



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2010)

**La llibertat vigilada: pena accessòria o
mesura de seguretat contra els
condemnatats per delictes sexuals i delictes
de terrorisme**

Autor

Rafael Rebollo Vargas

Novembre de 2010

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>.

Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

Abreviatures

AAVV, Autors varis

art, article

CDJ, Quaderns de Dret Judicial

CP, Codi penal

CPCr., Quaderns de Política Criminal

CGPJ, Consell General Poder Judicial

DOUE, Diari Oficial Unió Europea

EPCr, Estudis de Política Criminal

JVP, Jutge Vigilància Penitenciària

LECr, Llei Enjudiciament Criminal

L.O, Llei Orgànica

LPRS, Llei de Perillositat i Rehabilitació Social

LVM, Llei de "Vagos y Maleantes"

ob. cit., obra citada

p, pàgina

PANCP, Proposta Avantprojecte Nou Codi Penal

RECPCr, Revista Espanyola de Ciència Penal i Criminologia

REDPCr, Revista Espanyola de Dret Penal i Criminologia

RGLJ, Revista General de Legislació i Jurisprudència

ss, següents

STC, Sentència Tribunal Constitucional

STGB, Codi penal alemany

STS, Sentència Tribunal Suprem

TC, Tribunal Constitucional

TS, Tribunal Suprem

vid., veure

ÍNDEX

- I. INTRODUCCIÓ: BREUS CONSIDERACIONS SOBRE EL MONISME, EL DUALISME I EL SISTEMA VICARIAL (p. 8).**

- II. LA LPRS, EL CODI PENAL DE 1973 I L'EVOLUCIÓ DE LES MESURES DE SEGURETAT EN CLAU CONSTITUCIONAL (p. 14).**

- III. LA LLIBERTAT VIGILADA COM A MESURA DE SEGURETAT. EL RETORN DEL DRET PENAL DE LA PERILLOSITAT (p. 20).**
 1. El trànsit de les mesures de seguretat: del garantisme al Dret penal de la perillositat (p. 22).
 2. Les recents previsions legislatives de la llibertat vigilada en els Projectes i Avantprojectes del Codi penal espanyol (p. 29).
 - 2.1. La llibertat vigilada al Projecte de Codi penal de 2007 (p. 30).
 - 2.2. L'Avantprojecte de Codi penal de 2008 (p. 33).
 - 2.3. El Dret penal de la perillositat a la reforma de 2010 (p. 38).

- IV. DE LES MESURES DE SEGURETAT EN GENERAL (p. 41).**
 1. Qüestions prèvies (p. 41).
 2. La garantia jurisdiccional: aplicació de les mesures de seguretat pel jutge o tribunal (p. 42).
 3. La prèvia comissió d'un delicte i les mesures de seguretat post delictives (p. 45).
 - 3.1. L'abast del terme "delicte" (p. 45).
 - 3.2. Les mesures de seguretat post delictives i el principi de legalitat (p. 48).
 4. Perillositat i probabilitat de comissió de nous delictes (p. 50).
 - 4.1. Els orígens del concepte i la seva configuració en el Codi penal vigent (p. 50).
 - 4.2. La determinació de la perillositat criminal (p. 53).
 5. Proporcionalitat de la mesura de seguretat (p. 58).

- V. LA LLIBERTAT VIGILADA COM A MESURA DE SEGURETAT (p. 65).**
 1. Consideracions generals (p. 65).
 2. Concepte, requisits i mesures a adoptar (p. 68).

2.1. Concepte (reflexions escèptiques) i requisits (p. 68).

2.2. Mesures a adoptar (p. 69)

a). Prohibicions, obligacions i mandats dirigits al reu (p. 70).

b). Prohibicions dirigides a la *protecció* de la víctima (p. 71).

c). Dos problemes addicionals en relació a les mesures de seguretat vigilada (p. 73).

3. La imposició de la mesura de llibertat vigilada en sentència: una presumpció de perillositat (p. 76).

4. L' incompliment de la mesura i el delicte de trencament de condemna (p. 79).

VI. Bibliografia (p. 81).

I. INTRODUCCIÓ: BREUS CONSIDERACIONS SOBRE EL MONISME, EL DUALISME I EL SISTEMA VICARIAL.

Sobre de les bondats i/o els dubtes que ha suscitat el Codi penal de 1995, a més a més de les seves ja incomptables reformes, ja s'ha comentat molt, encara que, potser, no se li ha prestat l'atenció que mereix un dels canvis més significatius que s'hi recullen. Em refereixo a la nova regulació de les mesures de seguretat que, per altra banda, han estat objecte d'una important modificació introduïda per la LO 5/2010, de 22 de juny. En efecte, a més a més que en el Títol Preliminar del Codi, arts. 1 i ss – com ens hi referirem en el seu moment- es disposen les garanties penals i d'aplicació de la llei penal que es fan extensives tant per a les penes com per a les mesures de seguretat, s'incorpora al text, en el Títol IV del Llibre I, la regulació expressa de les mesures de seguretat.

A pesar que existeixin antecedents en los Codis penals del 1848 i 1878, així com en altres texts anteriors, la primera ocasió en la qual es recullen en un Codi penal les mesures de seguretat es el Codi de 1928¹, on, en el Capítol III del L. III -arts. 90 a 107-, disposen d'un tractament específic. Tot i així, des de llavors la seva regulació ha estat a través de Lleis especials, com la "Llei de Vagos y Maleantes" (LVM), del 4 d' agost del 1933, i la Llei de Perillositat i Rehabilitació Social (LPRS), del 4 d' agost del 1970, contemplant, ambdues, un ampli catàleg de mesures de seguretat pre delictives i post delictives, a més a més de distingir entre la perillositat social i la criminal. Llei de Perillositat i Rehabilitació Social que, com tots sabem, va acabar formalment derogada per la Disposició Derogatòria Única 1 c) del Codi penal vigent, encara que prèviament la Jurisprudència del Tribunal Constitucional s'havia pronunciat en diverses ocasions contra alguns dels seus preceptes per a convertir-la pràcticament en inaplicable².

No és el moment de realitzar un examen exhaustiu del seu origen i fonament³, però crec imprescindible fer una breu referència per a constatar la seva evolució i, en aquest cas, el

¹ . CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, T. I, 5ª ed.. Madrid, 1997, p. 34; SANZ MORAN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 11 i ss.

² . Entre d'altres, MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad: ¿réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?", a la *La Ley*, 1991, T-I, p. 1142-1148.

³ . Al respecte, vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 25 i ss.; ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, 1986, p. 15 i ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y estado de Derecho*, Madrid, 1981, pàgs. 31 i ss.

seu actual tractament en el Codi penal espanyol. En aquest sentit, com posa de relleu JORGE BARREIRO⁴, per diferents raons, a finals del S. XIX es genera una important desconfiança fins la pena retributiva, entesa llavors com l'únic mitjà de lluita contra el delicte, ja que, al ser les penes proporcionals a la gravetat del delicte i donat que existia un important nombre de delinqüents reincidents que cometien infraccions de poca entitat però molt repetides, hi havia hagut un important augment quantitatiu de delinqüència juvenil; a més a més del que he mencionat anteriorment, ja llavors preocupaven els delictes atribuïts als malats mentals, en els que no concorria el pressupost de la culpabilitat per a la imposició d'una pena i que, per tant, no rebien el tractament adequat per part del sistema. Circumstàncies que, entre d'altres, possibiliten un canvi d'orientació en les funcions de la pena i amb això, una tendència de marcat caràcter preventiu, que en el nostre país s'ubica amb els inicis del correccionalisme en un moment anterior al de la gran crisi de les teories retributives de finals del referit S. XIX, per a ser motiu d'un enconat debat entre les denominades teoria de la pena - fi VON LISZT i les aportacions de l'escola positiva italiana des dels postulats del positivisme criminològic.

En aquest sentit, una de les majors contribucions de l'escola positiva italiana va ser la d'evidenciar les insuficiències del sistema clàssic per a proposar nous mitjans destinats a la lluita contra el delinqüent i la seva perillositat. Com deia LOMBROSO "no hi ha delictes, sinó delinqüents", el que ens porta a prescindir de la culpabilitat i a fonamentar la responsabilitat del delinqüent a la seva perillositat des d'un punt de vista essencialment determinista biològic, pel que donada l'absoluta ineficàcia de les penes proposa que siguin substituïdes per mesures dirigides a la resocialització o, en el seu cas, encaminades al seu aïllament com a mecanisme de defensa de la societat en front a ells. Per la seva part, FERRI, des d'una perspectiva social, sosté que la finalitat de la pena es la defensa i la conservació del que denomina "l'organisme social", que entén que s'ha d'abandonar la pena per a recórrer als substitutius penals de caràcter preventiu que, en realitat, ve a substituir-la; davant la ineficàcia de la pena planteja que s'implantin mesures de caràcter assegurador o, en el seu cas, d'índole readaptadora que, en realitat, venen a buidar el

⁴ . JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., p. 30. Igualment, vid., CASABÓ RUIZ, J.R., "El fundamento de las medidas de seguridad", a *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La LPRS del 4 d'agost del 1970)*, València, 1974, p. 37 i ss.

sentit de la pena tradicional. Proposta que, com senyala SANZ MORÁN⁵, donarà lloc a un *sistema monista* de mesures de correcció o de seguretat que té com un dels seus màxims exponents el Projecte preliminar de Codi penal italià del 1921.

En un context temporal coetani al anterior i també a partir d'una perspectiva crítica en relació a les teories penals absolutes, VON LISZT, des dels seus postulats de la pena- fi, a diferència dels positivistes italians amb la seva proposta de substitució de la pena per les mesures, es mostra partidari de la pena orientada preventivament; és a dir, la pena té com a objectiu la protecció dels bens jurídics, però només serà justa quan sigui necessària per a la protecció d'aquests interessos, quan s'adeqüi a una finalitat determinada. Com tantes vegades s'ha dit, per a VON LISZT⁶, la pena justa és la pena necessària, la orientada preferentment a la prevenció especial, pel que arriba a desplegar diverses funcions en atenció al tipus d'individu als qui s'aplica, ja sigui amb un contingut intimidador davant dels delinqüents ocasionals que necessiten correcció, ja sigui amb una funció correctiva davant dels delinqüents d'estat que precisen correcció perquè són recuperables, o, inclòs, amb una oberta funció incuitzadora davant dels delinqüents habituals o incorregibles per als que es preveu l'aïllament a la perpetuïtat o la seva incuització; en resum, la pena –sense necessitat de recórrer a altres vies o mecanismes diferents- pot complir una funció preventiva individual, pel que en contraposició al positivisme criminològic italià que proposava la substitució de la pena per la mesura de seguretat, es mostra partidari de la pena com a instrument de caràcter preventiu. En definitiva, la fórmula VON LISZT es monista, de conseqüència jurídica única en la que es concep a la pena com a mecanisme preventiu.

