

CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LA NUEVA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA*

CARLOS VÁZQUEZ GONZÁLEZ** ***

Resumen: En este trabajo se exponen y analizan algunos problemas de índole penal y criminológico, que se pueden plantear tras la introducción dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito del Código penal español de la libertad vigilada, también aplicable a imputables (art. 106 CP) como una nueva medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena privativa de libertad.

Palabras clave: Libertad vigilada, medidas de seguridad, peligrosidad criminal, reincidencia.

Abstract: From a critical perspective, this study analyzes some penal and criminological questions that can pose after the incorporation inside the penal system of the Spanish Penal Code of the new security measures for parole, also applicable to chargeable offences (art. 106 PC), by the successive and cumulative number of freedom restricting sentences and security measures imposed.

Key words: Probation, security measures, criminal dangerousness, recidivism.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO; II. REGULACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD VIGILADA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL; III. CUESTIONES DE NATURALEZA PENAL; 1. Naturaleza jurídica y legitimación de la libertad vigilada; 2. Sobre el contenido de la medida de libertad vigilada; IV. CUESTIONES DE ÍNDOLE CRIMINOLÓGICA; V. OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y/O PROBLEMÁTICAS; 1. El órgano de control de la libertad vigilada; 2. El catálogo de prohibiciones y

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012.

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Ponencia presentada el 17 de mayo de 2012 en el trascurso de las *XII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en el Salón de Grados del Edificio de Ciencias Jurídicas de la UAM, a cuyos organizadores agradezco nuevamente su invitación para participar en unas Jornadas que sirven de punto de encuentro a los penalistas de las Universidades madrileñas. El germen de esta ponencia nace de una comunicación presentada junto a la Profesora Ana I. Luaces Gutiérrez a las *Primeras Jornadas Compostelanas de Temas actuales de Derecho Procesal y Derecho Penal*, celebradas en la Universidad de Santiago de Compostela, el 14 y el 15 de marzo de 2011 (de próxima publicación), así como de un reciente artículo publicado en el Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos. De ahí las muchas coincidencias que se dan entre ambos trabajos y que el lector sabrá perdonar.

*** Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: cvazquez@der.uned.es

obligaciones del nuevo art. 106 CP; 3. Problemas de compatibilidad entre la medida de libertad vigilada y la libertad condicional; 4. Aspectos procesales; VI. A MODO DE CONCLUSIONES; VII. EL NUEVO DERECHO PENAL QUE VIENE. (LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA DELINCUENTES PELIGROSOS EN EL ANTEPROYECTO DE LO POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL).

I. PLANTEAMIENTO

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico-penal por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*¹, de la libertad vigilada como una nueva medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena privativa de libertad², diseñada principalmente para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos relacionados con el terrorismo, supone una reforma de tan amplio calado³ que, incluso, ha modificado el sistema vigente de sanciones del Código penal, consistente en penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables y semiimputables, ya que el Código penal español de 1995 vinculaba la aplicación de las medidas de seguridad solamente a la exclusión, total o parcial, de la culpabilidad del autor⁴.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la

¹ BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

² Seguimos en este trabajo la denominación de medida de seguridad *complementaria* (entendida en el sentido de *accessoria*, ya que puede ser impuesta junto a una pena principal, de manera que, sin mencionarse expresamente en el marco penal abstracto de la figura de delito, va unida a alguna de las penas en él previstas) y *acumulativa* (la figura del delito tiene prevista en este caso la aplicación conjunta de una pena y una medida de seguridad de distinta naturaleza), formulada por 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*, 3ª época, 1, 2009, pp. 199-212. Denominación de medidas de seguridad *complementarias*, utilizado también por JAKOBS, G., “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, *InDret*, 1/2009, pp. 10, 11 y 13. [www.indret.com]

³ La reforma del Código penal en este ámbito, con la modificación que supuso en el sistema de sanciones, nos llevó a catalogarla de “reforma de amplio calado”, aunque a la vista de la reforma del CP que se prevé según el Anteproyecto de reforma del Código penal elaborado por el Ministerio de Justicia (16/07/2012), tenemos que dar la razón al legislador, al calificar la Reforma de 2010, de “tímida revisión”.

⁴ Lo que en opinión de CEREZO MIR, J. “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de la responsabilidad criminal”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudio en Ciencias Penales y Criminología (ILECIP)*, 003-05, 2008, pp. 1 y 2, supone “uno de los mayores defectos de nuestro nuevo Código penal, desde el punto de vista político-criminal”. De la misma opinión, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ReCrim*, 2009, p. 293, [http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09a05.pdf], entendía como “una carencia o limitación del sistema penal español”, el que “una vez cumplida la pena impuesta el Estado se desentiende de aquellos sujetos que siguen siendo peligrosos criminalmente”.

peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable (responsable y capaz de culpabilidad) en relación con la naturaleza del delito cometido.

Como no podía ser de otra forma, ante la importancia teórica y práctica de esta nueva medida de seguridad, la doctrina empieza a pronunciarse sobre su conveniencia, necesidad, eficacia, naturaleza o legitimidad, entre otras cuestiones de especial trascendencia. Por ello, en este trabajo vamos a tratar de analizar aquellos problemas más importantes a los que se van a enfrentar los operadores jurídicos cuando tengan que imponer esta medida. Problemas que se pueden circunscribir a dos grandes áreas: penal y criminológica, aunque también afecte a otros ámbitos como el procesal y el penitenciario.

Pero comencemos por el principio, examinando como ha quedado la regulación legal de la nueva medida de seguridad de libertad vigilada incorporada a nuestro Código penal por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD VIGILADA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

La libertad vigilada considerada como una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3, 3ª), consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (art. 106).

La novedad fundamental que incorpora la nueva medida de libertad vigilada es que resulta aplicable cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta —el *sistema vicarial* hace que la medida se ejecute antes que la pena y que su duración sirva para compensar la de ésta⁵—, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene. (art. 98.1)⁶.

Su duración, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada (art. 105.1), pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (art. 105.2), con carácter *preceptivo*⁷, como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos castigados con pena grave contra la libertad e indemnidad sexual y los relacionados con el terrorismo⁸.

⁵ “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3” (art. 99 CP).

⁶ Vid. Art. 106.2 CP que establece al respecto que “al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva”.

⁷ En este sentido, REBOLLO VARGAS, R. “Título VI. De las medidas de seguridad”, en CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 810, 811 y 848.

⁸ El art. 192.1 CP, establece para los *delitos contra la libertad e indemnidad sexual* que “A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos

III. CUESTIONES DE NATURALEZA PENAL

Aunque nos pese, de nuevo, debemos comenzar criticando la voracidad legislativa de nuestros gobernantes⁹, ya que, el conocimiento de las leyes por la ciudadanía y la seguridad jurídica difícilmente pueden verse satisfechos si en tan sólo quince años, el Código penal de 1995, ha sido reformado en más de veinte ocasiones¹⁰.

