitutiva de la pena de prisión no superior a dos años (art. 88), y de seis meses a un año de duración (art. 33.3). En cuanto a su contenido escasamente se decía que obligaría al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización (art. 48.4), que podría realizarse a través de medios electrónicos (art. 48.5), sin prever ningún tipo de obligación o actividad adicional por su parte. Su contenido aflictivo era por tanto prácticamente nulo, así como también lo sería su influencia preventivo general en la colectividad y preventivo especial en el penado, por lo que difícilmente podría cumplir como sustitutivo penal los fines que se asignan a las penas<sup>25</sup>. La distorsión dentro del sistema de penas se reflejaba igualmente en que, como decía el informe del C.G.P.J., esta pena sustitutiva de la prisión devendría menos gravosa e intervencionista que la concesión de un beneficio penal como es la suspensión condicional, el cual lleva aparejado la posibilidad de que se ordene al penado el cumplimiento de ciertas obligaciones y reglas de conducta de las que carece la libertad vigilada.

En su planificación como medida aplicable a los reos reincidentes y habituales “cumplida la condena”, los defectos apreciables eran aún mayores. En primer lugar, no encajaba la duración prevista como pena (hasta un año) con la prevista como medida

<sup>24</sup> En la versión del Proyecto se aprecian algunos cambios técnicos de redacción sin importancia a los efectos que nos ocupan.

<sup>25</sup> También en este sentido URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 258, criticando que el prelegislador no se hubiera esforzado en dotar a la libertad vigilada de un verdadero contenido resocializador.

(hasta dos años). Ello hablaría a favor de su carácter de medida de seguridad<sup>26</sup>, unido al hecho de que estaba prevista su imposición cumplida la condena, luego después de haber satisfecho su responsabilidad penal a través del cumplimiento de la pena (normalmente prisión, pero no se restringía específicamente a los supuestos en los que el reo era castigado a una pena privativa de libertad). En efecto, la finalidad de la libertad vigilada en este supuesto ya no podía ser la de retribuir la culpabilidad por el hecho cometido, puesto que este tipo de responsabilidad ya había quedado satisfecha con el cumplimiento de la condena, sino la de hacer frente a la peligrosidad del delincuente reincidente o habitual, para lo cual se había previsto su imposición facultativa. Pero su aplicación como medida de seguridad no era acorde con el sistema dualista del Código penal, porque en éste las medidas de seguridad se imponen sólo a inimputables o semiimputables, mientras que la medida de libertad vigilada en principio se aplicaría a delincuentes plenamente imputables, para quienes hasta ahora no había previstas medidas de seguridad, sino sólo penas. Así lo estimaba críticamente el C.G.P.J. en su informe. Ahora bien, no hay razones para entender que el art. 94.3 no alcanzara también al reincidente o habitual que fuera semiimputable, y sí sólo al plenamente imputable, pues aquél es susceptible de cumplir una pena y adicionalmente una medida de seguridad. Aunque si la condena lo fuera a una pena de prisión, la medida de seguridad podría ser también privativa de libertad, y entonces su cumplimiento, según el art. 99, comenzaría por la medida de seguridad, y no por la pena, como está previsto el art. 94.3. Sólo tras el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad cabría acudir a una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 99 *in fine*, que se remite al art. 96.3, donde figura como medida de seguridad la libertad vigilada, con el número 12). En resumen, el art. 94.3 podría aplicarse generalmente en relación con reincidentes y habituales plenamente imputables y, excepcionalmente, semiimputables (cuya pena impuesta no fuera privativa de libertad o, en caso de serlo, cuando el juez o tribunal no estimara necesaria la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad ni ninguna otra medida de seguridad no privativa de libertad que no fuera la libertad vigilada). Sin embargo, dicha regulación es completamente confusa y distorsionante conforme al sistema de penas y medidas de seguridad consagrado en el Código. Por eso el intento de introducir la libertad vigilada de esta manera, con una naturaleza doble o híbrida, debía haber ido acompañado de una profunda reestructuración del sistema de consecuencias jurídicas del Código penal.

No obstante, en los casos más frecuentes, esto es, de reos reincidentes y habituales castigados a una pena de prisión, a quienes se les impusiera en sentencia la previsión del art. 94.3, de continuar tras el cumplimiento de la condena en libertad vigilada, la propia naturaleza de las medidas de seguridad dirigidas a combatir la peligrosidad criminal se desdibujaba completamente con esta medida, porque la libertad vigilada tal y como se configuraba —obligando exclusivamente al sujeto a facilitar de manera efectiva y constante su localización (lo que podría hacerse por medios electrónicos, y por tanto sin obligar específicamente a nada)— adolecía de los efectos preventivo-especiales propios de éstas, siendo sólo una medida policial o judicial de control del sujeto, pero sin medios, sin seguimiento real de la evolución del sujeto, sin tratamiento ni obligación de otra clase.