En aquest context de cerca d'una major eficàcia de la lluita contra el delicte és quan Carles STOOS elabora l'Avantprojecte de Codi penal suís del 1893 en el que introdueix, junt a les penes, un sistema orgànic i coordinat de mesures de seguretat. En contraposició als models anteriors proposa un *sistema dualista*, també denominat binari o de doble via, que acull ambdós mecanismes i als que atorga una funció diferent. Així, mentre es concep a la pena des d'una òptica retributiva que atén a la culpabilitat de l'autor per l'il·lícit comès i que

⁵ . SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho pena*, ob. cit., p. 24. Igualment, vid., LANDECHO VELASCO C.M., a *Comentarios al Código penal*, (COBO DEL ROSAL, M. Director), T. IV. Madrid, 2000, p. 35

⁶ . VON LISZT, F. *La Idea del fin en el Derecho penal* (Traducció de AIMONE GIBSON, E. amb revisió de RIVACOBÀ RIVACOBÀ. M.,) Valparaiso, 1984. p. 111-126, en especial p. 115.

orienta fins a fins preventius (prevenció general i prevenció especial), la mesura de seguretat –subordinada a la pena- la preveu com un mecanisme per a aquells supòsits en els que la pena és insuficient –és el cas dels reincidents, art. 40 de l'Avantprojecte⁷, o d'impossible aplicació –no imputables-, pel que la mesura de seguretat es preveu atenent al grau de perillositat del subjecte; això és, es concep com un mecanisme de prevenció de béns jurídics per raó de la perillositat de l'autor, que té, també, essència preventiva i que s'orienta cap a la prevenció especial.⁸

A diferència dels sistemes anteriors, el previst per STOOS, pretén lluitar contra el delictes a través d'una doble via: penes i mesures de seguretat; d'una pena que essencialment s'ajustava a criteris d'índole retributius i d'una mesura de seguretat que s'articulava des d'un punt de vista preventiu en funció de la perillositat del subjecte pel que la seva duració no estava determinada per la llei en el sentit estricte ja que dependria del cessament de la situació de perillositat encara que, a la vegada, es podrien establir uns límits en la duració i de la mesura en atenció a determinats criteris d'experiència pels que el tractament no hauria de sobrepassar certa duració, era el cas dels internaments en cases de treballs quan el delictes “té lloc a causa de la perversitat o vagància del delinqüent i la pena a imposar no passa d'un any”, en aquest cas el Tribunal accessòriament a la pena o en el seu lloc podria declarar l'internament per una duració d'un a tres anys⁹.

En síntesis, el sistema proposat per STOOS podria concretar-se en les següents característiques¹⁰: a) està sotmès al principi de legalitat; b) el seu caràcter jurisdiccional: son mesures adoptades per un jutge; c) es tracte de mesures relativament indeterminades ja que la seva duració depèn del manteniment o del cessament de la situació de perillositat del subjecte, encara que, a la vegada, existeixen límits temporals respecte a la seva duració que es troben fixats per la llei; d) l'objecte de les mesures és el de complementar la pena i atendre a les funcions preventives que –la pena- no sempre pot complir. Es a dir, la mesura de seguretat s'articula com un complement de la pena dins d'un sistema flexible d'execució, el que no significa l'acumulació d'ambdues, ja que pot arribar a substituir-la –la mesura a la pena- quan les necessitats polítiques criminals ho possibiliten.

⁷ . Al respecte, vid., àmpliament, JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., pág. 38-40, nota a peu de plana nº 111.

⁸ . GARCÍA PABLOS, A., *Introducción al Derecho penal*, 3ª edición, Madrid, 2005, p. 137

⁹ . JORGE BARREIRO, A, ibídem, nota a peu de plana nº 114.

¹⁰ . JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho”, a *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 146-147.

És cert que la proposta inicial d' STOSS permetia la substitució –recíproca- de penes i mesures de seguretat, encara que també és veritat que la positivització de la seva proposta va suposar que algunes legislacions –fins èpoques relativament recents- acumularen les dues classes de sancions: la pena o la mesura de seguretat, pel que el resultat no era un altre que un efecte doblement aflictiu. Crec que ningú pot discutir el caràcter aflictiu de la mesura de seguretat, a més que el seu compliment no sempre es diferencia del règim d'execució penal, de manera que l'execució de la mesura de seguretat acumulada a la pena suposava una indiscutible (i injustificada) doble sanció per uns mateixos fets; acumulació de pena i de mesura de seguretat que va motivar des del seu inici un rebuig d'un important sector doctrinal a més a més que va ser qualificat en el seu moment per KOHLRAUSCH, amb uns termes que han arribat molt lluny en l'àmbit de les mesures de seguretat, com “frau d'etiquetes”¹¹. Sistema que, com veurem a continuació, va ser el vigent en l'ordenament jurídic espanyol fins la reforma de 1983, ja que fins llavors regia en el nostre país un model dualista estricte caracteritzat per l'aplicació de penes i de mesures de seguretat de forma successiva per a que, en la hipòtesi que concursessin ambdues es donava preferència en l'execució de la pena, tal i com es disposava en l'article 25.2 de LPRS¹², de manera que el tractament de la pena era totalment independent amb respecte a la mesura de seguretat i es conferia, a més a més, preferència a l'execució de la mesura de seguretat; així, *de facto*, la mesura de seguretat prolongava la privació de llibertat imposada amb la pena com una mena de “criminalització subterrània” de comportaments que no eren constitutius del delictes, però que podien resultar socialment incomodes¹³.

El *sistema vicarial* suposa una certa solució de compromís entre les dues opcions anteriors. Així, en el moment de decidir la imposició d'una pena o d'una mesura de seguretat, el jutge té en compte diferents factors que fins llavors es consideraven irrelevants per a optar per la imposició d'una o d'una altra; això és, pondera la situació personal, social, ambiental o qualsevol altra que consideri d'interès per a confrontar-la amb

¹¹ . SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho pena*, ob. cit, pág. 32, nota nº 26.

¹² . Art. 25.2 LPRS: “Si concorregués amb les mesures de seguretat imposades alguna pena total o parcialment pendent d'execució, i aquelles i aquesta no fossin susceptibles de compliment simultani, s'executarà preferentment la pena”

¹³ . GONZÁLEZ RUS, J.J., a *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M. Director). T. I, Madrid, 1999, p. 216.

el que serien les necessitats de defensa social, fins el punt que pugui arribar a decidir la substitució de la pena per una mesura de seguretat. A més a més, de la substitució de la pena per la mesura, és perfectament viable una opció diferent de la d'aplicar en primer lloc la mesura de seguretat per a computar-la en el moment d'execució de la pena, tenint el jutge en aquest cas l'opció d'ordenar el compliment del temps restant de la pena o bé, anul·lar-la de forma definitiva acordant la remissió provisional; decisió que –òbviament- és aplicable quan les mesures de seguretat adoptades són privatives de llibertat per a evitar els efectes negatius de l'acumulació de la pena i de la mesura de seguretat. És cert que, tant en un opció com en una altra, ja sigui la de substitució o la de computar el temps de compliment de la mesura per a imputar-lo al de la pena, són una solució menys defensista que la de prioritzar la privació de llibertat en sentit estricte per a acumular-li posteriorment la mesura de seguretat, pel que pot ser una resposta més efectiva per a determinats subjectes que no troben un tractament adequat en un sistema dualista rígid. En canvi, es rebutja a aquest sistema –al meu judici amb fonament-, que genera una incertesa indiscutible i que trenca el principi de seguretat jurídica ja que el jutge disposa d'un marge de discrecionalitat veritablement ampli per a decidir sobre qualsevol de les opcions per a las que està facultat¹⁴.

II. LA LPRS, EL CODI PENAL DE 1973 I L'EVOLUCIÓ DE LES MESURES DE SEGURETAT EN CLAU CONSTITUCIONAL.

Com tots sabem la LVM va ser precedent legislatiu de la LPRS. El propòsit de la primera venia precedit per la necessitat d'adoptar mesures de seguretat diferents a la pena, amb la que donar resposta a situacions per a les que la imposició d'una pena privativa de llibertat esdevenia insuficient. Al respecte, i com la pràctica majoria de la doctrina va posar de manifest en diferents moments tant per a un text com per a un altre, un dels defectes majors de la LVM primer i, posteriorment, de la LPRS va ser la confusió entre dos conceptes de perillositat: la criminal i la social. Així, sense perjudici que més endavant em detingui en això, per perillositat criminal s'entén –en sentit ampli- la possibilitat que un subjecte cometi un delictes o segueixi una vida delinqüencial; en altres paraules, es tracta d'un individu amb una conducta antisocial. Per altra banda, existeix un cert acord a l'afirmar que la perillositat social és la possibilitat , o realitat “que un individu arribi a ser o

¹⁴. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., págs. 165, 183,184.

sigui un marginat, un paràsit, molest per a la convivència social; que sigui per tant un asocial”¹⁵. Una conseqüència directa d’aquestes diferents classes de perillositats suposa que la reacció contra ambdós tipus de perillositats ha de ser necessàriament diferent, tant en la forma de lluitar contra ella com en la classe de mesures que s’adopten.

Doncs bé, en l’art. 2 B) de la LPRS es disposava un ampli ventall de subjectes als quals se’ls considerava perillosos socials, entre d’altres: els mandrosos, els pidolaires, els ebris (tots ells habituals) i els qui vivien de la mendicitat dels altres, els toxicòmans, els que amb insolència menyspreaven les normes de convivència social... i així fins un llarg etcètera del qual van ser exclosos mitjançant la Llei 77/1978, del 28 de desembre, els homosexuals. Es tractava de perillosos socials als qui se’ls aplicava les mesures de seguretat previstes en l’art. 5, que anaven des de la privació de la llibertat amb internaments en establiments de custòdia o de treball per un temps determinat o mesures de privació de llibertat de caràcter indeterminat, com l’aïllament en cases de temprança “fins a la seva curació” (del perillós). És més, també s’estipulaven mesures de seguretat que consistien en la privació de drets, com la privació del permís de conduir vehicles, la prohibició de residència en determinats llocs, o la prohibició de visitar establiments amb begudes alcohòliques; permeteu-me que insisteixi, i és que algunes d’aquestes mesures tenien prevista una duració concreta (és el cas de les detencions de caps de setmana; de quatre a dotze), mentre que altres eren obertament indeterminades, com l’aïllament en cases de temprança fins a la *curació* del subjecte perillós¹⁶.

El text de la LPRS va ser objecte d’una important crítica doctrinal que censurava la indeterminació del concepte de perillositat o el que contemplessin situacions que per si mateixes eren constitutives de delictes (entre ells els relatius al tràfic de drogues) a altres situacions que eren penalment inocues, com era el cas, entre d’altres, dels ebris habituals; raons, totes elles per les que la doctrina conclouia que només deurien ser objecte de la llei les mesures de seguretat post delictives aplicables, en el seu cas, als subjectes que mostraven una inequívoca perillositat criminal, mentre que els subjectes als qui se’ls considerava perillosos socials revestien unes característiques que, potser, podien ser

¹⁵ . Vid., entre d’altres, DE LANDECHO, (S.J.), C.M., “Peligrosidad Social y peligrosidad criminal”, a *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La LPRS de 4 de agosto de 1970)*, ob. cit., p. 250-251. Igualment, vid., TERRADILLOS BASOCO, J. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 61, 74, 107.

¹⁶ . Ampliament, TERRADILLOS BASOCO, J. ob. cit., págs. 74 y ss.

merescudes de tutela d'índole administratiu, civil o assistencial però, en cap cas, objecte del Dret penal¹⁷.