1. Naturaleza jurídica y legitimación de la libertad vigilada

Pese a su importancia y trascendencia teórica y práctica, no vamos a entrar en el análisis sobre la naturaleza jurídica de la institución de la libertad vigilada, ya que el legislador pese a las iniciales dudas y vacilaciones sobre si nos encontramos ante una pena, una consecuencia accesoria o una medida de seguridad¹¹, como no podía ser de otra forma,

menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”. Por su parte el art. 579.3 CP encuadrado dentro del capítulo relativo a “*las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*”, dispone que “A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”. Sobre el problema de las dificultades en la predicción de la peligrosidad o de la reincidencia, sobre todo cuando el sujeto tan sólo ha realizado un hecho delictivo, cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, “El retorno de la inocularización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”* (Dir. Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre), Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 704.

⁹ Vid., en sentido crítico con las sucesivas reformas y contrarreformas del Código penal español, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, n^o extraordinario 2, 2004, pp. 527 a 530 (con referencias).

¹⁰ En concreto y, salvo error o equivocación, hasta la fecha hemos contabilizado 25 reformas del Código penal, desde su entrada en vigor hasta la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. SERRANO GÓMEZ, A. “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal”, *RECPC* 12-r3 (2010), p. 3 contabiliza 26 reformas del Código penal desde su entrada en vigor. Sobre esta voracidad legislativa de la legislación penal contemporánea, en un reciente trabajo, QUINTERO OLIVARES, G. *La enseñanza del Derecho en la encrucijada*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 39 y 40, sostiene que “es necesario que las ‘grandes’ leyes tengan cierta estabilidad”, ya que “la caótica técnica legislativa nacida a partir de los fenómenos de hipertrofia normativa ha traído como consecuencia el nacimiento de un ‘derecho transitorio’ que acaba siendo recogido de forma indiscriminada en las leyes a través de disposiciones adicionales, finales, transitorias (propriadamente dichas) y derogatorias (expresas o tácitas) que acaban por poner en duda el principio de seguridad jurídica”.

¹¹ Vid. el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, donde se regulaba la libertad vigilada como una pena accesoria (art. 49 bis) con una duración de entre diez y veinte años cuando el delito fuera grave y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años (art. 57 bis) y el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de

y con buen criterio, tal y como se ha manifestado la doctrina¹², se decantó finalmente por considerar que la libertad vigilada debía tener la naturaleza jurídica de una medida de seguridad, ya que el fundamento de la misma no reside en la culpabilidad del delincuente, sino en la peligrosidad criminal del mismo, entendida como la probabilidad de que el sujeto realice en el futuro otra conducta delictiva, tal y como dispone el art. 6 CP al establecer que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

Ahora bien, aunque la naturaleza jurídica de la institución de la libertad vigilada resulte tan evidente e indiscutible que no merezca un análisis más detallado, no es menos cierto que una de las primeras cuestiones que se le plantean al Derecho penal está íntimamente relacionada con ella, ya que de su categorización como medida de seguridad va a depender la legitimidad de su imposición junto a las penas privativas de libertad, algo que hubiera sido mucho más complejo de justificar, si el legislador se hubiera decantado, tal y como era su intención en un principio, por considerarla como una pena (accesoria) privativa de derechos.

Pese a todo, puede resultar difícil de entender como se puede sancionar a una persona plenamente responsable que ha extinguido su responsabilidad penal. Si la pena –el cumplimiento de la condena– extingue la responsabilidad criminal¹³, sin entrar a valorar si el sujeto se ha rehabilitado, muestra síntomas de estar en proceso de rehabilitación, o ni lo uno ni lo otro, nos podemos preguntar si ¿es lícito continuar sancionándole aunque sea con una medida de seguridad no privativa de libertad? O, como apunta ZUGALDÍA ¿Sería lícito imponer una medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena al autor de una serie de delitos que va a ser excarcelado (por haber cumplido su pena y extinguido su responsabilidad criminal) cuando consta que no se ha rehabilitado con el cumplimiento de la pena y que representa un peligro actual y cierto de reincidir en el delito?¹⁴

los Diputados, IX Legislatura), de 27 de noviembre de 2009, donde ya al igual que en la redacción definitiva de la Ley Orgánica, se regula como una medida de seguridad. En opinión de REBOLLO VARGAS, “Título VI. De las medidas de seguridad”, cit., p. 797, “parece que los vaivenes del legislador en cuanto a la forma que debía de adoptar la libertad vigilada responden inequívocamente a una sola razón: que se ha adoptado una decisión inmadura”.

¹² Así, entre otros, SANZ MORÁN, A. “El tratamiento del delincuente habitual”. *Polít. Crim.* n.º 4. A3, 2007, p. 15, al sostener que “que añadir, por ejemplo, a la prisión la libertad vigilada –como lo hace el artículo 94 del Proyecto de 2007–, frente al delincuente ‘habitual’, comporta un modelo ‘dualista’ (pena más medida) de respuesta, por más que el mencionado Proyecto clasifique a la libertad vigilada entre las penas”. También al analizar la libertad vigilada en el Proyecto de Reforma del Código Penal, ROBLES PLANAS, R. “*Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*”, *InDret*, 4/2007, p. 14, sostenía que “en el contexto que ahora nos ocupa, pese al silencio del prelegislador, debe entenderse que tiene el carácter de medida de seguridad complementaria a la pena, pues expresamente se menciona su procedencia tras el cumplimiento de la condena”. En este sentido vid. también BOLDOVA PASAMAR, “Consideraciones político-criminales”, cit., pp. 309 y 312.

¹³ Cfr. Art. 130.2 CP.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias...”, cit., p. 203.

Entendemos, que desde el ámbito jurídico-penal, es legítimo que a un sujeto que ha extinguido su responsabilidad penal por haber cumplido su condena, se le pueda imponer una medida de seguridad como la libertad vigilada, cuando no muestre un pronóstico favorable a su reinserción social, sino que continúe presentando una elevada probabilidad de reincidir en su conducta delictiva, mostrando así, claros síntomas de peligrosidad criminal. Creemos pues que el distinto fundamento de las penas y las medidas de seguridad, –la pena tiene su fundamento en la gravedad del delito cometido y en la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad tienen su fundamento únicamente en la peligrosidad del delincuente–, hacen compatibles la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a sujetos plenamente capaces de culpabilidad, aunque el sistema penal español, tradicionalmente hubiera circunscrito la imposición de penas a los sujetos imputables y la de medidas de seguridad a los inimputables o semiinimputables.