El C.G.P.J. no rechazaba completamente la virtualidad de la libertad vigilada en el ordenamiento penal español, sugiriendo que se regulase de otra forma su contenido material, dotándola de las características de una auténtica medida de intervención

<sup>26</sup> También de esta opinión URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 261.

tuitiva, para aplicarla a delincuentes juveniles, mayores de edad, hasta los veinticuatro o veinticinco años de edad, en calidad de sustitutivo de la pena de prisión. En este caso, consideraba el Consejo que sí que aparecería suficientemente justificada la mutación de la pena de prisión en una medida de intervención educativa por la superior eficacia preventivo-especial que cabría atribuir a ésta. Asimismo entendía que tampoco cabría desechar la posibilidad de aplicar la libertad vigilada a los penados a quienes se hubiera suspendido condicionalmente la pena de prisión, por todo o parte del tiempo de duración del plazo de remisión condicional, siguiendo el modelo alemán, o que se compaginase su aplicación con otros sustitutivos de la pena previstos en el artículo 88.1 CP, especialmente la multa.

## **2. Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008:**

Este Anteproyecto retoma el reto del anterior de introducir la libertad vigilada en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, y lo hace con un diseño completamente distinto al de su antecesor, en principio mejorado, pero igualmente criticable.

La Exposición de Motivos dedica una amplia referencia a la libertad vigilada. A tenor de la misma:

*“Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad.*

*Esta pena deberá ser impuesta por el juez o Tribunal en la Sentencia sólo en los casos expresamente previstos por la Ley. En dicha Sentencia constará necesariamente la imposición de la pena y su duración, mientras que el alcance y contenido será determinado por el Juez de Vigilancia, quien decidirá las obligaciones a cumplir por el condenado de entre una lista prevista ad hoc por la Ley.*

*En lo que respecta al cumplimiento de la pena de libertad vigilada, el mismo será sucesivo a la pena de prisión. De esta forma, frente a delitos graves resultará aplicable, además de la pena privativa de libertad, una pena accesoria de libertad vigilada entre diez y 20 años, y frente a delitos menos graves, una pena de libertad vigilada entre 1 y diez años. En ambos casos esta pena deberá aplicarse en su mitad superior cuando concurren las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos. Los criterios de determinación se completan indicando que en el resto de los supuestos la pena se impondrá en la extensión que el Juez estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.*

*No obstante, es necesario destacar que en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción, se prevé la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto.*

*En la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone. Además, y tal como se ha manifestado, una vez cumplido el fin de reinserción, el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida.*

*De esta forma, se dará en 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”.*

En el articulado las alusiones a la libertad vigilada se encuentran en:

- a) Artículo 33.2: *Son penas graves (...) j) La libertad vigilada por tiempo superior a cinco años.*
- b) Artículo 33.3: *Son penas menos graves (...) l) La libertad vigilada de uno hasta cinco años.*
- c) Artículo 39: *k) La libertad vigilada.*
- d) Artículo 40.5. *La pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años.*
- e) Artículo 49 bis.

*1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.*

*2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:*

- a) la de estar siempre localizable.*
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca.*
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.*
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos.*
- h) la de no residir en determinados lugares.*
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.*
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*
- k) la de seguir tratamiento médico externo.*

*3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.*

*4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.*

*5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.*

*6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468.*

f) Artículo 57 bis:

*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de*

*libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:*

*a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.*

*b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.*

*2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.*

g) Artículo 468. 2:

*Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada.*

Como puede apreciarse sólo a simple vista esta nueva propuesta es completamente renovada y está mucho más detallada que la anterior. Los cambios que se aprecian desde un punto de vista político criminal son muy apreciables:

A) Frente a la pretensión anterior de abordar un tratamiento penal especial dirigido al delincuente reincidente y habitual, en este nuevo Anteproyecto el tratamiento especial se focaliza en el delincuente sexual y en el terrorista. Se pasa de una tipología genérica de delincuente, válida para todos los perfiles de delincuencia y para toda clase de delitos, con el único requisito de que el responsable fuera reincidente o habitual, a unas tipologías específicas de delincuentes y de delitos, sin ningún otro requisito común. Sólo en el caso del delincuente terrorista se exige reincidencia para la aplicación de la pena de libertad vigilada en determinados casos, pero no en todos. La reincidencia y la habitualidad, junto a la pluralidad de delitos y a la extrema gravedad, son únicamente circunstancias que están previstas para agravar los efectos temporales de la libertad vigilada de los delincuentes sexuales y terroristas. Es decir, se renuncia por el momento a incidir en la respuesta penal frente al reo reincidente y habitual común (problemática que, por otra parte, ya se había abordado en las modificaciones del año 2003 del Código penal), y la reforma se centra en unas tipologías específicas de delincuentes y de delitos, lo que presenta connotaciones más acusadas aún de un Derecho Penal de autor, incluso en relación con los terroristas de un Derecho Penal del enemigo. Este dato se confirma a la vista del carácter preceptivo de la pena de libertad vigilada para todos los delincuentes sexuales que sean castigados a penas de prisión (no, por ejemplo, a quienes se les impusiera una multa) y casi todos aquellos que sean castigados a prisión por delitos de terrorismo, frente al carácter facultativo de la libertad vigilada en el Anteproyecto anterior para los reincidentes y habituales. Por el contrario resalta también el hecho de que el nuevo Anteproyecto se reserve la libertad vigilada únicamente a los autores del delito (art. 57 bis: “cuando el autor haya sido condenado...”), frente al criterio del Anteproyecto precedente, en el que la libertad vigilada era susceptible de aplicación también a los partícipes del delito con tal que reunieran las condiciones legales preestablecidas para su imposición.

B) Lo cierto es que las dos tipologías de delincuente asociadas a la libertad vigilada tienen poco o nada en común, más allá de una presunción de peligrosidad criminal establecida con base en el hecho delictivo por el que el sujeto fue condenado (riesgo de reincidencia) y en la constatación empírica de las dificultades del tratamiento de esta clase de sujetos<sup>27</sup>. En ambos casos el estado de peligrosidad tiene que perdurar tras el cumplimiento de la pena de prisión y debe confirmarse antes de poner en práctica la libertad vigilada, circunstancia que no está claramente prevista en la regulación del art. 49 bis (en el apartado 4 se menciona la ejecución de la pena y en el 5 su reducción y la cesación de su continuidad, pero nada se indica de los prolegómenos de la pena). Se trata de dos tipologías de delincuente muy llamativas, a las que se ha prestado especial atención desde el punto de vista de su tratamiento penal en el Derecho comparado. Por un lado, el delincuente sexual, del que parece presumirse la concurrencia de una psicopatía o un trastorno de la personalidad sexual (psicópata sexual, pederasta, pedófilo, etc.), lo cual es mucho decir de todos los delincuentes sexuales (por ejemplo, estos problemas de personalidad pueden normalmente estar ausentes en el cliente de la prostitución o en el proxeneta, en el acosador sexual en el trabajo, en quien distribuye pornografía infantil con fines de lucro y no para su satisfacción sexual, etc.). Por otro lado, como sujeto pasivo de la nueva pena se destaca al terrorista, reincidente o no, de quien se supone que es un delincuente por convicción, irredento o prácticamente irredimible, y por tanto peligroso criminalmente incluso después de cumplida su condena, por lo que la libertad vigilada es difícil que consiga, más allá del control del penado, satisfacer el fin de rehabilitación que se propone como pena.

C) Cuanto más graves sean los delitos cometidos por el delincuente sexual o por el terrorista, más evidente tendrá que aparecer el pronóstico de peligrosidad y la necesidad de prever en la sentencia la imposición de medidas adicionales, lo que contrasta con el carácter preceptivo de la pena tanto si los delitos son graves como si son menos graves. Ahora bien, también es cierto que cuanto mayor sea la gravedad de las condenas más incierta será la necesidad de la pena accesoria-acumulativa. Teniendo presente que la condena máxima de un terrorista es hasta cuarenta años de prisión de cumplimiento efectivo, esperar que cuando termine su estancia en prisión seguirá siendo, a pesar de su avanzada edad, peligroso criminalmente constituye una prognosis muy forzada por realizarse tan a largo plazo, que requerirá de su correspondiente confirmación al finalizar el internamiento penitenciario. Resulta también muy arriesgada la presunción de peligrosidad criminal de “todo delincuente sexual” condenado a una pena de prisión una vez concluida ésta. Es decir, se generaliza demasiado en torno a estas dos tipologías de delincuente, cuando además presentan perfiles muy separados unos de otros. El delincuente sexual con trastornos de la personalidad se aproxima al inimputable o al semiimputable, aunque en la práctica no suele reconocerse la aplicación a tales sujetos de la eximente completa ni incompleta de anomalías o alteraciones psíquicas, incluso tampoco una moderación del grado de reprochabilidad. Pero esta vía podría interpretarse como el reconocimiento implícito de una semiimputabilidad *sui generis* del delincuente sexual (no inimputabilidad, porque se parte de una condena a la pena de prisión) y la libertad vigilada presentaría connotaciones de una medida de seguridad con fines correctivos o curativos (así, por ejemplo, se establecen como obligaciones del condenado a libertad vigilada participar