A més a més del previst a la LPRS, crec que convé recordar l'art. 65 del Codi penal anterior¹⁸, on es preveia la possibilitat de substituir la pena imposada a menors (majors de setze i menors de divuit) per una mesura de seguretat que consistia en l'internament en una institució per temps indeterminat fins a aconseguir "la correcció del culpable". Es tracta d'un precepte que, en el seu moment, va generar un cert debat ja que algun sector doctrinal entenia que es tractava d'un mecanisme amb una aproximació al sistema vicarial; una altra cosa és que, per diferents raons com la indeterminació del precepte o per les deficiències dels establiments penitenciaris, es tractava d'una opció que va quedar en "lletra morta". Tot i així, més que a les causes que motivaren la seva inaplicació pràctica o de si es tractava d'una previsió pròpia d'un sistema vicarial, m'interessa portar a debat que un important sector de la doctrina la reprovava per considerar que no podia admetre una mesura de duració indeterminada o inclòs, anant més lluny, es deia que donava lloc a solucions tant injustes que podien qualificar-se com d'"intolerables"¹⁹. Reflexions crítiques que poso ara de relleu perquè, com més endavant veurem, al referir-me a la perillositat i a la proporcionalitat de la mesura de seguretat, un qualificat sector posa en tela de judici els límits imposats pel legislador a l'execució de les mesures de seguretat per a mostrar-se partidari de la indeterminació de la mesura en funció de la perillositat del subjecte, mentre que –en una línia de consideracions similar- un altre sector assumeix alguna postura més matisada al considerar la necessitat d'establir límits.

Amb independència del que s'ha dit anteriorment, la reforma del Codi penal mitjançant la L.O. 8/1983, del 25 de juny²⁰, va introduir importants modificacions respecte al règim previst fins a aquell moment per als subjectes no imputables i semi imputables autors d'un

¹⁷. Al respecte, vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", RGLJ, 1965, págs. 759 y ss, en les quals l'autor es manifesta obertament contrari a les mesures de seguretat pre delictives i ja en aquest moment posa de manifest els seus dubtes pel que fa a la seva legitimitat en un Estat de Dret, llavors, encara molt llunyà.

¹⁸. Art. 65: "Al major de setze anys i menor de divuit s'aplicarà la pena inferior en un o dos graus a les assenyalades per la llei, podent el Tribunal, en atenció a les circumstàncies del menor i del fet, substituir la pena imposada per internament en Institució especial de reforma per temps indeterminat fins a aconseguir la correcció del culpable".

¹⁹. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., p. 185-188, on es fa ressò de la discussió i sembla compartir la crítica que es realitza a tals mesures de seguretat indeterminades.

²⁰. Al respecte, vid., QUINTERO OLIVARES, G.-MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 71 y ss.

il·lícit penal. Així, en l'art. 8.1 a pesar de mantenir-se l' internament indeterminat dels alienats, es va afegir un tercer paràgraf en el que es preveia també la possibilitat de substituir-lo, "des d'un principi o durant el tractament", per mesures com el tractament ambulatori; d'aquesta manera, l' internament era només una de les mesures que es podien adoptar i del que només s'havia de fer ús quan fos necessari. Previsió que resolvia de forma indirecta una de les crítiques més severes a la regulació anterior, ja que en ella l' internament era preceptiu inclòs quan era contraproductiu.

Des del meu punt de vista, el més rellevant de la forma al·ludida va ser la modificació de l'art. 9.1 del Codi penal en el que, ara sí, s'adopta en el seu segon paràgraf el sistema vicarial per als semi imputables²¹. En efecte, en aquest paràgraf es disposa que la mesura no podrà superar el temps de la pena senyalant per al delicte i, dins d'aquest temps, el fixat en sentència (al marge que aquest temps es computi en pena, que es prioritzi la mesura de seguretat o que es donin totes dues). En qualsevol cas, el còmput temporal serà sempre únic i el temps destinat a l'aplicació de la mesura es tindrà com a temps de compliment de la pena; una altra cosa diferent –com preveia el Codi- era la improcedència d'aplicar la pena després de la mesura quan el subjecte tenia un pronòstic favorable, el qual era a totes llums innecessari²².

El que hem parlat anteriorment és una breu descripció del sistema previst en el Codi penal anterior i en la LPRS; text que, com hem dit, a pesar de no haver estat derogat formalment fins l'entrada en vigor del Codi penal vigent va ser objecte de diferents pronunciaments del Tribunal Constitucional que, de fet, el convertiren en una Llei de difícil aplicació en molts aspectes. Resolucions que es qualificaren com una autèntica "defunció"²³ de la LPRS-, encara que m'atreviria a dir que es tractava d'un text parcial i tàcitament derogat en virtut de la Disposició Derogatòria 3^a de la Constitució. Sigui com sigui, la veritat és que no és formalment derogada fins l'entrada en vigor del Codi penal vigent.

²¹ . Art. 9.1 "...No obstant això, la mesura d'internament només serà aplicable quan la pena imposada anàs privativa de llibertat i la seva durada no podrà excedir d'aquesta última. En tals casos, la mesura es complirà sempre abans que la pena i el període d'internament es computarà com a temps de compliment de la mateixa, sense perjudici que el tribunal pugui donar per extingida la condemna o reduir la seva durada en atenció al bon resultat del tractament".

²² . QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1986, p. 488.

²³ . ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*. 3^a ed. Valencia, 1993, p. 150.

En efecte, el Tribunal Constitucional, en successius pronunciaments que en la majoria dels casos resolien recursos d' empara²⁴, va perfilar la interpretació de les mesures de seguretat fins el punt de qüestionar els criteris vigents, en particular els referents a la inconstitucionalitat de les mesures de seguretat pre delictives i a l'obligació d'observar determinats principis en matèria de proves²⁵. Resolucions que, en el seu dia motivaren una interpretació diversa per part de la doctrina donat que algun autor va mostrar les seves reserves davant del fet que l'eventual concurrència de penes i de mesures de seguretat pogués suposar una vulneració del principi de non bis in idem²⁶. Per raons evidents no reproduiré la controvèrsia ni a analitzar la jurisprudència constitucional d'aquell moment²⁷, encara que sí que em referiré a algunes de les conclusions que s'infereixen sobre la mateixa. En primer lloc, i en directa relació amb el principi de la legalitat, ningú pot ser condemnat o sancionat –ni amb una pena ni amb una mesura de seguretat- per accions o omissions que en el moment de la seva comissió no siguin constitutives de delictes; principi del qual es desprèn la inconstitucionalitat de les mesures de seguretat pre delictives. En segon lloc, tant la pena com la mesura de seguretat tenen un caràcter aflictiu innegable que constitueixen privacions o restriccions de drets (vid. STC 14 de febrer del 1986 i 19 de febrer del 1987), pel que han de ser considerades autèntiques sancions penals. En tercer lloc, la impossibilitat de sancionar dues vegades un mateix fet a través d'una pena i d'una mesura de seguretat, per suposar una vulneració del principi de *non bis in idem*; objecció que no es eludible ni tant sols afirmant que una es correspon amb la culpabilitat i l'altre amb la perillositat del subjecte, pel que és inevitable concloure la inconstitucionalitat de les mesures de seguretat post delictives previstes en la LPRS per entrar –de nou- en directa contradicció amb l'art. 25.1 de la CE. I, finalment, una mesura de seguretat no podrà tenir major duració que la pena abstractament aplicable al fet comès²⁸.

²⁴ . Una important excepció a l'anterior és la qüestió de constitucionalitat formulada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció nº 2 de Gandia, centrada en l'art. 8.1 del Codi penal i la seva regulació de les mesures de seguretat per no imputables, STC 24/1993, de 21 de gener, a la qual més endavant em referiré i que acaba sent desestimada. Sobre aquest tema, vid., SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997, p. 20-22.

²⁵ . GONZÁLEZ RUS, J.J., a *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M. Director). T. I, ob. cit., p. 220 y ss.

²⁶ . Al respecte, vid., GRACIA MARTIN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, p. 369-373. Igualment, vid., ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., págs. 94-96, nota a peu de plana 235 d.

²⁷ . GONZÁLEZ RUS, J.J., a *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M. Director). T. I, ob. cit., págs. 220-234. Vid., així mateix, p. 220, nota a peu de plana nº 17, on recull les referències diferents treballs que analitzen la jurisprudència constitucional del moment. Igualment, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 147 y ss.

²⁸ . GONZÁLEZ RUS, J.J., a *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M. Director). T. I, ob. cit., p. 233-234.

Per altra banda, ja he comentat una de les novetats més suggerents del actual Codi penal és el nou tractament de les mesures de seguretat; algunes derivades de les resolucions de l'Alt Tribunal i, altres, conseqüència d'una opció polític criminal determinada, que personalment comparteixo, sobre un tema que ha estat objecte d'un intens debat: el de la proporcionalitat. En efecte, el legislador acull un criteri de proporcionalitat per a la mesura de seguretat en directa relació amb la pena que li correspondria a l'autor pel fet comès, apartant-se, així, de la interpretació del propi Tribunal Constitucional la STC 24/1993, del 21 de gener²⁹, pronunciament que, entre d'altres, versava sobre la duració de les mesures de seguretat per a no imputables de l'art. 8.1 llavors vigent. Amés a més, hi ha altres novetats importants a les que implícitament ja he fet referència però sobre les que convé incidir: a) les mesures de seguretat són exclusivament pels qui es troben en situació de no imputabilitat (arts. 101,102 i 103 en relació amb els arts. 20.1, 20.2 i 20.3) o bé, de semiimputabilitat (art. 104, quan les eximents d'anomalia mental o d'alteració psíquica, intoxicació plena i alteració de la percepció que alteri gravement la realitat concorrin de forma incompleta); b) les mesures de seguretat són exclusivament de caràcter post delictiu, de manera que únicament poden ser imposades a qui han comès prèviament un delictu, c) el fonament de la mesura de seguretat és la perillositat criminal de l'autor, entesa com un judici de comportament futur en relació a la probabilitat de que un subjecte pugui tornar a cometre nous delictes; d) la mesura de seguretat finalitza en el moment que desaparegui aquesta probabilitat de la nova comissió delictiva; e) només procedeix la mesura de seguretat privativa de llibertat quan el delictu estigui sancionat amb una pena d'igual classe. En la hipòtesis de que la pena corresponent no sirgués de privació de llibertat s'aplicaria alguna de les mesures disposades en l'art. 96.3; f) en el cas de concurrència de pena i de mesura de seguretat, el règim aplicable és el del sistema vicarial, art. 99³⁰. Criteris que, com veurem en el seu moment, s'han vist alterats com a conseqüència de la modificació del Codi penal mitjançant la L.O. 5/2010, del 22 de juny, on es preveu una nova mesura de seguretat no privativa de llibertat: la llibertat vigilada que pot tenir com a destinataris als subjectes plenament responsables al que cap afegir que, en alguns casos, el seu compliment és posterior a la pena privativa de llibertat imposada.

²⁹ . Al respecte, vid., SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 20 y ss.

³⁰ . Vid., SÁNCHEZ YLLERA, I., a *Comentarios al Código penal de 1995* (VIVES ANTÓN, T.S., Coordinador), ob. cit., p. 531-532.

III. LA LLIBERTAT VIGILADA COM A MESURA DE SEURETAT. EL RETORN DEL DRET PENAL DE LA PERILLOSITAT.

Com deia al començament, el règim general de les mesures de seguretat en el Codi penal espanyol ha estat objecte d'una important modificació com a conseqüència de la LO 5/2010, del 22 de juny, mitjançant la que s'introdueix la llibertat vigilada com a mesura de seguretat.