Pese a que en nuestra opinión, se pueda justificar la incorporación a nuestro sistema de consecuencias jurídicas del delito de la nueva medida de seguridad de libertad vigilada, la doctrina ha alertado que puede atentar contra determinados principios constitucionales. Así, entre los más citados, encontramos el respeto por la dignidad humana¹⁵ reconocido como un Derecho fundamental de las personas en el art. 10.1 de la Constitución española; el principio de proporcionalidad de las penas, respecto del que SILVA SÁNCHEZ, considera que “la adecuación de este modelo al principio de proporcionalidad resulta más que discutible”, ya que el Código de 1995, al acoger incluso en las medidas de seguridad para los delincuentes inimputables el criterio de la proporcionalidad con el hecho cometido (art. 6.2 CP) y no contemplar siquiera reacciones para delincuentes imputables habituales o peligrosos, se sitúa en las antípodas de cualquier discurso de “peligrosidad”¹⁶; o el principio *non bis in idem*, del que conviene recordar que una sólida doctrina constitucional, anterior a la entrada en vigor del vigente Código penal¹⁷, interpretaba el art. 25.1 CE en el sentido de que “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena –y la medida de

¹⁵ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M^a. “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 149. En Alemania, en relación con una medida de seguridad más gravosa que la libertad vigilada, como es la “custodia o detención de seguridad”, no se vulnera, a juicio del Tribunal Constitucional alemán, la dignidad humana reconocida en el art. 1.1 de la Ley Fundamental si esta medida es necesaria por la peligrosidad subsistente del detenido de cara a la protección de la comunidad. Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, P. “Peligrosidad criminal y Constitución”, *InDret*, 3/2008, pp. 5 y 6. [www.indret.com].

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, cit., pp. 707 y 708. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F. “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008”, *Revista Penal*, núm. 24, julio, 2009, pp. 116 y 117. Crítico con la regulación del principio de proporcionalidad para las medidas de seguridad en el Código penal español, se muestra CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 37 y 38, y más recientemente, el mismo, “Reflexiones críticas”, cit., pp. 5 y 6.

¹⁷ STC 23/1986 (Sala 2^a), de 14 de febrero, así como SSTC 21/1987, de 19 de febrero, 131/1987, de 20 de julio y 107/1989, de 8 de junio.

seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la ‘culpabilidad’ y en el otro la ‘peligrosidad’”. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina se manifiesta, en sentido contrario, favorable a que la doble imposición, allí donde proceda, de pena y medida de seguridad para su ejecución consecutiva mientras se manifieste la peligrosidad del condenado no vulnera el principio *non bis in idem*, en aquellos casos en los que la pena, siendo la única respuesta al ilícito o el mecanismo que reprueba totalmente el hecho delictivo no pueda satisfacer por sí sola, dada su vinculación primordial con la culpabilidad, las exigencias de la prevención especial¹⁸.

Lo que si que parece claro, una vez apuntados los problemas dogmáticos, jurídico-penales y legales, que en el debate entre libertad y seguridad ciudadana, tan presente en el discurso político y social actual, —y no sólo en nuestro país—¹⁹, el legislador tiene cada vez más claro que debe prevalecer el Derecho penal de la seguridad²⁰, se debe defender el retorno de la inocuización del delincuente²¹, políticas criminales punitivas²² o planteamientos cercanos al, tan comentado y debatido, Derecho penal del enemigo, como parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la Ley cuando señala, pese a negar expresamente estos extremos, que “Se hace necesario, [cuando en determinados supuestos de especial

¹⁸ Así, REQUEJO RODRÍGUEZ, “Peligrosidad criminal y Constitución”, cit., p. 19.

¹⁹ El Derecho comparado conoce diferentes formas de libertad vigilada posteriores al cumplimiento de la pena, así entre otros ejemplos, podemos citar: la vigilancia de seguridad, incorporada en 2008 al Código de procedimiento penal francés, los parágrafos 68 y siguientes del Código Penal alemán o la *extended sentence* que para el Reino Unido regula el *Criminal Justice Act* de 2003, consistente en el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, “Peligrosidad criminal y Constitución”, cit., pp. 1-23. ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 5-12. NISTAL BURÓN, J. “La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 793, de 25 de febrero de 2010, p. 1. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. “La libertad vigilada”, *Diario la Ley*, núm. 7534, de 23 de diciembre de 2010, pp. 3 y 4.

²⁰ De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*, (con la colaboración de F. Morales Prats), Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 120. También, BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., p. 299, al señalar que “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)”.

²¹ Sustentado fundamentalmente por la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales y, por el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente. Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 2001, pp. 145 y 146.

²² SERRANO MAÍLLO, A. “Punitivität und Gesetzgebung: Die Situation in Spanien”, en *Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs* (H. KURY y E. KARIMOV eds.), Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2007, argumenta que existen razones para creer que en nuestro país se viene produciendo un aumento de la punitividad o de la firmeza frente al delito a nivel legislativo.

gravedad el efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia], contemplar soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las exigencias constitucionales con *otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos*, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”²³.

2. Sobre el contenido de la medida de libertad vigilada

El problema que surge respecto al contenido de la medida de libertad vigilada, reside en que algunas de las prohibiciones del art. 106 se pueden imponer, con un mayor contenido afflictivo, como penas accesorias²⁴. El art. 39 CP menciona entre otras penas privativas de derechos, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; o la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal²⁵.

En el sentido expresado en el texto, debemos recordar que el artículo 57.1 CP establece que: *“Los jueces o tribunales, en los delitos (), contra la libertad e indemnidad sexuales, (), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.*

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.

²³ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio (énfasis añadido).

²⁴ *Solapamiento* entre las medidas de seguridad no privativas de libertad y las penas privativas de derechos, ya denunciado por REBOLLO VARGAS, ob. cit., pp. 823 y 857.

²⁵ Vid. También el art. 48 CP. Por ello, SANZ MORÁN, A. “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 142, defendía de *lege ferenda* que “puesto que la nueva medida de libertad vigilada comprende los ‘alejamientos’ y puede imponerse a sujetos plenamente responsables, habría que suprimir la pena del art. 48 CP y extender la libertad vigilada a los delitos relativos a la violencia doméstica y de género, siempre previo el correspondiente pronóstico de peligrosidad”.

Debido a la prohibición constitucional de *bis in idem*, es indiscutible que, dada la identidad de fundamento, entre las obligaciones o prohibiciones susceptibles de imposición con la medida de libertad vigilada y las penas accesorias, *–restricciones de los derechos de libertad ambulatoria o comunicación–* entendemos que no podrán ser impuestas a la vez a la misma persona por el mismo hecho²⁶. Ahora bien, ¿Cómo se debe resolver este concurso aparente de normas penales? Una postura, defendida por REBOLLO VARGAS, se inclina por resolverlo a favor de la imposición de la libertad vigilada, “dado que el régimen de la imposición de las penas accesorias es potestativo (), mientras que la previsión para las medidas de seguridad de libertad vigilada es de índole preceptivo”, lo cual impediría la imposición simultánea de la pena accesoria²⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, aunque coincidamos en que no se pueden imponer ambas restricciones de derechos de forma simultánea, entendemos que ante el incremento de la importancia de la víctima en el proceso y la atención mediática que suscitan los procedimientos por terrorismo y delitos sexuales, los Jueces, sobre todo si así lo han solicitado las víctimas en el proceso, optarán por imponer las medidas de alejamiento como penas privativas de derechos accesorias a la pena principal, como forma de garantizar su imposición y cumplimiento, lo que no sucederá si van anejas a la medida de seguridad de libertad vigilada, que deberá imponerse única y exclusivamente si en el momento de la excarcelación del condenado, subsiste su peligrosidad criminal. Por tanto, entendemos que los Jueces irán a lo seguro: imposición en la sentencia condenatoria de penas privativas de derechos (con una duración mayor que la pena privativa de libertad) y, si en su momento se debe cumplir la medida de libertad vigilada, excluirán estas prohibiciones de su contenido.