---

<sup>27</sup> Sin embargo, al margen de las dificultades de tratamiento, un estudio reciente del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat catalana parece apuntar lo contrario respecto a la reincidencia de los delincuentes sexuales; v. la información sobre este estudio en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>

en programas de educación sexual y seguir tratamiento médico externo). Por supuesto, todo ello partiendo de la base de que el tratamiento en prisión, si lo ha habido, ha fracasado o ha sido insuficiente y es preciso proponer un nuevo tratamiento o continuar con el anterior a través de la pena accesoria de libertad vigilada. No obstante, también hay que reconocer que pueden ser responsables de delitos de contenido sexual sujetos sin patologías de personalidad sexual necesitadas de tratamiento. Para quien no concurra dicho trastorno, ni sea reincidente, la imposición de un control *a posteriori* por imperativo legal, salvo que se acredite por otros motivos la peligrosidad criminal, se antoja injustificada. De estarlo, entonces la libertad vigilada sólo servirá para controlar al sujeto restringiendo su libertad de acción (advertencia o intimidación individual), pero no para reinsertarlo o rehabilitarlo socialmente. En cambio, y frente a la tipología convenida del autor de delitos sexuales como un sujeto que puede padecer trastornos de la personalidad y por ello persona de difícil autocontrol que requiere tratamiento y ayuda, el terrorista, aunque sea un delincuente por convicción, no tiene alteradas las bases de su imputabilidad penal y por ende la libertad vigilada aparece con fines predominantemente asegurativos y con efectos aflictivos, más propios de las penas que de las medidas de seguridad. Tratar de reconvenir a estas personas, tras el cumplimiento de la pena de prisión, en valores democráticos de tolerancia, convivencia y respeto a los derechos fundamentales, se antoja de difícil consecución y podría ser contrario a su libertad ideológica. El Derecho Penal no puede exigir de los ciudadanos que acaten sus prescripciones en conciencia, sino que le basta para cumplir sus finalidades con que los sujetos —los terroristas en este caso—, no vuelvan a delinquir, ni en el marco de los objetivos terroristas ni en ningún otro marco delictivo.

D) Nominalmente se apuesta ahora por una pena accesoria de libertad vigilada frente a la propuesta anterior de concebirla, por un lado, como pena sustitutiva de la prisión y, por otro lado, como medida de seguridad. Sin embargo, su comprensión como pena de cumplimiento sucesivo a la prisión resulta de difícil encaje con su naturaleza de pena accesoria. ¿Cómo puede una pena ser accesoria a falta de la principal? Si la prisión se ha cumplido y por tanto extinguido, la libertad vigilada no puede ser —salvo ficción— pena accesoria de otra que no existe, sino que en tal caso tendría que ser concebida como otra pena principal acumulativa, aunque su función fuera complementaria de aquélla<sup>28</sup>. Pero el fin primordial de la libertad vigilada, si no opera como sustitutivo de una pena, ya no puede ser la reafirmación del ordenamiento jurídico o retribución por el delito cometido, puesto que ese fin se habrá cumplido con la ejecución de la pena principal propiamente dicha. De modo que su imposición, tras el cumplimiento de la pena de prisión, ya no es otro que la prevención especial o, como dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto, lograr la reinserción del sujeto a la sociedad. Parece entonces que tendría que ser concebida como medida de seguridad. Ello, sin embargo, tropieza con el actual sistema legal de medidas de seguridad, que no está pensado para el delincuente peligroso plenamente imputable. Por ejemplo, el art. 6.2 CP, cuando establece que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, es una previsión incompatible con una libertad vigilada de duración propia que excede en el tiempo el de la pena concretamente aplicada (prisión). Por este motivo y si no se acomete la reforma necesaria en el sistema de medidas, no queda otra alternativa que forzar su naturaleza como pena y además como pena accesoria. En el fondo esta

<sup>28</sup> Aunque existe el precedente de las penas de alejamiento que se cumplen con posterioridad a la prisión y son accesorias de ésta, lo cierto es que empiezan a cumplirse simultáneamente, y por tanto está justificado considerar a los alejamientos como penas accesorias de la pena de prisión.

problemática se repite como hemos visto anteriormente con las penas de alejamiento, que serían medidas de seguridad si el Código no las previera como penas para los imputables y como medidas de seguridad para los semiimputables e inimputables.