Es tracta d'una (discutible) opció de política criminal del legislador que, com veurem, obeeix a diferents factors. No es tracta d'una decisió nova, sinó que en els Projectes de Codi penal anteriors al del 2009, que ha estat el que ha acabat materialitzant-se en la LO 5/2010, com són el Projecte del 2007 i l'Avantprojecte del 2008 ja es contemplava la llibertat vigilada encara que de manera absolutament heterogènia entre sí. Així, en el Projecte del 2007 tenia un triple caràcter: pena restrictiva de (art. 39.j), substitutiu de la pena de presó (art. 88.1.d) i com a mecanisme de tractament per a reincidents i habituals després del compliment de la condemna (art. 94.3.4); mentre que en l'Avantprojecte del 2008, es tractava com una pena accessòria (art. 49 bis) que consistia en el sotmeti-me'n a control judicial dels autors del delictes de terrorisme i de delictes contra la llibertat sexual. Pena accessòria que podia oscil·lar entre els deu i els vint anys (per a delictes greus) i entre un i deu anys (delictes menors greus). Tot i així, finalment, la llibertat vigilada s'ha incorporat a l'última reforma del Codi penal com a una mesura de seguretat. Sigui com sigui, sembla que els vaivens del legislador en quant a la forma que havia d'adoptar la llibertat vigilada responen inequívocament a una sola raó: que s'ha adoptat una decisió immadura, el que es constata amb les diverses formes en les que s'havia previst, però, més que adoptar un caràcter o un altre, és a dir, ja es tractés de pena restrictiva de drets, de pena accessòria o de mesura de seguretat, el determinant és el contingut que se li atribueix.

Sigui com sigui, la veritat és que s'ha introduït en el Codi penal la llibertat vigilada com a una mesura de seguretat no privativa de llibertat aprovant un Projecte de modificació del Codi penal d'una transcendència extraordinària sense ni tant sols discussió en les Corts Generals, cosa que diu molt poc a favor dels nostres representants. Com molt bé posa de

relleu ÁLVAREZ GARCÍA³¹, la Comissió de Justícia del Senat va dictaminar en només dues hores i mitja la reforma del Codi penal, ventilant (permeti'm l'expressió) les dues-centes vuitanta emendes que l'acompanyaven en aquest espai de temps. Afegeix-li que el Ple del Senat, en la seva sessió del 2 de juny del 2010, ho va realitzar només en una hora. Evidentment no és una qüestió de temps, però del que no hi ha cap dubte és el desinterès de la Càmera Altra en la modificació d'un text al que s'incorporaven nous delictes, en el que es reformaven altres més enllà de les millores de caràcter tècnic o que s'incorporaven al text figures tan rellevants com la responsabilitat penal de les persones jurídiques o la llibertat vigilada. El resultat de l'anterior, pel que respecte a la llibertat vigilada, és el que somerament veurem al final d'aquest epígraf per a després detallar-lo al Capítul V d'aquesta investigació.

Encara que després hi tornaré, no puc evitar fer una referència al Preàmbul de la LO 5/2010, del 22 de juny, en la que referint-se a la introducció de la llibertat vigilada com una nova mesura de seguretat senyala que implica una “modificació parcial i una lleu reordenació del Títol IV del Llibre I del Codi penal...” Tot i així, com veurem més endavant, es tracta d'una modificació que va molt més enllà de la lleu reordenació del Títol IV del Llibre I que s'afirma, ja que la consideració de la llibertat vigilada com a mesura de seguretat, tal i com es preveu en el text de reforma, suposa una alteració del règim general de les mesures de seguretat del Codi penal espanyol i, per tant, de la seva aplicació a semiimputables i no imputables ja que, ara, també seran d'aplicació a subjectes plenament responsables quan existeixi un pronòstic de reiteració delictiva.

Per altra banda, la llibertat vigilada, amb aquesta o una altra denominació no és una institució innovadora als països del nostre entorn³², ja que, de diferents maneres i amb major o menor fortuna, existeix una tendència cada vegada més estesa a que s'adoptin fórmules que, atenent a l'omnipresent discurs de la seguretat, foraden els principis d'un Dret penal garantista (per a alguns excessiu), per a accentuar així la defensa d'un Dret penal de la perillositat que, fins i tot, alguns postulen amb l'argument que el nostre país no podria ser una excepció a la necessitat de donar una resposta adequada a la comissió de

³¹ . ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Código penal y política criminal”, a *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Directores), Valencia, 2010, p. 28.

³² . Vid., arts. 4 i 5 de la Decisió Marco 2008/947/JAI del Consell de 27 de Novembre de 2008 relativa a l'aplicació del principi de reconeixement mutu de sentències i resolucions de llibertat vigilada amb la intenció de la vigilància de les mesures de llibertat vigilada i les penes substitutives (DOUE, de 16 de desembre de 2008)

determinats delictes que, en tot cas, han d'anar més enllà de la imposició i del compliment d'una pena proporcional a la gravetat del delicte comès.

1. El trànsit de les mesures de seguretat: del garantisme al Dret penal de la perillositat.

Els discursos relatius al reforçament de la seguretat en detriment dels drets individuals de l'individu (i més si aquest és algú a qui s'ha de qualificar com a "*delinqüent*"), responen a una tendència cada vegada més consolidada que entén el reforçament de les penes com un dels instruments més eficaços, quan no únic, per a lluitar contra la criminalitat i, en particular, contra la perillositat de l'autor quan la pena ajustada a la culpabilitat resulta insuficient³³. Així, a la nostra doctrina hi ha autors que subscriuen la idea d'interès social preponderant, això és, el que les mesures de seguretat i de correcció estaran legitimades sempre i quan les necessitats públiques de seguretat davant la perillositat criminal del delinqüent siguin més importants que els seus drets individuals³⁴, anant més enllà, per a determinats supòsits excepcionals –al·ludeixen-, en el que la perillositat actual d'una persona suposés una "*amenaza inminente, greu i suficientment concreta i probable (no sent bastant la mera possibilitat)*", entenen que la intervenció coactiva estaria emparada per "*l'estat de necessitat (defensiu)*", per a conjurar amb això el perill inherent d'aquestes persones el que, òbviament, podria legitimar la provació de llibertat d'aquestes persones³⁵. Aquesta revitalització del dret de la perillositat genera, com posa de relleu DIEZ RIPOLLES³⁶, dues conseqüències. La primera és la de posar en tela de judici la restricció en el nostre ordenament a la imposició de mesures de seguretat –fins ara- a no imputables i semiimputables; i, per altra banda, el respecte al principi de proporcionalitat en la imposició de les mesures de seguretat, qüestió al a que ens referirem més tard.

Respecte al primer tema, s'afirma que el nostre país no pot ser un istme davant la desprotecció en front de determinats delinqüents perillosos, al que se li afegeix que no

³³ . ALONSO RIMO, A., "Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)", EPC, nº 29, 2009, p. 130.

³⁴ . SANZ MORÁN, A. "Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad", a *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pág. 973

³⁵ . ROBLES, R., "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", InDret, 4/2007, p. 20.

³⁶ . DIEZ RIPOLLES, J.L. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana", RECPCr, 07-01, 2005, p. 27-28.

existeix cap mecanisme que ens permeti “neutralitzar o minimitzar una perillositat criminal greu”, quan subsisteixi una vegada s’hagi complert la pena de presó³⁷, o, en termes més pragmàtics, algun autor sosté que la constatació de la perillositat subsistent darrera la condemna hauria de donar lloc a un “assegurament cognitiu addicional”, per a evitar que apareguin defensors de fórmules més radicals presidides per criteris d’oportunitats i sota el impacte emocional d’algun cas amb conseqüències dramàtiques³⁸. Tot i així, segons ALONSO³⁹, els arguments que al·ludeixen a l’existència d’una demanda social en aquesta direcció o a que amb l’admissió d’alguna fórmula atenuada seria factible neutralitzar reaccions més radicals que, en definitiva, podrien suposar una major vulneració de garanties, no em semblen convincents per sí mateixos sinó, simplement, manifestacions possibilistes que en realitat venen a admetre –per via indirecta si es vol- la imposició de mesures de seguretat pre delictives als delinqüents habituals perillosos; sense que això, a la vegada, suposi descartar que a la denominada “demanda social”, a la que sembla que se li atorga una certa primícia, pugui en el futur reclamar qualsevol cosa que, amb aquest mateixos arguments, hauria de ser també acceptada; no obstant, crec més discutible encara que es facin constants referències al Dret comparat com un argument addicional per a legitimar una opció que, des del meu punt de vista, soscava algunes de les garanties de l’Estat de Dret. En aquest sentit, no és infreqüent que a l’estudiar les diferents opcions que es troben en el Dret comparat, alguns dels autors que postulen la necessitat d’introduir mecanismes de defensa davant dels delinqüents habituals perillosos, facin referència a la detenció o custodia de seguretat (*Sicherungsverwahrung*) del Dret penal alemany, com a una de les opcions més suggerents que podrien considerar-se pel legislador espanyol. Tot i així, a pesar que a Europa precisament existien propostes doctrinals que la propugnaven en termes semblants o altres més contundents, crec que no es pot oblidar que la introducció de la custodia de seguretat en el StGB coincideix amb el inici del període del nacional socialisme a Alemanya⁴⁰.

³⁷ . GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo”, a *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea* (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Director), ob. cit., p. 135.

³⁸ . SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado”, en *Delincuencia sexual y sociedad*, (REDONDO, S., Coordinador), Barcelona, 2002, p. 157-158.

³⁹ . ALONSO, RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, ob. cit., p. 128.

⁴⁰ . CANO PAÑOS, M.A., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán”, CPCr, nº 91, 2007, p. 209.

Amb independència del seu origen històric, és precís posar de manifest que es tracta d'una mesura de seguretat imposada després de la pena i acumulada a aquesta; originalment, per a justificar-la s'utilitzaven uns arguments que no ens són desconeguts, com era el fet que atenent a la perillositat del subjecte es feia necessari mantenir-lo privat de llibertat, inclòs una vegada que hagués complert la pena de presó pel delictes comès. Es tractava d'una mesura que s'imposava amb la finalitat de prevenir la futura perillositat del subjecte, és a dir, d'un autor que resultava perillós per a la col·lectivitat "*per raó d'una propensió a cometre fets delictius d'importància*". Mesura que la seva duració màxima, quan es tractava de la primera vegada que s'imposava, no podia superar els deu anys d'internament, moment en el que devia ser posat en llibertat inclòs quan s'evidenciés una perillositat manifesta. Tot i així, l'any 1988 es produí una important reforma, presidida per l'objectiu de lluitar contra la delinqüència sexual, que té com a conseqüència el que la custòdia de seguretat ja no està sotmesa a un límit màxim de deu anys, ja que –es deia– no era justificable l'assumpció dels riscos que comportava la posada en llibertat d'un determinat subjecte, ni òbviament, esperar a que tornés a delinquir, per tant, la custòdia de seguretat pot arribar a convertir-se en un internament il·limitat de subjectes amb una "*propensió*" o "*tendència*" a la comissió de delictes greus que, en aquests moments, ja van més enllà dels delictes contra la via o contra la llibertat sexual sinó, també, per un delictes de robatori greu.

A l'any 2002 una nova reforma permet introduir la denominada "reserva" a la imposició de la custòdia de seguretat, que possibilitava que si en el moment de dictar sentència condemnatòria existien dubtes amb respecte a la perillositat del subjecte, el Tribunal podria reservar-se la imposició de la custòdia de seguretat en la fallada i, amb ell, aclarir el pronòstic de perillositat en una nova vista oral abans que finalitzés el compliment de la sentència. No és tot, ja que a l'any 2004 es torna a reformar la llei per a permetre una imposició posterior de la custòdia de seguretat en el cas de delictes greus, és a dir, a pesar que el Tribunal no fes reserva expressa de la mateixa en el moment de dictar sentència es permet la imposició d'una custòdia de seguretat que ha de decretar-se quan el subjecte condemnat encara està complint la pena de presó⁴¹. Reformes que no tant sols varen ser qüestionades políticament i jurídica, sinó que van arribar al propi Tribunal Constitucional Alemany, qui, primer, en Sentència del 10 de febrer del 2004 declara constitucional la

⁴¹. Sobre aquest tema, vid, àmpliament, CANO PAÑOS, M.A., "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán, ob. cit., págs. 217 y ss.

supressió al 1998 del límit màxim de la custòdia de seguretat imposada per primera vegada⁴², i, més tard, en una altra Sentència del 23 d'agost del 2006, resol la constitucionalitat de la custòdia de seguretat acordada amb posterioritat a la condemna, entenent, a més a més, que això no significava un menyscament dels principis d'irretroactivitat i de proporcionalitat⁴³; resolució de la que com destaca GARCÍA ALBERO: “ponent per cert Hassemer”⁴⁴.