IV. CUESTIONES DE ÍNDOLE CRIMINOLÓGICA

El elemento clave o vertebrador de esta nueva medida de seguridad consistente en el sometimiento a la libertad vigilada una vez el condenado ha cumplido la pena privativa de libertad impuesta, no es otro que el pronóstico de peligrosidad criminal. ¿Cuándo podemos considerar que un sujeto es peligroso para la sociedad porque presenta elevadas probabilidades de reincidir en el delito? ¿En que elementos nos basamos para precisar ese juicio “valorativo” sobre la peligrosidad de un sujeto?

La peligrosidad criminal, además de tener una indudable trascendencia en el ámbito penal y penitenciario²⁸, ya que ambos requieren constantemente de la valoración de la

²⁶ Sobre la relación entre la medida de libertad vigilada y otras penas accesorias de posible cumplimiento sucesivo a la de prisión y sobre las diferencias en el régimen de aplicación, vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, pp. 34 y ss. ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, cit., p. 157.

²⁷ REVOLLO VARGAS, ob. cit., p. 859.

²⁸ Entre las muchas demandas que reciben los funcionarios y técnicos de prisiones se incluyen las que tienen que ver con la predicción y la prevención de la delincuencia. La predicción de la reincidencia (especialmente la violenta), la valoración de la eficacia del tratamiento penitenciario, la clasificación penitenciaria del interno, la

peligrosidad para la sociedad y la evaluación del riesgo de reincidencia, no es un concepto jurídico (en un sentido estricto), ya que también es un concepto de uso corriente, común y de fácil comprensión, forma parte del lenguaje cotidiano y se entiende como la propensión del individuo a cometer actos violentos y peligrosos²⁹. Se trata de un juicio de probabilidad, una valoración del riesgo, que constituye un concepto esencialmente criminológico³⁰. El concepto de peligrosidad resume, por tanto, con una claridad aparente, la idea del factor predictor por excelencia de la delincuencia futura, por lo que ha sido y es utilizado para este fin en las legislaciones penales de la mayoría de países occidentales en la actualidad y durante todo el siglo XX³¹.

La peligrosidad criminal tan presente en numerosas legislaciones penales como un elemento de predicción futura de la conducta delictiva, está sufriendo una importante transformación. Este concepto gradualmente se está sustituyendo por un modo de operacionalizar su evaluación que se identifica como la técnica de valoración del riesgo de violencia o “riesgo de comportamiento violento futuro”, en palabras de ESBEC³². Se sigue hablando de peligrosidad pero ya no se diagnostica este estado en un delincuente sino que se evalúa el riesgo futuro de volver a reincidir en delitos o comportamientos violentos³³. Estas técnicas se iniciaron en el ámbito psiquiátrico-forense (para predecir el riesgo de violencia en pacientes

valoración de las condiciones para la concesión de un permiso o de la libertad condicional, etc., son numerosas las tareas que requieren la intervención y en última instancia la decisión de un técnico y, esta decisión analizada en clave preventiva, se relaciona con la reincidencia y es, en cierto modo, una prueba de la eficacia de la reinserción. Así, la valoración de la peligrosidad criminal resulta trascendental además de en la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales (arts. 98-105 CP), en la suspensión de la ejecución de la condena (arts. 80-87 CP), en la sustitución de la pena privativa de libertad (arts. 88 y 89 CP), en la individualización de la pena (art. 66 CP), o, en el establecimiento de la libertad condicional (arts. 90-93 CP), entre otros.

²⁹ En este sentido, entiende ESBEC RODRÍGUEZ, E. “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 3, Nº 2, 2003, p. 46, que la peligrosidad criminal es “la tendencia de una persona a cometer un delito, evidenciada generalmente por su conducta antisocial”.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Sobre la evolución histórica de la valoración de la peligrosidad, así como, sobre las diversas leyes de peligrosidad social que han estado en vigor en nuestro país, vid. ESBEC, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., pp. 48 y ss.

³² Como sostiene ESBEC, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., pp. 59 y 60, la visión actual de la peligrosidad criminal, enfrenta a los profesionales con el dilema de si “centrarse prioritariamente en la *predicción de la conducta violenta futura* (basada en el riesgo *a priori* que presenta un individuo) o en el *manejo o reducción del riesgo* (dirigido a modificar aquellos factores [de riesgo] dinámicos que convierten a un individuo en *potencialmente peligroso*” (énfasis en el original).

³³ Como señala SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización.”, op. cit., p. 701 (n. 5), “Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial (*actuarial justice*), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto”. En el mismo sentido, ESBEC, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., pp. 56 y 57 (sobre la

mentales que al salir de los hospitales se incorporaban a la vida comunitaria) y de allí se han generalizado a otros ámbitos³⁴. Estas nuevas técnicas predictivas han resultado muy útiles y se han generalizado rápidamente. En España podemos ya disponer de varias guías, como la HCR-20, el SVR-20 o la SARA, que facilitan al profesional la toma de decisiones pronósticas en ámbitos penitenciario, psiquiátrico y/o de violencia de género³⁵. Países como UK, Suiza, Alemania, Holanda o Canadá entre otros han dictado leyes penales en las que se utilizan estas técnicas de valoración de riesgo de violencia para estimar la peligrosidad en sus procedimientos penales y similares³⁶. Se basan en la clásica idea de la peligrosidad, pero la formalizan operacionalmente mediante la evaluación sistemática y continuada del riesgo de violencia de forma protocolizada³⁷.

Pese a la evolución percibida en la predicción de la reincidencia y en la valoración de la peligrosidad criminal, creemos –siguiendo a SANZ MORÁN– que “el fundamento de la medida a imponer deberá basarse siempre en un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal [pese a la inherente dificultad que conlleva³⁸] y no en una mera verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorística” o probabilista como potencialmente peligrosa³⁹, tal y como parece ser la decisión del

metodología y las críticas suscitadas por la valoración actuarial o estadística de la predicción de la conducta violenta).