E) Sin embargo, en su configuración como pena podían haberse estudiado otras posibilidades de insertar la libertad vigilada adecuadamente dentro de la condena a una pena de prisión. Precisamente una de las críticas que cabe dirigir al Anteproyecto de 2008 con respecto a la implantación de la libertad vigilada como accesoria de la pena principal privativa de libertad es que no se haya asegurado evitar disfunciones entre el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión y el cumplimiento posterior de la pena de libertad vigilada. En efecto, podría darse el caso de que la pena de libertad vigilada supusiera para el sujeto que ha cumplido ya la pena de prisión una involución de sus facultades y posibilidades de actuación para la vida en libertad (si, por ejemplo, alcanzó determinados beneficios del tercer grado penitenciario o la libertad condicional), por suponer la nueva pena una restricción superior de derechos de los que el sujeto habría venido disfrutando durante la ejecución de la pena de prisión. No será lo corriente, puesto que si el sujeto ha gozado del tercer grado y de la libertad condicional, la ejecución de la libertad vigilada carecerá de razón de ser y deberá decaer (salvo una involución de las circunstancias del penado durante ese período), circunstancia que tampoco menciona la regulación. A este respecto el C.G.P.J. considera críticamente la remisión reglamentaria de las circunstancias de la ejecución de esta pena que no han sido contempladas de forma expresa en la propia ley, precisamente porque no se incorporan al art. 49 bis aspectos esenciales de la ejecución de la misma, como lo serían específicamente las condiciones que deben concurrir en la evolución de la situación penitenciaria del penado para poder estimar aplicable la pena de libertad vigilada, evitando las disfunciones mencionadas. Así, por ejemplo, entiende el Consejo que puede considerarse requisito imprescindible para la ejecución de la libertad vigilada que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior a la concesión de este beneficio. Pero también estima que debe excluirse la posibilidad de ejecutar la pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, caso de que haya accedido a él, y no concurra la salvedad acabada de mencionar. Sin embargo, prácticamente es imposible que el tercer grado penitenciario, por muy beneficioso que sea, pueda ser menos restrictivo que la libertad vigilada, porque si ésta implica una situación de libertad (con respecto a la prisión), aquélla lo es de semilibertad, con obligación en todo caso en el más favorable de sus regímenes posibles de acudir al establecimiento penitenciario el tiempo fijado en su programa de tratamiento (art. 86.4 del Reglamento penitenciario). Por lo que respecta a la libertad condicional, ésta exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social para ser concedida (art. 90.1 CP), lo que la hace incompatible con la libertad vigilada, y ello a pesar de que la libertad condicional puede llevar aparejada la imposición de reglas de conducta o medidas, previstas en los arts. 83 y 96.2, que son muy parecidas a las obligaciones que puede acarrear la libertad vigilada. Ahora bien, aunque los condenados por terrorismo tienen especialmente complicado alcanzar la libertad condicional si no concurre un arrepentimiento activo por su parte (art. 91.1, último párrafo), para los delincuentes sexuales la regulación de la libertad condicional no establece requisitos particulares, y dado el aparente automatismo con el que parece aplicarse o dejar de aplicarse este beneficio en la práctica, entiendo que, en evitación precisamente de cualquier disfunción con el sistema progresivo penitenciario y en aras de facilitar para

éstos el disfrute de un período a prueba, podría estudiarse como alternativa adicional que se configurara la pena de libertad vigilada como forma de cumplimiento de la libertad condicional de los delincuentes sexuales que merecieran dicho beneficio, de modo que tras la finalización del plazo correspondiente a la “libertad condicional vigilada” se pudiera optar o no por continuar con una “libertad vigilada no condicional”. De esta manera se aseguraría la compatibilidad de ambas penas y se justificaría su carácter de pena accesoria de la de prisión para estos supuestos. De no ser así es previsible que quienes fueran condenados a prisión por delitos sexuales, y por tanto también a una pena de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena de prisión, dadas las sospechas legales sobre su peligrosidad permanente y las dificultades del éxito del tratamiento, tuvieran muy complicado o casi imposible alcanzar el beneficio de la libertad condicional, salvo que quedara firmemente acreditado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y por consiguiente la total o completa desaparición o erradicación de su peligrosidad criminal, algo que parece ilusorio que se pueda afirmar con rotundidad con respecto a esta clase de delincuentes.