La reafirmació defensiva en els països anglosaxons és evident. Una mostra d'això és la proliferació legislativa en una bona part d'estats nord-americans d'internaments per temps indeterminats en delictes contra la llibertat sexual; encara que, no només en ells, ja que les lleis relatives als “*three strikes*” (“*three strikes and you're out*”), fins i tot per la criminalitat menor, són freqüents com a mesura contra la tolerància zero davant del delicte, amb el conegut efecte de l'aparcarment del delinqüent de la societat; per altra banda, no pot passar desapercebuda la creixent difusió de les teories de la inocuïtzació selectiva amb l'objecte de la individualització d'un nombre petit de delinqüents que s'identifica com als responsables de la major part dels delictes, de manera que la seva inocuïtzació tindrà com a efecte immediat una disminució considerable de delictes. Encara que, com deia al principi, la mostra més palpable del denominat “retorn a la inocuïtzació”⁴⁵, és el tractament que reben els delinqüents sexuals als Estats Units, de la que és pionera l'Estat de Washington amb el seu “*Sexual Violent Predator Act*”, del 1990, mitjançant la qual el delinqüent que és considerat perillós, una vegada que ja ha complert la pena se l'imposa una mesura de seguretat posterior –en realitat, es tracta d'un internament civil-, per al qual només es precisa que hagi comès un delicte sexual violent (no és necessària l'habitualitat ni el que hagi comès un altre delicte sexual en el passat), que hagi afectat –al menys- a

⁴² .Igualment, REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, a *InDret* 3/2008, págs. 4 yss.

⁴³ . SANZ MORÁN, A.J., “La reincidencia y la habitualidad”, a *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea*, ob. cit., pág. 68, nota a peu de plana nº 25, on extracta algun dels arguments més rellevants del Tribunal Constitucional alemany en la seva sentència de 10 de febrer de 2004, per acabar afirmant el mateix autor: “no és necessari insistir en el problemàtic que resulten algunes d'aquestes afirmacions”.

⁴⁴ . GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo”, a *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea*, ob. cit., pág. 132, al que convé afegir que el TC alemany matisa que això està supeditat al fet que la perillositat del subjecte resulti de circumstàncies noves que no es tinguessin en compte en la primera sentència condemnatòria.

⁴⁵ . Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes violentos en derecho comparado a *Delincuencia sexual y sociedad*, (REDONDO, S., Coordinador), ob. cit., págs. 144-147, en especial, notes a peu de plana nº 4 y 5.

dues víctimes i que existia un pronòstic de reincidència en el futur. Si concorren aquests requisits l' internament –de duració indeterminada- s'executa amb posterioritat a la pena privativa de llibertat, pel que el subjecte romandrà internat fins que deixi de ser un perill per a la comunitat. Legislació que lluny de ser puntual s'ha estès per la majoria dels estat nord-americans en termes semblants.

Al Regne Unit, la *Criminal Justice Act* del 2003 en el seu art. 225 regula les denominades “*sentence of imprisonment for life*”, així com el “*imprisonment for public protection*”, les primeres suposen una condemna a cadena perpetua, mentre que la segona comporta una pena indeterminada amb una duració mínima que no pot ser inferior als deu anys d'internament. Afegint-li les denominades “*extended sentence*”, previstes per als autors de delictes violents i delinqüents sexuals amb un període d'internament, respectivament, que no pot excedir dels cinc anys i dels vuit anys consisteixen en la imposició d'un període de seguretat afegit que es computa com si es tractés d'una pena ⁴⁶.

Voldria insistir en el que acabo de referir-me no és, únicament, una opció assumida pels països d'influència anglosaxona sinó que, en efecte, abunden els exemples dels països del nostre entorn en els que amés a més d'internaments civils indeterminats, una vegada complerta la pena de presó, existeixen mesures de control del condemnat per la comissió de determinats delictes, en general, d'índole sexual⁴⁷, el que suposa una mostra inequívoca del renovat impuls d'un tipus de resposta particularment asseguradora.

Una de las pedres angulars d'aquests sistemes gravita sobre el discutible diagnòstic de “*propensió*” o de “*tendència*” a la perillositat d'un individu que s'emet per subjectes –en ocasions- mediatitzats per “*pànics morals*”⁴⁸, que, davant del risc d'un diagnòstic incert, no dubtarien en inclinar-se per certificar la perillositat del subjecte. Com afirma BRAUM, el principi d' *in dubio pro reo* és substituït pel *in dubio pro securitate*⁴⁹. Una altra cosa diferent, como senyala DIEZ RIPOLLÉS, és que es pugui demostrar l'efectivitat i l'eficàcia que

⁴⁶ . GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo”, ob. cit., p. 130-131. Igualment, vid. ROBLES, R., “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 5

⁴⁷ . Al respecte, vid, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, págs. 31 y ss. Així mateix, REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., p. 8 y ss.

⁴⁸ . Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, págs. 42 y ss.

⁴⁹ . Citat per CANO PAÑOS, M. A., en “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho penal alemán, ob. cit., p. 240

aquests models de seguretat afirmen que aporten. És possible com posa de manifest l'autor citat que, encara, sigui injust identificar aquestes propostes amb enfocaments totalitaris, a pesar que, personalment, no dubto que estiguin presidides per un plantejament que suposa l'exclusió de col·lectius que, precisament, no són els més afavorits. En aquest mateix sentit, em semblen particularment desafortunades les conclusions que desprenen de la criminalitat comú, a la que converteixen en un dels factors essencials de desestabilització política i social i als que, per altra banda, focalitzen com un dels seus objectius bàsics d'intervenció penal⁵⁰. Un exemple d'això és, sense anar més lluny, les reformes dels delictes patrimonials. Així, pensem en la modificació del Codi penal operada mitjançant la L.O. 15/2003, del 25 de novembre, que adicionava un segon paràgraf a l'art. 234 per a convertir en delicte les quatre faltes de furt comeses en un any quan la suma del que s'ha pres era superior a 400 euros. Reforma que, a judici del legislador⁵¹, va resultar insuficient i que ha tornat a ser objecte de modificació amb l'actual L.O. 5/2010, del 22 de juny, en la que, com és sabut, torna a modificar-se el segon paràgraf de l'art. 234 per a convertir en delicte les tres faltes de furt.

Com veurem en els epígrafs següents en plantejar la reforma ja vigent al nostre país, així com en l'Avantprojecte i el Projecte que la precediren, la llibertat vigilada adquireix al nostre ordenament el caràcter de mesura de seguretat de la que seran destinataris els autors de delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual així com els de terrorisme; reforma que implica una modificació d'enorme transcendència en el sistema de mesures de seguretat espanyol i que obra la porta a altres de més substància com seria el fet d'instaurar mesures de seguretat de duració determinada o que el catàleg de delictes als que s'aplica la llibertat vigilada s'ampliï (no oblidem el cas de la custòdia de seguretat a Alemanya); riscos que, en conclusió, evidencien la perillositat del Dret penal de la perillositat⁵².

⁵⁰ . DIEZ RIPOLLES, J.L. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana", ob. cit., pág. 29

⁵¹ . Un legislador mediatitzat pels lobbys de comerciants, especialment de Barcelona, els qui encapçalats pel seu Alcalde van instar al Govern per a això com a mitjà per acabar -deien- amb la multi reincidència.

⁵² . Vid., en el mateix sentit, ALONSO RIMO, A., "Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)", ob. cit., p. 135-136.

2. Les recents previsions legislatives de la llibertat vigilada en els Projectes i Avantprojectes del Codi penal espanyol⁵³.

Amb caràcter previ al que segueix, cal anticipar que la llibertat vigilada -amb aquesta mateixa denominació- està prevista a l'art. 7.1 h) de la LO 5/2000, del 12 de gener, Llei reguladora de la responsabilitat penal dels menors, on es constitueix com una mesura d'intervenció activa en l'educació i la socialització del menor, emfatitzant-ne en el seguiment de la seva activitat i, en particular, de la seva assistència a classe o al lloc de treball, tot això –senyala el precepte- amb el propòsit d'ajudar-lo a superar les circumstàncies que motivaren la infracció que va cometre. En l'execució de la mesura de la llibertat vigilada juga un important paper el professional encarregat del seu seguiment, amb qui, per altra banda, el menor està obligat a entrevistar-se les vegades que es disposi en el programa que precisament ha estat aprovat pel Jutge de Menors i que ha estat elaborada per l'entitat pública o el citat professional encarregat del seu seguiment. A més a més, el Jutge pot imposar determinades regles de conducta que consisteixen en obligacions i prohibicions que oscil·len des de l'obligació de sotmetre's a programes de tipus formatiu, cultural, educatiu, professional, d'educació sexual, educació vial o d'altres similars, a la prohibició d'acudir a determinats llocs, establiments, o espectacles; sense oblidar qualsevol de les altres obligacions que el Jutge ja sigui d'ofici o a instància del Ministeri Fiscal, consideri convenients per a la reinserció social del menor, sempre que no atemptin contra la seva dignitat com a persona (art. 7.h.7).

Previsió que a part de la denominació no té massa en comú amb les disposicions que el legislador espanyol va disposar successivament en els recents Projectes de reforma del Codi penal.

2.1. La llibertat vigilada en el Projecte de Codi penal del 2007.

El projecte de Codi penal del 2007 contempla per primera vegada la figura de la llibertat vigilada de forma confusa per a acabar atribuint-li un triple caràcter; per altre banda, resulta significatiu que l'Exposició de Motius del Projecte no faci cap al·lusió expressa ja que es limita a fer una menció a la reincidència "*qualificació jurídica que va lligada a la freqüent*

⁵³ . Vid., SANTANA VEGA, D.M^a, "La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo", EPC., 2009, p. 447 y ss, on poden revisar-se els antecedents de la llibertat vigilada en els diferents Codis penals espanyols.

constatació de l'habitualitat o professionalitat criminal...”, el que va lluny d'aportar algun criteri delimitador entre ambdós conceptes, comporta una indiscutible confusió ja que, si bé, es tracta de dues figures relacionades fan referència a supòsits diferents. Afegint una mica més endavant que es tracta d'una realitat “*que demana una política criminal pròpia d'ampli espectre que vagi més enllà d'un impacte en la medicació de la pena imposable per l'últim delictes comès*”. Expectatives que més tard no es tradueixen en l'articulat ja que no s'introdueixen modificacions significatives en el Codi fins llavors vigent, més enllà del posar un èmfasi especial en el moment de l'execució de la pena⁵⁴.

En qualsevol cas, com ja he dit, la llibertat vigilada és una de les fórmules que un sector doctrinal proposa com a mecanisme per a fer front als delinqüents habituals i reincidents una vegada que ja han complert condemna⁵⁵; proposta que sembla que va assumir el legislador, encara que, insisteixo, de forma ambigua; és més, en el Projecte de Codi penal s'atribueix el *nomen iuris* de llibertat vigilada, a una fórmula que no té res a veure amb figures amb aquesta denominació en la legislació comparada.