³⁴ Hay que tener en cuenta, como señala ESBE, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., p. 46, que “equiparar enfermedad mental y peligrosidad criminal, constituye una tentación histórica estadísticamente justificada, sin base empírica suficiente”.

³⁵ Vid. CH. D. WEBSTERT, K. S. DOUGLAS, D. EAVES, y S. HART, *HCR-20. Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona: Publicaciones Universidad de Barcelona, 2005. MARTÍNEZ, M., HILTERMAN, E., y ANDRÉS PUEYO, A. *SVR-20 Manual de Valoración del Riesgo de Violencia Sexual*. Barcelona: Publicaciones Universidad de Barcelona, 2005. KROPP, HART, WEBSTER, & EAVES, *Spousal Assault Risk Assessment Guide (SARA)*, 1995. Sobre los fundamentos de las técnicas de valoración del riesgo de violencia, sus aplicaciones específicas y los instrumentos adaptados al español para su aplicación en la psicología clínica, forense y penitenciaria, vid. ANDRÉS-PUEYO, A. y E. ECHEBURÚA, “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, Vol. 22, nº 3, 2010, pp. 403-409. [www.psycothema.com]

³⁶ Sin embargo, en Francia, según menciona REQUEJO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 9, la vigilancia de seguridad, se impondrá cuando “tras una *pericia médica* se constate la persistencia de la peligrosidad. (Énfasis añadido).

³⁷ Sobre el debate entre los métodos clínicos o los actuariales, vid. ESBE RODRÍGUEZ, E. y O. FERNÁNDEZ SASTRÓN, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense: instrumentos de evaluación y perspectivas”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 3, Nº 2, 2003, pp. 65-90. También J. MONAHAN, “The prediction of violent behavior: toward a second generation of theory and policy”, *American Journal of Psychiatry*, 141, 1984, pp. 10-15. Vid. un meta-análisis de predicción clínica frente a modelos de predicción estadística, en N. Z. HILTON, G. T. HARRIS y M. E. RICE, “Sixty-Six Years of Research on the Clinical Versus Actuarial Prediction of Violence”, *Counseling Psychologist*, v. 34, n. 3, 2006, pp. 400-409.

³⁸ En el mismo sentido, ESBE, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., p. 52, sostiene que “El diagnóstico de la peligrosidad (probabilidad o riesgo) no es fácil”, mientras que REQUEJO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 3, apunta que la peligrosidad criminal es una categoría que “se basa en un pronóstico *incierto* por definición. (Énfasis añadido).

³⁹ SANZ MORÁN, “El tratamiento del delincuente habitual”, cit., p. 15. De la misma opinión, TORIO LÓPEZ, A. “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)”, en *Repercusiones*

legislador al no incorporar esta medida para todos aquellos delincuentes (habituales, reincidentes o profesionales) que una vez cumplida la pena puedan seguir siendo un peligro para la sociedad⁴⁰, sino que ha sido especialmente diseñada para los delitos contra la libertad sexual y para los delitos relacionados con el terrorismo⁴¹.

Parece pues, que el nuevo sistema de libertad vigilada parte de la presunción de que la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por determinados delitos (contra la libertad sexual y de terrorismo) subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión. Ante esta presunción, establecida por el legislador, se ha mostrado sumamente crítico, entre otros, BOLDOVA al señalar que “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. (...) Es decir, se renuncia (...) a incidir en la respuesta penal frente al reo reincidente y habitual común (...), y la reforma se centra en unas tipologías específicas de delincuentes

de la Constitución en el Derecho Penal, Bilbao 1985, p. 97, al sostener que “una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibles como las presunciones de culpabilidad”. BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., pp. 312 y 313, quien al analizar el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, sostenía que “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”. También ESBEC, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense”, cit., pp. 52 y 53, que cree erróneo este planteamiento, ya que “no tiene en cuenta la progresión delictiva o escalada, ni el caso del delito único”, olvidando, además que “la peligrosidad es un concepto prospectivo”, basado en la conducta futura del condenado.

⁴⁰ Así, el art. 150 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 1980, establecía para los delincuentes habituales, “como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social”, por un plazo mínimo de diez años, que se elevaba hasta quince en el caso de los delincuentes “profesionales”. Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP), de 1983, preveía para el delincuente habitual, “además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años”, el cual podía ejecutarse “antes o después del cumplimiento de la pena”. Medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, como el internamiento en un centro de terapia social o en un centro de custodia, ya defendidas en nuestro país por CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 36.

⁴¹ Por ejemplo, una investigación realizada en la institución del autor, así como en otros lugares muestra que los delincuentes psicopáticos son, además de especialmente violentos, una tipología delictiva propensa a la reincidencia en el delito, aunque pueda preverse la violencia futura con una considerable precisión, al menos, entre aquellos sujetos que han cometido al menos un delito violento. Cfr. RICE, M. E., “Violent offender research and implications for the criminal justice system”, *American Psychologist*, Vol. 52(4), Apr, 1997, pp. 414-423.

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 enemigo⁴².

El modelo propuesto parte de una presunción de peligrosidad⁴³ futura que se deduce, de la propia naturaleza de los delitos cometidos: de terrorismo y los que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales, e implica la presunción de la posible ineficacia resocializadora de la pena de prisión en estos supuestos y, por tanto, la presunción de la subsistencia de la necesidad preventivo especial y, consecuentemente, de seguir asegurando a la sociedad frente a estas personas cuando accedan a la libertad⁴⁴.

A tenor de esto, podemos plantear la pregunta que nos hemos hecho sobre la peligrosidad, a la inversa, del siguiente modo: ¿Cuándo se puede considerar que un delincuente sexual o un terrorista ha dejado de ser peligroso o no muestra síntomas de peligrosidad para la sociedad?

Quizás con los delincuentes sexuales sea aparentemente más sencillo, ya que sin llegar a extremos del todo punto inconstitucionales, a la par que ineficaces, como el recurso a la castración química o los registros públicos de pedófilos⁴⁵, etc., se puede aceptar que aquellos sujetos que no se hayan sometido a los tratamientos programados por los profesionales de instituciones penitenciarias o, se han sometido a ellos, pero sin resultados positivos, continúen siendo peligrosos para la sociedad. Sin embargo, con los terroristas el tema es bastante más complejo.

Reiteramos la pregunta, ¿cuándo podemos asegurar, con un mínimo margen de error, que un terrorista no representa un peligro para la sociedad? Dejando a un lado, aquellos que por cumplir penas de prisión de larga duración, recobren la libertad a edades tan avanzadas que les impidan o les dificulten el dedicarse a su antigua actividad, qué comportamiento debe mostrar un condenado por actos terroristas para demostrar que no es peligroso para la sociedad.