F) Una diferencia fundamental se observa en el contenido de que se dota a la libertad vigilada en el Anteproyecto de 2006 y en el posterior Anteproyecto de 2008. Si el primero exigía del penado un simple estar localizado constante y efectivamente, el segundo va mucho más allá y apuesta por un programa ambicioso de actuaciones. Actuaciones que para el penado pueden consistir en obligaciones o reglas de conducta, en muchos casos de similar contenido al de otras obligaciones o reglas de conducta previstas, por ejemplo, en la suspensión de la pena de prisión (comparecer personalmente), pero igualmente asimilables a otras penas, (inhabilitación profesional, penas de alejamiento) e incluso a las medidas de seguridad (tratamiento médico externo, sometimiento a programas), por lo que la libertad vigilada puede llegar a reunir en una sola pena una pluralidad de ellas. Esto no se compadece con la afirmación contenida en la Exposición de Motivos de que la libertad vigilada ‘se trata de una mínima restricción de las libertades’. La intervención que está prevista sobre el penado no es mínima, sin que ello signifique que no sea correcto configurar esta consecuencia jurídica de modo que pueda cumplir con la finalidad pretendida, es decir, obtener la resocialización del sometido a ella, pero en todo caso debe hacerse reconociendo su verdadero alcance. Por consiguiente, tanto la prolongación en el tiempo de esta pena como los efectos que puede traer aparejados en la vida penado (entre ellos, mantener su condición de reo) representan una seria intervención penal en las libertades del sujeto, aunque más acordes con la dignidad del penado que la prolongación de su reclusión o custodia al margen de la sociedad, quedando satisfecha en cambio igualmente la función asegurativa, y no sólo la tuitiva.

G) Otra diferencia que cabe resaltar entre ambos Anteproyectos es que el segundo encomienda al Juez de vigilancia penitenciaria que determine el contenido de la libertad vigilada, concretando las obligaciones del condenado a esta pena. Puesto que en el Anteproyecto de 2006 la libertad vigilada no suponía para el penado ninguna obligación distinta de la de estar siempre localizable, carecía de sentido atribuir al Juez de vigilancia penitenciaria o al Juez o Tribunal sentenciador la determinación de las condiciones de ejecución de la pena, y se limitaba a facultar al Juez o Tribunal sentenciador la posibilidad a acordar que el control de la libertad vigilada se realizase a través de medios electrónicos, circunstancia que se mantiene en los mismos términos en el Anteproyecto de 2008 (art. 49 bis, 3), aunque podría haberse dejado en manos del Juez de vigilancia penitenciaria, ya que es el encargado de controlar a ejecución de la pena.

H) Las diferencias de tiempo de la libertad vigilada son muy ostensibles: de un año y como máximo dos años del Anteproyecto de 2006 a veinte años del Anteproyecto de 2008.

## VI

Estamos ante una pena que puede ser adecuada como alternativa a otras intervenciones en la esfera de los derechos del penado mucho más graves, y por lo tanto subsidiarias de aquellas menos lesivas que puedan producir efectos similares. La libertad vigilada fundamentalmente sirve, en primer lugar, a la protección de la víctima del delito y de otras potenciales víctimas; opera, en segundo lugar, como control del penado, de modo que reiteración en el delito es más arriesgada para él; y sobre todo, en tercer lugar, puede orientarse a la reinserción social del condenado a ella, incluso si es preciso a través de un tratamiento. Entiendo, sin embargo, que aunque el modelo de una consecuencia jurídica del delito de la índole de la libertad vigilada es suficientemente atractivo como para considerar incluir esta consecuencia jurídica del delito en la legislación penal, la regulación del Anteproyecto de 2008, aunque mejora sustancialmente la anterior, presenta aún carencias y defectos que deberían corregirse. El más serio de todos ellos es configurar la libertad vigilada como pena y no como medida de seguridad, aun cuando solventar esta cuestión implicaría realizar una profunda revisión del sistema de medidas de seguridad del Código penal y la reasignación de la calificación de cada consecuencia según su verdadera naturaleza jurídica. Por lo demás también se pueden destacar los siguientes aspectos criticables de la regulación del Anteproyecto de 2008:

1. Se desaprovechan las posibilidades de la libertad vigilada como pena sustitutiva de la pena de prisión o como carga aplicable a los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (como proponía el C.G.P.J. en su primer informe). Lo cierto es que se han superado las razones que se esgrimían por parte del C.G.P.J. al Anteproyecto de 2006 en contra del carácter sustitutivo de la libertad vigilada en el sentido de carecer de contenido punitivo, dado que el penado sólo debía estar permanentemente localizable, frente al cúmulo de obligaciones que se prevén en el Anteproyecto de 2008. No parece, en cambio, que la libertad vigilada debiera estar prevista a la vez en sede de suspensión y de sustitución de penas privativas de libertad, puesto que daría lugar a confusión sobre el papel de la libertad vigilada, en un caso como carga de la suspensión de la pena y en otro como pena sustitutiva. Dado su contenido punitivo no la estimo apropiada para la suspensión.

2. Teniendo en cuenta lo anterior se desaprovecha también su extensión a otras tipologías delictivas distintas del terrorista y del delincuente sexual, sobre todo respecto aquellas en las que se observa un mayor riesgo de reincidencia en el delito, como, por ejemplo, parecen serlo los autores de violencia de género. Pero igualmente y en general podría considerarse la imposición de la referida pena a toda clase de autor violento por tendencia que atente contra la integridad corporal, la salud o la vida de los demás. En cualquier caso deberían tratarse separadamente las distintas tipologías delictivas y regular que la imposición de la libertad vigilada tenga lugar en función de las concretas necesidades preventivo-especiales que emanan de la personalidad del sometido a ellas. No obstante, habría que restringir la imposición de la libertad vigilada a delincuentes por tendencia de acreditada peligrosidad con arreglo a un examen individualizado, y no en función de criterios estadísticos o estandarizados. De modo que aunque se parta de

un perfil genérico de delincuente por tendencia desde el plano legal, esta tendencia deba ser comprobada y confirmada para el caso concreto antes de imponer en sentencia la libertad vigilada.

3. Al ser su finalidad esencialmente resocializadora, y sólo subsidiariamente de control, es imprescindible la previsión de un establecimiento de vigilancia y la creación de la figura del agente o asistente de la libertad vigilada, profesional de la pena que haga un seguimiento de la evolución del sujeto y le facilite su reinserción social, lo que a tenor del art. 49 bis, apartado 4 del Anteproyecto de 2008 podría estar previsto por la vía reglamentaria, que debe desarrollar el resto de circunstancias de la ejecución de la pena que la ley no ha contemplado expresamente. Sin embargo, en dicho apartado se indica únicamente que el Juez de vigilancia penitenciaria es quien controlará el cumplimiento de la pena, requiriendo los informes periódicos que considere necesarios a las Administraciones Públicas correspondientes, por lo que se deja abierta la cuestión fundamental para garantizar el éxito de esta nueva consecuencia jurídica de si, además de un centro de referencia, habrá también un profesional de referencia. Y lo cierto es que sin estos actores la función jurisdiccional es de imposible cumplimiento racional, como dice el C.G.P.J.<sup>29</sup>

En nuestro modelo de libertad vigilada la posible intervención de dicho profesional, que informaría periódicamente al Juez de vigilancia penitenciaria, haciendo un seguimiento personal del penado (del cumplimiento de sus obligaciones y reglas de conducta), sólo se podría producir durante la fase de ejecución de la pena, frente al modelo anglosajón que permite una valoración previa del profesional sobre la conveniencia de la pena en relación al sujeto, lo cual es tenido en cuenta por el juez o tribunal sentenciador para su posible imposición en la sentencia condenatoria.

4. La libertad vigilada debería ser de apreciación facultativa y, en cualquier caso, se tendría confirmar la persistencia de peligrosidad criminal del penado como condición antes de dar inicio a su ejecución, y ello a través de un informe específico que tendría que remitir la Administración penitenciaria al Juez encargado del control de la pena. Asimismo, como señala el C.G.P.J., falta la previsión de plazos de remisión de informes y, en consecuencia, de revisión de la pena, que eviten la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Del mismo modo debería regularse una suspensión obligada de la libertad vigilada ante una evolución favorable de las circunstancias del penado, que podría ser revocada de retornar el estado de peligrosidad criminal durante el período de suspensión (como propone igualmente con acierto el C.G.P.J.).