La primera qüestió que s'ha de destacar és que en l'art. 33 n) es preveu com una pena menys greu, amb una duració de sis mesos a un any, que consistia en l'obligació del penat de facilitar de manera efectiva i constant la seva localització que, per altra banda, podria realitzar-se a través del control mitjançant medis electrònics sempre que estiguin autoritzats pel Jutge del Tribunal corresponent, art. 48.4 i 5, el qual, com va senyalar en el seu moment l'informe del CGPJ a l'Avantprojecte, suposa que es dota a la llibertat vigilada d'un perfil pla i de l'escassa capacitat correctora o rehabilitadora, ja que aquesta es limita a la obligació de comunicar el lloc de residència o dels desplaçaments que s'hagin de realitzar, pel que la seva funció preventiu especial era inexistent. Per altra banda, voldria cridar l'atenció sobre el fet de que la llibertat vigilada s'incorpora no tant sols al catàleg de penes a través de l'art. 33 sinó també al de les mesures de seguretat, ja que es preveia també l'addició d'una nova mesura (es deia en el Projecte que era la n^o 12, quan en realitat era la 13) a l'apartat 3r de l'article 96, és a dir, com a mesura de seguretat no privativa de llibertat aplicable exclusivament a no imputables i semi imputables. En qualsevol cas, el

⁵⁴ . ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, ob. cit., p. 130.

⁵⁵ . Vid., el interessant treball de GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, en especial, p. 110 y ss, on formula una encertada crítica al Projecte de 2007, així com en les p. 133 i ss., on realitza propostes molt suggeridores en relació al tractament de l'habitualitat i de la reincidència.

Projecte no feia referència a la duració de la llibertat vigilada coma mesura de seguretat no privativa de llibertat, pel que si la seva duració era la mateixa que es preveia com a pena restrictiva dels drets, hagués estat notablement inferior a la resta de les mesures contemplades en l'art. 96.3⁵⁶

En qualsevol cas, al Projecte de Codi penal del 2007 es conferia la llibertat vigilada un triple caràcter:

- a. Pena privativa de drets. S'incorpora l'art. 39 d'un nou apartat "j" en el que s'inclou la llibertat vigilada com una pena privativa de drets amb una duració de sis mesos a un any (art. 33.n). Sanció que, com anticipàvem, no passa de ser una espècia de localització permanent atenuada que es limita a que el Jutge o el Tribunal coneguin en tot moment quin és el lloc en el que es troba el penat, amb l'afegit que aquesta comunicació pugui ser substituïda pel control a través de mitjans electrònics, pel que el caràcter aflictiu de la pena és testimonial.
- b. Substitutiu de la pena de presó que no excedeixi dels dos anys. En efecte, es preveia la modificació de l'article 88 del Codi penal i amb ell la possibilitat "*podran substituir*", de substituir la pena de presó inferior als dos anys per "*alguna*" de les penes següents, entre les que s'incorporava la llibertat vigilada en l'apartat d) de l'art. 88.1. En directa relació amb això, el caràcter simbòlic de la pena (restrictiva de drets) de llibertat vigilada i al seu nul caràcter aflictiu, fixem-nos que en lloc d'estipular-la com a un mecanisme de substitució de la pena, s'hagués previst com un mecanisme de suspensió condicional de la condemna, art. 83.1, potser hagués resultat més adequat ja que el seu atorgament està vinculat al compliment de certes normes d conducta d'orientació preventiu especial.
- c. Mesura a imposar a reincidents i habituals (art. 94). La primera consideració que he de realitzar a aquest respecte és que a la Part Especial del Codi penal la pena de llibertat vigilada no es contemplava per a cap dels delictes que allà es recullen, pel que únicament es podia imposar als reincidents i habituals. A més a més de la conclusió anterior, cal afegir que l'art. 94 es configura com un mecanisme per a obstaculitzar la suspensió de les penes privatives de llibertat per als reincidents i els habituals (art.94.1), així com la seva substitució per als habituals (art. 94.2). Per

⁵⁶ . SANZ MORÁN, A.J., "La reincidencia y la habitualidad", a *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea* (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2008, p. 73 nota nº 37.

altra banda, a l'art. 94.3.4, s'estableix que s'imposarà als reincidents i habituals algunes de les mesures que s'enumeren a continuació, entre les que es recull la llibertat vigilada (art. 94.3.4^a), encara que en aquest cas, amb una extensió de fins dos anys una vegada que s'hagués complert la condemna (fixem-nos amb la duració prevista a l'art. 33.n) era de sis mesos a un any). És significatiu, com va posar de manifest en el seu dia el CGPJ, que es tracta d'una mesura imposada en sentència que ha d'executar-se una vegada que s'hagi complert la condemna, la qual cosa atén a la perillositat delictiva del reu i a la seva potencial capacitat de reiteració i habitualitat delictiva, pel que, en realitat –afegeix el Consell–, es tracta d'una mesura de seguretat aplicable a subjectes plenament culpables amb una discutible adaptació al model espanyol. Com posa de manifest URRUELA MORA⁵⁷, es tracta d'una previsió que constituïa una modificació radical que precisava d'una profunda reflexió i d'un debat doctrinal més pausat, que llavors no es produí i que a la reforma introduïda mitjançant la LO 5/2010, del 22 de juny, no ha succeït. El problema, com tindrem ocasió de referir més endavant és que la reforma del 2007 (l'acumulació de pena i de llibertat vigilada per als habituals i reincidents) i l'actual del 2010 (delictes contra la llibertat sexual i terrorisme), no fan més que aplanar el camí per a acumular la pena i mesura de seguretat per als subjectes que es consideren imputables perillosos per a delictes que ara no es preveuen.

2.2. L'Avantprojecte de Codi penal del 2008

L'Avantprojecte del 2008 presenta una articulació diferent de la llibertat vigilada que, amb independència que puguem assumir-la o no compartir-la, sembla més madura que l'anterior i que, en qualsevol cas, no trenca amb l'estructura seguida fins llavors en el nostre Codi penal en relació a la concurrència de penes en atenció a la culpabilitat del subjecte i de les mesures de seguretat per als subjectes no imputables i semi imputables, com si feia el Projecte del 2007 per a aquells reus reincidents i habituals i com, de manera indiscutible, assumeix l'última reforma del 2010.

L'Exposició de Motius de l'Avantprojecte del 2008 al·ludeix a les raons que motiven la reforma del Codi penal. Es destaca la "constant preocupació del legislador per respondre a

⁵⁷ . URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Granada, 2009, p. 262-263.

les demandes de la societat” i afegeix la successió recent de determinats casos d'especial gravetat que ha provocat la reobertura del debat entorn a les respostes jurídiques per als delinqüents sexuals, en especial quan les víctimes són menors d'edat. Continua l'Exposició de Motius afirmant que existeixen situacions d'extrema gravetat, com és el cas de les generades pels delinqüents sexuals i terroristes, que revelen, alhora, una *“especial perillositat per part dels autors i una gran dificultat en el seu tractament”*, circumstàncies que unida a l'anterior fan necessària la *“creació d'una nova pena accessòria denominada llibertat vigilada”*, que ve conformada pel propòsit d'assolir la reinserció del subjecte en la societat.

En efecte, al meu judici, una de les causes –sinó la principal- que motiva l'Avantprojecte de Codi penal de 2008, és la necessitat del legislador de donar resposta a casos concrets que commocionaren a la opinió pública a través de l'opinió publicada en distints mitjans (que no coincideix sempre amb l'opinió pública), la qual cosa va ser determinant per a la creació d'una nova pena accessòria -la llibertat vigilada- per a plantar cara a la posada en llibertat de subjectes que ja havien complert amb la condemna imposada. Em refereixo al cas d'un conegut terrorista, així com al d'un delinqüent sexual que actuava a Barcelona. És més, com es recordarà, en el cas del terrorista, al gener de l'any 2005 se succeeixen en la premsa una sèrie d'informacions que “denuncien” que podria sortir en llibertat poc després d'haver complert una condemna de divuit anys quan havia estat condemnat a tres mil per vint-i-cinc assassinats, ja que s'havia a acollit als beneficis penitenciaris del Codi penal de 1973. Així, abans que fora posat en llibertat es va acordar la seva presó preventiva per a investigar si uns articles que havia publicat en un diari eren constitutius d'un delictes d'amenaques i d'enaltiment del terrorisme. Imputacions per les quals va complir tres anys més de presó fins que va ser posat en llibertat a l'any 2008. Doncs bé, amb independència de la reprovabilitat de la seva conducta, això va desencadenar una sèrie de debats que anaven des de la defensa de la constitucionalitat de la cadena perpètua i, per tant, de qui advocaven per la seva instauració, a els qui defensaven l' introducció de mesures correctores perquè els terroristes no poguessin acostar-se ni residir prop de les víctimes, sense reparar en l'existència de l'anterior art. 48 del Codi penal que ja preveia tal possibilitat des de l'entrada en vigor del Codi penal de 1995.

Respecte a la previsió de la llibertat vigilada en l'Avantprojecte de Codi penal de 2008, em crida l'atenció que en la seva Exposició de Motius es diu expressament que la fi principal

de la nova pena és “*el d'assolir la reinserció del subjecte a la societat*”, encara que, la majoria de les mesures que es preveuen són obligacions de caràcter assegurador; així, de les onze que es preveien a l'article (des de la d'estar sempre localitzable, art. 49 bis 2.a) a la prevista en l'apartat j), la de no realitzar determinades activitats que pugui aprofitar per a cometre fets punibles de similar naturalesa), només dues són realment de caràcter correctiu: la de participar en diferents programes formatius, laborals, culturals, etc. 49.2.j), i la de seguir tractament mèdic extern, 49.2.j), amb els problemes que es deriven de la seva obligatorietat i el dret del pacient a rebutjar el tractament mèdic coactiu per atemptar contra la dignitat humana que suposa.

Com anticipava, el referit art. 49 disposa que la llibertat vigilada tenia caràcter de “*pena accessòria*”, que consistia en la submissió a “*control judicial*” durant el temps assenyalat a la sentència d'alguna o algunes de les obligacions que referiré seguidament, alhora que s'atribuïa al Jutge de vigilància penitenciària el control a la seva fase d'execució. Afegint que el còmput de la pena s'iniciava a partir del compliment de la pena privativa de llibertat⁵⁸. Obligacions que, com senyala ALONSO RIMO, en bona part són coincidents amb les regles de conducta ja previstes per a la suspensió de l'execució de les penes privatives de llibertat, de substitució o de llibertat condicional⁵⁹. Es tractava, per tant, d'una pena que preceptivament s'havia d'imposar a la sentència pel jutge penal (art. 57 bis), consistint en el compliment d'una o de distintes de les obligacions previstes, que la seva execució estava sotmesa al control del Jutge de vigilància penitenciària i que el seu còmput s'iniciava una vegada s'ha liquidat la pena privativa de llibertat. Ara bé, a diferència del Projecte de Codi penal del 2007, la seva imposició no estava prevista amb caràcter general per als reincidents i habituals, sinó que tenia uns destinataris diferents: els condemnats per un o més delictes del Títol VIII (arts. 178-194), a més a més dels condemnats per un delicte de terrorisme de la secció segona del Capítol V del T XII a una

⁵⁸ . Art. 49.2: “La pena de llibertat vigilada portarà amb si totes o alguna de les següents obligacions: a) la d'estar sempre localitzable; b) la presentació periòdica en el lloc que s'estableixi; c) la de comunicar immediatament cada canvi del lloc de residència o del lloc o lloc de treball; d) la prohibició d'absentar-se sense l'autorització del jutge o tribunal del lloc on resideixi; e) la de no aproximar-se a la víctima o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el Jutge o Tribunal; f) la de no comunicar-se amb les persones previstes en la lletra anterior; g) la de no acudir a determinats llocs o establiments; h) la de no residir en determinats llocs; i) la de no exercir determinades activitats que pugui aprofitar per cometre fets punibles de similar naturalesa; j) la de participar en programes formatius, laborals, culturals, d'educació sexual o uns altres similars; k) la de seguir tractament mèdic extern.