Si tenemos en cuenta que el art. 90 CP dispone como requisitos para otorgar la libertad condicional a una persona condenada por delitos de terrorismo que habrá pronóstico de reinserción social cuando “el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las

⁴² BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., pp. 307 y 308. También REBOLLO VARGAS, ob. cit., p. 818. Del mismo modo, MARÍN DE ESPINOSA, E. “Estados peligrosos y medidas de seguridad”, en ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General)*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 552, sostiene que “la peligrosidad criminal del sujeto no puede ser una mera *presunción*, sino que debe ser declarada expresamente por el Juez o Tribunal, siendo imprescindible razonarlo en la sentencia”.

⁴³ En los mismos términos, MUÑAGORRI LAGUIA, I. y B. CASARES PASCUAL, “Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario”, *Eguzkilore*, núm. 23, diciembre, 2009, p. 169.

⁴⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, p. 45.

⁴⁵ Sobre la castración química y los registros públicos para delincuentes sexuales, vid. más extensamente, ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 8-12.

autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”, lo que según el mismo precepto del Código penal podrá acreditarse mediante “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”; entendemos que los requisitos para suspender la medida de libertad vigilada no pueden ser de menor entidad, lo que puede implicar, como señala BOLDOVA que “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”⁴⁶.

V. OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y/O PROBLEMÁTICAS

1. El órgano de control de la libertad vigilada

Un elemento crucial o nuclear, hasta tal punto, que en mi opinión, de él dependerá el éxito o el fracaso de esta nueva medida, reside en el efectivo control de la libertad vigilada. El art. 106 hace referencia al sometimiento del condenado a “control judicial” a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas que se le puedan imponer. Evidentemente, el Juez podrá valorar y examinar si el condenado está cumpliendo o no la medida y las obligaciones impuestas, pero no podrá realizar directamente la vigilancia del condenado, debiendo encargarse esta vigilancia a personal especializado en la reinserción de los delincuentes⁴⁷, ya que sino los Jueces se verán abocados a imponer la obligación de presentarse periódicamente en algún lugar determinado o la de estar localizable, junto con alguna medida de alejamiento, lo que nos hace dudar de la eficacia de la medida.

En este sentido, respecto a la ejecución de la medida de libertad vigilada, nada se establece en la Ley en torno a los agentes de libertad vigilada, que deberían ser, en definitiva,

⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., p. 309.

⁴⁷ Aspecto este ya apuntado por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de 2008, cuando señalaban que “esa función jurisdiccional [se refiere el informe al control judicial de la medida] es de imposible cumplimiento racional si el juez no cuenta con medios personales que le faciliten los informes necesarios.”

las personas especializadas en la ejecución penal que vigilan y controlan la libertad del penado⁴⁸. Entendemos pues que la omisión de esta figura (salvo previsión reglamentaria al respecto) hace recaer sobre el Juez, con el auxilio de la policía, directamente el control de la libertad vigilada y de las prohibiciones u obligaciones que lleve impuestas, lo que a todas luces, va a dificultarlo y puede llevar aparejado el efecto criminógeno de que la falta de control efectivo, vacíe de contenido a la nueva medida de seguridad⁴⁹, encontrándonos ante una muestra más de la función simbólica del Derecho penal, encaminada cada vez, de un modo más claro, a trasladar a la opinión pública la impresión de que, desde los poderes del Estado se está haciendo algo, más que a establecer medidas, de verdad eficaces, para controlar el delito y reducir la delincuencia.

El legislador se encuentra ante la oportunidad idónea para ofrecer una salida profesional a los recientes licenciados y graduados en Criminología, mediante la creación de un cuerpo de agentes de libertad vigilada, al modo de los *probation officer* o *parole officer* norteamericanos, que no sólo se dediquen a la vigilancia de la medida de libertad vigilada por el condenado, sino que además le ofrezcan apoyo y asistencia ante las innumerables dificultades con que los condenados a esta medida se van a enfrentar tras un largo periodo de privación de libertad⁵⁰. Si el legislador desaprovecha esta oportunidad, que se podría trasladar a otros ámbitos como el Derecho penal de menores, asistencia postpenitenciaria, etc., se va a encontrar, en unos pocos años, con un *ejército* de graduados en Criminología en paro.

2. El catálogo de prohibiciones y obligaciones del nuevo art. 106 CP

Hecha esta salvedad, que esperemos no caiga en saco roto, también resulta problemática la lista de prohibiciones y obligaciones que supone la medida de libertad vigilada para el condenado, ya que cuando se trate de sujetos imputables (con capacidad de culpabilidad) la doctrina ha detectado que puede plantear problemas la obligación de someterse a algún tipo de tratamiento médico, prescindiendo del consentimiento del penado, tal y como se

⁴⁸ Tal y como analizó el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2008, la vigilancia orientadora es una forma de libertad vigilada que exige la designación judicial de un establecimiento de vigilancia y de un asistente o agente de la vigilancia, que tienen por función supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas. Cfr. Informe CGPJ Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, p. 31.

⁴⁹ Así, ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, cit., p. 152. También REBOLLO VARGAS, ob. cit., p. 855, señala que “se trata de una previsión huérfana –en estos momentos– de desarrollo normativo que permita dotarla de contenido material”, lo que en opinión del autor supone no augurarle “un porvenir demasiado halagüeño”.

⁵⁰ Los oficiales de libertad condicional (*parole officers*) y los agentes de libertad vigilada (*probation officers*), también llamados oficiales de supervisión de la comunidad (*community supervision officers*) en algunos Estados norteamericanos, son los encargados de la supervisión de aquellas personas que han sido puestas en libertad condicional o en libertad vigilada por los tribunales de justicia, a través de un seguimiento exhaustivo que incluye el contacto personal con los delincuentes y sus familias, ayudándoles a reintegrarse en la sociedad.

prevé en la Ley⁵¹; tratamiento que en base a esa obligatoriedad de prestar el consentimiento, el penado ha podido rechazar mientras cumplía la pena privativa de libertad⁵². Creemos que hay un patente contrasentido, además de que la obligación de someterse a tratamiento médico impuesta al sujeto imputable vulnera lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente⁵³.

3. Problemas de compatibilidad entre la medida de libertad vigilada y la libertad condicional

Igualmente discutible, en mi opinión, resulta la compatibilidad de la medida de libertad vigilada con la libertad condicional⁵⁴. Pese a que el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008⁵⁵, señala que “sería incompatible con el régimen progresivo penitenciario, que se basa en el modelo constitucional diseñado en el artículo 25.1 de la Constitución, que la libertad vigilada pudiese suponer una obligación legal para el Juez de Vigilancia Penitenciaria de imponer al penado un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, en caso de que el condenado haya accedido al mismo, es decir, un viaje hacia un régimen más restrictivo que ésta o, incluso, más restrictivo que el tercer grado penitenciario”, concluyendo que “la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión”, entendemos que le asiste la razón cuando el condenado presenta un buen pronóstico de

⁵¹ Art. 106.1, k) CP: “La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

⁵² Vid. ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, cit., p. 152.