5. En torno a las cargas y obligaciones se echa de menos la entrevista periódica con el agente de la libertad vigilada para poder evaluar su estado de peligrosidad y su grado de adaptación a la sociedad. Por el contrario, en el ámbito de las cargas y obligaciones fijadas en el Anteproyecto debería eliminarse la obligación de seguir un tratamiento médico externo si no se recoge el carácter voluntario del mismo, pues de otro modo se entraría en contradicción con el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente y su derecho a rechazar un tratamiento, reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (art. 8, consentimiento informado), cuando, como es el caso, nos encontramos ante personas capaces a las que no se les puede imponer un tratamiento coactivamente. No se han explorado en este sentido las posibilidades que ofrece el modelo promocional no coactivo, como pone de manifiesto el C.G.P.J., que tiene lugar

<sup>29</sup> V. también MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, pp. 8 y ss.

cuando al sujeto se le ofrece una opción alternativa (libertad vigilada de determinada duración si se somete a tratamiento o de mayor duración si no se somete).

6. La duración de esta pena puede resultar excesiva en sus límites máximos, que no deberían exceder de 10 años. Hay que recordar que ya es calificada como pena grave por tiempo superior a cinco años, y menos grave de entre uno y cinco años. Sin embargo el art. 57 bis, apartado 2, señala que *en caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años*. De modo que los delitos menos graves castigados con la pena de libertad vigilada aparentemente pasarían a la consideración de delitos graves a tenor del art. 13.4, ya que son castigados con pena grave (libertad vigilada superior a cinco años). Así, por ejemplo, el delito de posesión de pornografía infantil para uso propio del art. 189.2, castigado con prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, al que tener que llevar aparejada como accesoria de la prisión la libertad vigilada de uno año a diez, podría tener que calificarse como delito grave, lo cual debe rechazarse, no sólo por el despropósito valorativo que supone, sino porque el carácter accesorio de la pena impide reconocer este efecto. Lo lógico en todo caso sería que el tiempo de libertad vigilada de los delitos menos graves no fuera superior a cinco años, y así cuadrar los arts. 33 y 57 bis.

7. No se regula con la debida claridad qué ocurre con esta pena si el sujeto vuelve a delinquir o es condenado por quebrantamiento de condena. Si como consecuencia de lo anterior se le impone una nueva pena de prisión, la libertad vigilada se suspendería en tanto el sujeto permaneciera en prisión. Pero puede suceder que reincida en el delito que se quiere prevenir (delito sexual o terrorismo) o que cometa otro delito distinto, dolosa o imprudentemente. En el primer caso se plantea además el problema de si podrá acumularse una nueva pena de libertad vigilada a la anterior pena de la misma naturaleza que quedó inconclusa.

Tampoco queda claro qué ocurrirá con el delincuente al que se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad, pues la libertad vigilada no se suspende en principio, y su cumplimiento puede representar una restricción superior de sus derechos de los que puede llegar a representar la propia suspensión (la cual también puede llevar aparejadas reglas de conducta u obligaciones *ex art. 83 CP*).

8. Pueden producirse dudas en torno a prescripción de la libertad vigilada por establecer su cumplimiento en tiempo diferido. El C.G.P.J. sugiere que se establezca una regla específica en sede de prescripción de la pena que impida que ésta se produzca como consecuencia de la prolongación en el cumplimiento de la pena de prisión, ya que el art. 134 señala que el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme. Propone que se siga el criterio fijado para las medidas de seguridad, según el cual, el tiempo de la prescripción en caso de cumplimiento sucesivo se computará desde que debió empezar a cumplirse.

9. Pueden existir también problemas de compatibilidad entre la libertad vigilada y las penas de alejamiento, por cuanto los efectos de éstas se prolongan tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad y la libertad vigilada puede incorporar como obligaciones del penado la de alejarse de las víctimas. El C.G.P.J. se inclina por que el juez se decida por una u otra para evitar incurrir en la prohibición constitucional de *bis in idem*, dada esa posible interferencia en ambas, pero que se exprese claramente en el texto de la ley la posible opción por uno u otro de los dos sistemas de penas accesorias.

10. El C.G.P.J. aprecia desajustes y falta de regulación entre lo previsto por el art. 468 para el quebrantamiento de la libertad vigilada y lo que aparece previsto en el art. 49 bis, apartado 6, para el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones que lleve aparejada la pena.

En suma, estamos ante una consecuencia jurídica interesante, pero todavía poco convincente en su previsible regulación legal.