⁵⁹ . ALONSO RIMO, A ., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido...”, ob. cit., pág. 130.

pena privativa de llibertat igual o superior a deu anys, o per dos o més delictes de terrorisme d'aquesta mateixa secció agreujant de reincidència en qualsevol d'ells (arts. 571-580). És a dir, la pena accessòria de llibertat vigilada seria d'aplicació als autors d'un o més delictes de qualsevol dels il·lícits situats sota la rúbrica dels delictes contra la llibertat i indemnitat sexual, fins i tot quan es tractés de delinqüents primaris i els delictes no haguessin estat de gravetat, a més a més dels autors de qualsevol dels delictes de terrorisme.

Com es pot observar, i remarcava a l' inici, la pena accessòria de llibertat vigilada estava relacionada amb la posta en llibertat dels autors de determinats fets que, coincidint temporalment amb l'elaboració de l'Avantprojecte, van ser d'especial gravetat. Tal com la pròpia Exposició de Motius de l'Avantprojecte admetia: *“la constant preocupació del legislador per respondre a les demandes de la societat”*, va ser el detonant perquè s'adoptessin decisions de política criminal que estaven directament mediatitzades per la comissió de fets reprovables; cert, però això també suposa la utilització del Dret penal amb finalitats clarament populistes que, en aquest cas, presentaven notables incongruències. Per exemple, sense anar més lluny, en els delictes d'exhibicionisme i provocació sexual, arts. 185 i 186 que tenien (i tenen) aparellada una pena de presó de sis mesos a un any o alternativament multa de dotze a vint-i-quatre mesos, o els del tipus bàsic d'assetjament sexual, art. 184.1 amb una pena de presó de tres a cinc mesos o alternativament pena de multa de sis a deu mesos, la qual cosa, al meu entendre, suscita seriosos dubtes en relació amb el principi de proporcionalitat atès que la duració de la pena accessòria de llibertat vigilada tenia prevista una duració d' entre un i deu anys si el delicte fora menys greu, i d' entre deu i vint anys si el delicte fos greu. Així, la llibertat vigilada tindria, en tot cas, una duració sensiblement major a la pena principal dels delictes acabats de referir quan, a més a més, en bona part d'aquests casos les penes podrien ser substituïdes o, fins i tot, suspeses en la seva execució, pel que la llibertat vigilada podria ser més greu que la pena principal. Afegint-li a l'anterior que en el cas dels delictes greus la pena privativa de llibertat, com és sabut, pot tenir una duració de fins a quaranta anys -arts. 76 c) i d)- , i que a això se li hauria d'afegir a més a més una pena accessòria de llibertat vigilada en la qual s'imposen determinades obligacions que podrien arribar a fins als vint anys, la qual cosa és, com a mínim des del meu punt de vista, mostra d'una opció de política criminal clarament segregadora.

D'altra banda, no podem oblidar-nos que la imposició de la pena accessòria de la llibertat vigilada en Sentència condemnatòria suposa l'emissió d'un judici de perillositat, és a dir, que l'estat de perillositat subsistirà després del compliment de la pena de presó. Ara bé, és cert que per a atenuar o desvirtuar aquesta presumpció de perillositat de futur, s'establia a l'art. 49 bis 4) que durant la fase d'execució el Jutge de Vigilància, sentit el Ministeri Fiscal, pot concretar o modificar les obligacions imposades al condemnat en funció de la seva evolució, per al qual pot requerir periòdicament (encara que no s'especificava cada quant temps) els informes que considerés necessaris a les Administracions Públiques, a més a més de poder reduir la duració de la llibertat vigilada o deixar-la sense efecte en atenció al pronòstic positiu de reinserció. No obstant això, atenent al text de l'article de l'Avantprojecte (art. 49 bis 4) tal facultat es preveia durant la fase d'execució de la llibertat vigilada, pel que una vegada liquidada la pena privativa de llibertat necessàriament s'iniciava l'execució de la pena accessòria. No obstant això, el 49 bis 5) estipulava que el Jutge de Vigilància podria (amb caràcter potestatiu i no preceptiu com hagués estat l'ideal i així el senyala l'Informe del CGPJ) reduir-la o deixar-la sense efecte en qualsevol moment, pel que hauria d'entendre's que es podria deixar-la sense efecte en el moment de l'inici de l'execució quan les obligacions imposades eren innecessàries⁶⁰.

Probablement es tractava d'un Projecte més meditat que l'anterior, amb deficiències tècniques indiscutibles i amb l'establiment d'unes obligacions amb una duració que podia ser desorbitada i que, al meu judici, tenia com a conseqüència la segregació pràcticament definitiva del condemnat. En tot cas, amb això s'estableixen les bases d'una tendència que es consolida en la reforma de 2010 i que té com corol·lari el finançament en el nostre ordenament punitiu del Dret penal de la perillositat.

2.3 El Dret penal de la perillositat en la reforma de 2010.

Amb caràcter previ he d'insistir que el que segueix a continuació és tant sols una breu referència a la reforma introduïda mitjançant la LO 5/2010, del 22 de juny, en l'àmbit de les

⁶⁰ . Vid., la interessant proposta de *lege ferenda* feta por GARCÍA ALBERO, R., "Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo", a *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea*, ob. cit., p. 135-140.

mesures de seguretat amb la introducció de la llibertat vigilada, ja que l'abast detingut de la mateixa es realitzarà al Capítol V.

En efecte, la reforma de 2010 torna a contemplar la llibertat vigilada, encara que, ja no com pena accessòria (Avantprojecte 2008), ni amb el triple caràcter que li atribuïa el Projecte del 2007 (pena restrictiva de drets, com a mecanisme substitutiu de la pena de presó o com mesura de tractament per a reincidents i habituals), sinó, que en el nou text s'articula com a mesura de seguretat no privativa de llibertat de caràcter preceptiu dirigida, també, a subjectes plenament responsables que s'executarà una vegada complerta la pena de presó i amb una duració que pot arribar a fins als deu anys per als condemnats per delictes contra la llibertat i indemnitat sexual (art. 192.1) i terrorisme (art. 579.3).

L'Exposició de Motius del Projecte de Llei Orgànica pel qual es modificava el Codi penal li va dispensar a la nova mesura de seguretat no privativa de llibertat un tractament d'acord amb la magnitud de la nova figura. Així, el legislador afirma que l'opció inocuitzadora *“que es traduiria en la prolongació il·limitada i/o indiscriminada de la privació de llibertat xoca obertament amb principis elementals del Dret penal que la Constitució empara, com l'exigència de proporcionalitat i la pròpia orientació rehabilitadora de la pena...”* sense perjudici, afegeix, de la seva finalitat retributiva. A continuació, segueix la mateixa Exposició de Motius, afirmant que algunes penes són molt elevades, *“fins al punt que en alguns supòsits el seu compliment íntegre...comporta resultats pràctics no molt distants de la cadena perpètua...”* per a, més endavant, fer referència que la perillositat subsistent del subjecte troba la seva resposta idònia en la *“mesura de seguretat”*, i, seguidament referir que s'introdueix una nova mesura: la llibertat vigilada, com una previsió idònia i aplicable al delinqüent no rehabilitat que el sistema penitenciari retorna a la societat. No obstant això, el Preàmbul del text definitiu de la L.O. 5/2010, del 22 de juny, és menys taxatiu que el del Projecte i es buida de contingut en un aspecte essencial com és l'afirmació relativa que *“...les penes que el Codi penal preveu per a conductes com les quals s'han esmentat són molt elevades, fins al punt que en alguns supòsits el seu compliment íntegre...comporta resultats pràctics no molt distants de la cadena perpètua”*; és més, també, desapareix del text del Preàmbul l'afirmació anterior relativa a les exigències de proporcionalitat i la pròpia orientació rehabilitadora de la pena. Preàmbul que, des del principi⁶¹, va ser objecte de

⁶¹ . ACALE SÁNCHEZ, M. “Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468 CP”, a *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal* (ALVAREZ GARCÍA, FJ, GONZÁLEZ CUSSAC,

crítiques al posar-se en evidència la contradicció que suposaven les afirmacions relatives a l'exigència de proporcionalitat, que les penes d'alguns delictes eren molt elevades i amb un resultat pràctic no molt distant de la cadena perpètua per a, seguidament, afirmar que una vegada esgotada la dimensió retributiva de la pena, la *“perillositat subsistent del subjecte troba la seva resposta idònia en la mesura de seguretat”*, institució que té com a objecte el tractament de les persones perilloses. Al que cap afegir, que la llibertat vigilada pot tenir una duració de fins a deu anys i que s'executa una vegada ja s'ha complert la pena pel delicte comès; per tant, no és difícilment imaginable l' inici d'execució d'una mesura de llibertat vigilada quaranta anys després de l'entrada en presó del reu, és a dir, després que hagi complert una pena, que com deia l'Exposició de Motius del Projecte: *“els resultats pràctics no són molt distants de la cadena perpètua”*, amb la qual cosa a aquests anys de privació de llibertat se li han d'addicionar els anys que corresponguin de la llibertat vigilada; anys imposats, amb el fal·laç propòsit –com afirma l'Exposició de Motius- de no oblidar *“l'esforç rehabilitador que ha de seguir inspirant el tractament penitenciari”*.

Amb independència de l'anterior, les característiques més significatives de la nova mesura –que, insisteixo, desenvoluparé al llarg del Capítol V- poden concretar-se en les següents:

- a. La llibertat vigilada consisteix en la submissió del condemnat a control judicial d'alguna o algunes de les mesures que es disposen en l'art. 106 (diferents prohibicions i obligacions a les quals es pot sotmetre al reu, així com determinades mesures de *“protecció”* per a les seves víctimes). Mesures que en primera instància s'imposen pel jutge o Tribunal sentenciador i que la seva execució està sotmesa al control del Jutge de vigilància penitenciària que és qui, prèviament a la extinció de la pena privativa de llibertat, elevarà a l'ordre sentenciador una proposta sobre el compliment de determinades obligacions o prohibicions que, posteriorment, seran concretades pel jutge o Tribunal sentenciador.
- b. Imposició amb caràcter facultatiu. Tal com disposa l'art. 105, per als supòsits previstos en els arts. 101 a 104 –és a dir, per als no imputables i semi imputables-, el Jutge o Tribunal *“podrà”* imposar per un temps no superior a cinc anys alguna o

JL, Directores). Valencia, 2010, p. 154 y ss; del mateix, “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ob. cit., págs. 148-149; REBOLLO VARGAS, R., “Libertad vigilada: arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP”, a *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, ob. cit., p. 147 y ss.

vàries de les mesures que s'enumeren a continuació entre les quals es preveu la llibertat vigilada.