⁵³ Por todos, ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, cit., p. 156. En este sentido, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código penal, determina que “Convertir el tratamiento médico en una de las obligaciones de la [medida] de libertad vigilada puede implicar, (...), un atentado contra la dignidad humana –en el que sería pensable que el Estado se arrogase la facultad de someter a tratamientos médicos coactivos químicos, quirúrgicos o psiquiátricos a personas capaces–, y, por tanto, la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución. Una vulneración que puede implicar, además, que el ejercicio del derecho a rechazar un tratamiento médico pueda constituir un delito de quebrantamiento de condena”.

⁵⁴ Regulada en el CP (arts. 90 a 93), se trata del acceso al disfrute de la libertad con anterioridad al cumplimiento de la totalidad de la pena con la condición de no volver a delinquir o de observar las reglas de conducta impuestas en su concesión. Para acceder a la misma, el interno deberá encontrarse en tercer grado penitenciario, haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta y haber desarrollado una buena conducta y tener un pronóstico favorable de reinserción social. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F. “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008”, cit., p. 116. También, BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., p. 310. Asimismo, CID, J. y B. TEBAR, “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, Número 8, 2010, p. 19 al opinar que “el sistema de libertad vigilada previsto en el proyecto parece orientado a excluir de los mecanismos de liberación anticipada previstos en nuestra legislación –en particular, el régimen abierto y la libertad condicional– a las personas a las que se aplique el sistema de libertad vigilada”.

⁵⁵ Cfr. Informe del CGPJ, pp. 38 y ss.

reinserción. En estos casos, si el criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, informado por los responsables de Instituciones penitenciarias considera que el interno ha mostrado una buena conducta, demostrando así un pronóstico favorable de reinserción social, es de sentido común que al no existir un pronóstico de peligrosidad criminal, el Juez de vigilancia penitenciaria acceda a otorgar el tercer grado y cuando cumpla el resto de requisitos legales, otorgar en condiciones parecidas la libertad condicional, o solicitar la suspensión o extinción de la medida.

El problema, reside en el supuesto contrario. El Informe del CGPJ sostiene que “Deben, pues, considerarse condiciones imprescindibles para la ejecución de la pena [medida de seguridad en el texto final de la Ley] de libertad vigilada, en primer lugar, que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los requisitos correspondientes, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión, y, en segundo lugar, con el mismo fundamento y con la misma salvedad, que se excluya la posibilidad de ejecutar esta pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, en caso de que el penado haya accedido a él”. Por tanto, parece que pese a que el Código penal, tras la reforma de 2010, establezca la competencia del Juez o Tribunal sentenciador, parece claro que salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión, cuando el Juez de vigilancia penitenciaria niegue al interno la libertad condicional, –lo que en opinión de CID y TEBAR viene sucediendo con asiduidad con aquellos delincuentes que presentan más riesgo de reincidir, ya que sólo una minoría de condenados se benefician de uno de los principales mecanismos de transición entre la estancia en prisión y la libertad definitiva–⁵⁶, cumplirá de forma imperativa la medida de libertad vigilada impuesta en la sentencia⁵⁷.

4. Aspectos procesales

Desde el ámbito procesal, también se plantean varias cuestiones, que creemos revisiten especial trascendencia. Aunque el Derecho procesal penal no sea ni mucho menos la especialidad del que esto suscribe, dada la convicción del homenajeado, el Prof. Rodríguez Ramos, sobre la conveniencia de la unión y estrecha cooperación entre penalistas y procesalistas, en aras a un mejor y más perfeccionado conocimiento del Derecho penal en su vertiente sustantiva o material y adjetiva o procesal, voy a aventurarme a plantear algunas

⁵⁶ Vid. CID y TEBAR, “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, cit., pp. 2, 6 y 8-10.

⁵⁷ Quizás esta situación se hubiera podido evitar si, tal como defiende SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, cit., p. 709, “los Jueces de vigilancia penitenciaria aprovecharan la habilitación legal del art. 90.2 CP (“podrán”) para imponer, al decretar la libertad condicional, una o varias de las reglas del art. 105 CP”.

interrogantes que el estudio de la materia me ha suscitado. Veamos pues si un penalista es capaz de, al menos, apuntarlas con la suficiente claridad y precisión.

Considero que no merece la pena detenerse en un aspecto tan obvio o elemental, si se quieren respetar los principios constitucionales de un proceso justo en el que se respeten todas las garantías del justiciable, como es el de que pese a que el cumplimiento de la medida de libertad vigilada va a ser diferido en el tiempo, ya que el reo deberá cumplir en primer lugar la pena privativa de libertad, la medida de seguridad deberá estar fijada *ex ante* en la sentencia condenatoria junto con la pena, de modo que el condenado sepa en el momento de dictarse la sentencia, no sólo que pena privativa de libertad va a cumplir, sino también, que una vez cumplida la pena deberá cumplir la medida de libertad vigilada⁵⁸.

El legislador ha considerado lo más razonable que “*en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervengan tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado, en la creencia de que precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada*”⁵⁹.

Esta duplicidad judicial, que sobre el papel puede parecer lógica⁶⁰, puede no serlo tanto si tenemos en cuenta que dados los delitos para los que se prevé esta medida, lo normal o habitual sea que el condenado a su cumplimiento pase previamente en prisión un tiempo en ningún caso inferior a 10, 15 o 20 años, por lo que será difícil que el Juez o Tribunal sentenciador que impuso la medida de libertad vigilada, sea el mismo Juez o Tribunal, que debe decidir si se ejecuta, sustituye, modifica o suspende, con lo que esta previsión del legislador quedará, en la mayoría de los casos, sino en todos, vacía de contenido.

A su vez, creemos que esta duplicidad judicial puede dar lugar a conflictos si llegado el caso, el Juez de Vigilancia estima, en base a los informes de Instituciones Penitenciarias, que la medida se debe sustituir, suspender o dejar sin efecto y, el Tribunal sentenciador, discrepa de esa valoración y decide mantenerla (o viceversa).

⁵⁸ En este sentido, con anterioridad a la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio, ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias”, cit., pp. 205 y 206. También, aunque en relación con la medida de internamiento en un centro de custodia, CEREZO MIR, “Reflexiones críticas”, cit., pp. 7 y 8. Siguiendo a los anteriores, BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., p. 299.

⁵⁹ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁰ En opinión de DE MARCOS MADRUGA, F. “Título VI. De las medidas de seguridad”, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 439, la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el procedimiento de modificación o declaración de extinción de la medida de libertad vigilada, “es más cuestionable aún”.

También surgen serias dudas sobre la capacidad del abogado defensor de recurrir la imposición de la medida o su duración. Dado que estamos hablando de un pronóstico futuro de peligrosidad o de una peligrosidad potencial en un futuro, en muchas ocasiones muy lejano en el tiempo, lo que implica que saber cuanto tiempo esta peligrosidad perdurará depende de una evolución futura que no puede predecirse con certeza, ¿Es susceptible de recurso, del mismo modo que la pena privativa de libertad que se impone al condenado?

Respecto de la personación de las partes, dada la trascendencia de la resolución a adoptar en el procedimiento regulado en el art. 98.3 CP, (mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida), era necesaria, además de la intervención del Ministerio Público, la audiencia previa del sujeto sometido a la medida, con la correspondiente asistencia letrada, lo que así se ha previsto, aunque la reforma guarde silencio sobre la necesidad de la asistencia letrada. Lo que resulta un tanto más controvertido es la previsión del art. 98.3 sobre la presencia en esta audiencia de las víctimas del delito⁶¹. No alcanzamos a concretar cuál será el papel de estas víctimas del delito en un procedimiento en el que ni siquiera es vinculante la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, además de resultar difícil de entender este llamamiento a personas que no están personadas en el procedimiento⁶².

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

Hemos intentado esbozar algunos de los problemas más evidentes que va a suscitar la nueva medida de libertad vigilada. En algunas ocasiones tan sólo hemos apuntado aquellos problemas de los que se ha venido ocupando la doctrina; en otras ocasiones hemos intentado aportar algo de luz a cuestiones concretas y, por último, en aspectos puntuales hemos incluso ambicionado encontrar la solución más correcta. No sabemos si lo habremos conseguido o si tan siquiera nos hemos acercado al problema. Seguramente la medida de seguridad de libertad vigilada requiera de un estudio penal, procesal y criminológico de mas enjundia y envergadura que el que aquí hemos apenas esbozado. Sin embargo, lo que si nos ha permitido esta aproximación a la libertad vigilada es constatar como en nuestro ordenamiento jurídico-penal se está iniciando un giro desde un Derecho penal de la culpabilidad al tan mencionado últimamente Derecho penal de la peligrosidad. Y esta situación, sinceramente, nos deja un tanto intranquilos.

Si el nuevo rumbo iniciado por la Reforma del Código penal de 2010, se queda tan sólo en una modificación de los delitos contra la libertad sexual y el terrorismo o, por el contrario, y como mucho nos tememos, supone tan solo la puerta de entrada de nuevas medidas de se-

⁶¹ El art. 98.3 dispone que “se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieran personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto”.

⁶² Sobre estas y otras cuestiones relativas a la personación de las víctimas del delito y su legitimación procesal, en un sentido crítico, vid. REBOLLO VARGAS, ob. cit., pp. 829 y 858.

guridad para otros delincuentes peligrosos, será el tiempo el que lo determine. Mientras tanto, nos queda una labor de defensa de aquellos principios y garantías que deben ser irrenunciables para todo Derecho penal de un Estado democrático de derecho como es el nuestro. Que todo aquello por lo que muchas generaciones han luchado y que tan difícil ha resultado, en ocasiones, conseguir, principio de legalidad, principio de proporcionalidad de las penas, principio de culpabilidad, prohibición de penas inhumanas o degradantes, etc., no se vea eliminado de un plumazo ante un *Derecho penal de la peligrosidad*, expansivo y expansionista, fundado tan sólo en criterios tan vagos e imprecisos como la seguridad ciudadana o la defensa de la sociedad. Veremos si el Derecho penal clásico resiste este nuevo envite.

VII. EL NUEVO DERECHO PENAL QUE VIENE. (LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA DELINCUENTES PELIGROSOS EN EL ANTEPROYECTO DE LO POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL)

Con esa premonición sobre la incorporación a nuestro Código penal de nuevas medidas de seguridad para otros delincuentes peligrosos, y esa última frase apuntando hacia el futuro concluía mi exposición. Pues bien, el futuro ya está aquí. En el tiempo transcurrido entre la exposición pública de mi ponencia en las *XII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid*, (mayo de 2012) y la entrega a los organizadores para su publicación (septiembre de 2012), ha visto la luz un Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁶³, texto que lleva a cabo una profunda revisión del sistema de penas y el sistema de medidas de seguridad, al introducir dos figuras novedosas en nuestro ordenamiento jurídico: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista, y la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos.

El Anteproyecto de 16 de julio de 2012 lleva a cabo una profunda reforma de las medidas de seguridad, al plasmar en el Código penal de un modo indubitado el principio de que el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor, lo que nos lleva definitivamente hacia un sistema dualista de consecuencias penales. Se supera el sistema monista tradicional en nuestra legislación penal, objeto de una tímida revisión por la LO 5/2010, que introdujo la medida de seguridad, la libertad vigilada, que debía ser cumplida tras la extinción de la condena por los delincuentes sexuales peligrosos. La reforma que ahora se introduce culmina esa evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista de sanciones, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad.

⁶³ Ministerio de Justicia, 16/07/2012.

Se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido. Si el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho, pero el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor, las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar cometer y, por tanto, a su peligrosidad.

Los cambios más llamativos que se introducen son la regulación de una nueva medida de seguridad privativa de libertad denominada custodia de seguridad (con una duración máxima de diez años)⁶⁴ y (como nos temíamos) la ampliación de los supuestos en los que, junto con una pena, puede imponerse la medida de seguridad de libertad vigilada.

Finalmente, la reforma introduce la tan demandada pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta en los casos más graves de delincuencia terrorista, pues aparece reservada únicamente para los delitos de homicidio o asesinato terrorista. En estos casos, la EM del Anteproyecto justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión, ya que tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena (35 años de prisión), y acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, la confirmación del abandono de su relación con el grupo u organización a que pertenecía; y la adhesión al cumplimiento de su compromiso de reparación (moral y material) a favor de las víctimas de sus delitos.

En fin, no me puedo extender más, ni entrar en un análisis de lo que implica esta profunda reforma del sistema de consecuencias jurídicas del delito en nuestro país. Por supuesto que la lectura del Anteproyecto plantea de entrada muchas cuestiones que nos suscitan bastantes reparos y recelos, como los *establecimientos especiales* donde se debe cumplir la custodia de seguridad, el *plan individualizado de tratamiento* del sometido a la medida, o la posibilidad que abre el pre-legislador de cumplir la custodia de seguridad en un establecimiento penitenciario. Quizás en futuros trabajos podamos abordar estas cuestiones. De momento, concluir lamentándonos por lo que, cumpliendo y superando nuestras previsiones, parece ser el rumbo que está tomando el Derecho penal español. Esperemos que este Anteproyecto acabe, como ha sucedido en otras ocasiones, durmiendo el sueño de los justos en algún cajón del Ministerio, ya que si finalmente se convierte en ley de obligado cumplimiento, podemos asistir al *réquiem* del Derecho penal liberal. En breve lo sabremos.

⁶⁴ “Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años”, según dispone la modificación del art. 101.6 CP, en la redacción del Anteproyecto.