- c. Imposició amb caràcter preceptiu per un temps de fins a deu anys quan el Codi ho disposi expressament, és a dir, per als delictes contra la llibertat i indemnitat sexual (art. 192.1) i terrorisme (art. 579.3). Supòsits en els quals com disposa l'art. 106.2, el Jutge o Tribunal "*haurà de*" imposar en sentència *per al seu compliment posterior a la pena privativa de llibertat imposada...*", el que es fonamenta amb l'emissió d'un pronòstic de perillositat del condemnat en el moment de dictar la sentència, és a dir, en la probabilitat que el condemnat una vegada que ja hagi complert la sentència torni a cometre nous delictes. Ara bé, el propi art. 106.2 preveu un criteri corrector per a evitar el que, en realitat, seria la imposició d'una mesura de seguretat pre delictiva, com és que el Jutge de Vigilància Penitenciària, com a mínim dos mesos abans de l'extinció de la pena, proposi al Jutge o Tribunal sentenciador l'abast i el contingut de la mesura de llibertat vigilada inicialment imposada podent, en aquest cas, el Jutge o Tribunal sentenciador modificar-la, reduir-la o deixar-la sense efecte (art. 106.3).
- d. Directament relacionat amb l'anterior, la nova mesura de seguretat de llibertat vigilada s'imposarà també als subjectes imputables, és a dir, els seus destinataris no són ja els no imputables i semi imputables sinó, també, els subjectes plenament responsables que han comès determinats delictes i sobre els quals el Jutge o Tribunal emeten en el moment de dictar sentència un pronòstic de perillositat futura; o dit d'una altra manera, es preveu l'aplicació d'una mesura de seguretat a un subjecte plenament responsable atès que en el futur, tenint en compte el delictes prèviament comès i pel qual va a complir la condemna imposada, es pronostica que pot tornar a delinquir.
- e. Es torna a l'acumulació de pena i de mesura de seguretat per al seu compliment de forma successiva. En efecte, el sistema resultant de la reforma es configura com la imposició d'una pena de presó i d'una mesura de seguretat no privativa de llibertat amb compliment successiu a l'esgotament de la pena que, a diferència del previst en l'actual art. 99 en el qual es preveu la concurrència de penes i de mesures de seguretat privatives de llibertat, no permet el compliment anticipat de la mesura ni, per descomptat, que es realitzi cap abonament a la pena per la mesura de seguretat (llibertat vigilada) ja complerta.

Al finalitzar l'epígraf anterior, ja m'he referit a l'important modificació que experimenta el règim de les mesures de seguretat en l'ordenament jurídic del nostre país encara que, el que em preocupa tant com l'anterior és que l'actual regulació de la llibertat vigilada com a mesura de seguretat es converteixi en la porta d'accés a altres reformes de major transcendència, el que és factible al preveure ja la imposició de mesures de seguretat a subjectes plenament responsables.

IV. DE LES MESURES DE SEGURETAT EN GENERAL.

1. Qüestions prèvies.

L'actual regulació del sistema de mesures de seguretat les dota de les mateixes garanties que a les penes, és a dir, de les mateixes garanties que al "Dret penal de la pena⁶²". En efecte, el Títol Preliminar del Codi penal reconeix en l'art. 1.2, la garantia criminal, a l'art. 2.1 s'estableix el principi d'irretroactivitat en l'àmbit de les mesures de seguretat, en l'art. 3.1 es disposa el principi de garantia jurisdiccional i amb ell la impossibilitat que pugui executar-se pena o mesura de seguretat sinó és en virtut de sentència ferma dictada per jutge competent, mentre que en el paràgraf següent d'aquest mateix precepte es preveu el principi de garantia de l'execució. Principis que, en algun cas, susciten una certa controvèrsia a la doctrina com és el cas de la retroactivitat o irretroactivitat de la mesura de seguretat o, d'altra banda, a la garantia d'execució es presenta la dificultat addicional que el Codi preveu que les mesures de seguretat s'executaran sota el control dels "Jutges i Tribunals competents", quan en el nostre país no existeix un autèntic jutge d'execució de les mesures. Qüestions que no podem abordar en la seva totalitat en aquest moment, encara que sí les relatives a la garantia jurisdiccional, mentre que aquest mateix principi torna a referir-se en el primer paràgraf de l'art. 95.1 del Codi penal⁶³.

⁶² . GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág. 127.

⁶³ . JORGE BARREIRO, A., "Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, ob. cit., p. 154-155, nota a peu de plana nº 57. Igualment, vid., GARCÍA ARÁN, M. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., pág. 129.

2. La garantia jurisdiccional: aplicació de les mesures de seguretat pel jutge o tribunal.

La previsió de garantia jurisdiccional del primer paràgraf d'aquest article 95 té importants conseqüències. En primer lloc, que la competència per a imposar alguna de les mesures de seguretat previstes en l'art. 96, ja siguin privatives o no privatives de llibertat, correspon en exclusiva a Jutges i Tribunals, raó per la qual aquests són els únics competents per a adoptar-les. En segon lloc, és el Jutge o Tribunal, en atenció als dictàmens pericials sol·licitats per ell mateix o per una de parts durant el procediment, qui decidirà sobre la concurrència d'alguna de les circumstàncies d'inimputabilitat o de semi imputabilitat conforme al previst als arts. 20.1, 20.2, 20.3 o 21.1. Finalment, la imposició de la mesura de seguretat només podrà acordar-se en virtut d'una sentència ferma i no durant la fase d'instrucció o com a conseqüència del sobreseïment de la causa, sense perjudici que durant la instrucció s'acordi l'adopció d'alguna de les mesures cautelars previstes en la LECr.

En aquesta línia de consideracions no sembla descartada la possibilitat d'adoptar mesures cautelars d'assegurament de caràcter temporal com pot ser la presó preventiva. No obstant això, també és cert que les previsions dels arts. 503 i 504 de la LECr, quant als pressupostos de la citada presó preventiva, estan disposades per als subjectes plenament responsables, tot i així no crec que sigui un impediment contemplar la hipòtesi de la presó preventiva quan el destinatari de la mateixa sigui un semi imputable dels previstos als arts. 21.1 i 21.2. Per altra part, no considero raonable acordar la presó provisional en un establiment preventiu per a un incapacitat que ha actuat sota alguna de les circumstàncies previstes en els apartats 1, 2 i 3 de l'art. 20; en aquest cas, l'adequat seria l' internament preventiu en un establiment o en una unitat psiquiàtrica penitenciària, però no en un centre comú, és més, si persistissin tals circumstàncies i davant la inimputabilitat del subjecte seria preceptiu que a instàncies del Jutge o Tribunal instructor o del propi Ministeri Fiscal, que s'iniciés el procediment d'incapacitació. Òbviament, a més a més, hi ha també una altra mesura cautelar diferent com és la prevista en l'art. 381 de la LECr, on es preveu que per al cas que s'adverteixin "indicis d'alienació mental", que el subjecte sigui sotmès immediatament a l'observació del Mèdic Forense en l'establiment que "estigués pres, o en

altre públic si fos més a propòsit o estigués en llibertat”⁶⁴. No obstant això, es tracta d'una mesura cautelar temporal prevista amb la finalitat d'acreditar l'existència de malaltia mental, pel que si una vegada sotmès a observació s'estima que el quadre d'incapacitat que presenta el subjecte és rellevant s'haurà de comunicar al Jutge civil perquè valori l'oportunitat de la incapacitació⁶⁵.

En tot cas, la imposició d'una mesura de seguretat ha d'estar precedida per una sentència condemnatòria on es determini l'autoria o el grau de participació de l'acusat en els fets objecte del procediment i, per descomptat, que el subjecte sigui un no imputable per haver actuat sota alguna de les circumstàncies previstes en els tres primers apartats de l'art. 20 (circumstàncies que han de persistir en el moment d'adoptar la imposició de la mesura); o, si escau, també un semi imputable.

Ara bé, fixem-nos que en tot moment he insistit que és preceptiva l'existència d'una sentència condemnatòria ferma en la que s'acrediti la participació de l'imputat en els fets i, per descomptat, la concurrència d'alguna de les circumstàncies previstes en els tres primers apartats de l'art. 20 o del 21.1, així com el que aquestes han de persistir quan s'acordi l'adopció d'alguna de les mesures de seguretat previstes en l'art. 96. No obstant això, pensi's en una situació on la sentència no és encara ferma perquè s'ha recorregut o perquè no ha transcorregut el termini per a tramitar el recurs, pel que tècnicament no és possible acordar l'execució de la mesura de seguretat de manera que el subjecte, en la seva condició de no imputable, està tècnicament absolut donada la concurrència d'alguna de les circumstàncies que exigeixen la responsabilitat. En aquest cas cap preguntar-se, ¿quina és la situació processal de l'imputat?. Es tracta d'una situació processalment complexa en la qual s'ha d'advocar per la posada en llibertat del subjecte fins que la resolució judicial no sigui ferma. No obstant això, MAZA MARTÍN afirma que *de facto* no és inhabitual el manteniment de la situació de privació de llibertat acompanyada dels dubtes sobre quin seria l'establiment penitenciari adequat en el qual li correspondria continuar al subjecte amb aquesta situació d'internament, en particular quan el “internament civil” és inviable al no haver finalitzat la tramitació de l'expedient d'incapacitat, raó per la qual acaba

⁶⁴ . LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*, Pamplona, 2008, p. 70-71.

⁶⁵ . SÁNCHEZ YLLERA, I., a *Comentarios al Código penal de 1995* (VIVES ANTÓN, T.S., Coordinador), ob. cit, p. 534.

proposant la introducció d'una mesura de caràcter cautelar addicional en la LECr per a aquests supòsits⁶⁶.

Finalment, en aquest primer paràgraf de l'art. 95 s'estableix la sol·licitud pel Jutge dels informes que cregui convenients amb la finalitat de conèixer el grau de malaltia mental del pretès incapaç. Dictàmens que haurien de pronunciar-se sobre tots els aspectes que resultin rellevants per a acordar l'adopció de la mesura de seguretat, els quals van des de determinar si en el moment de la comissió del fet delictiu el subjecte patia alguna de les anomalies previstes en els apartats 1º, 2º, 3º de l'art. 20 o 21.1, la seva persistència, la probabilitat de la comissió de nous delictes i la mesura terapèutica més adequada; pericials que haurien de practicar-les durant la instrucció del procés i que, òbviament, seran de nou objecte de debat durant l'acte del judici oral, atès que són essencials perquè el Jutge o Tribunal adoptin una resolució ja no només sobre la participació del subjecte en els fets, sinó sobre el seu inimputabilitat o semi imputabilitat⁶⁷.

3. La prèvia comissió d'un delicte i les mesures de seguretat post delictives.-

3.1 . L'abast del terme "delicte".

Els arts. 6.1 i 95.1.1 disposen com condició ineludible per a l'aplicació d'una mesura de seguretat que el subjecte hagi comès un fet previst com delicte. Requisit del que s'infereix una conseqüència que sembla indiscutible mentre que, alhora, es desprèn una certa polèmica interpretativa; d'una banda, està fora de discussió que un dels pressupostos per a la imposició de la mesura de seguretat és la prèvia comissió d'un il·lícit, per la qual cosa queda descartada la imposició d'una mesura de caràcter pre delictiva. Certament es tracta de fets antijurídics, encara que el dubte resideix a determinar si el concepte de "delicte" ha de limitar-se als il·lícits greus i menys greus o si, per contra, cal també entendre el concepte de delicte com una infracció penal en sentit ampli i, per tant, aquest inclou també

⁶⁶ . MAZA MARTÍN, J.M. "La necesaria reforma del Código penal en materia de medidas de seguridad", en *las penas y medidas de seguridad*, CDJ, nº XIV, Madrid, 2006, p. 44-45.

⁶⁷ . SÁNCHEZ YLLERA, I, *Ibidem*. Igualment, LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*. ob. cit., p. 72.

a les faltes pel que la comissió d'una falta podria donar lloc també a la imposició d'una mesura de seguretat.

Referit a això, un sector de la doctrina entén que el terme ha d'entendre's en sentit estricte i, per tant, referit únicament a infraccions greus i menys greus. Addueixen per a això que l'art. 95.2 estableix que no poden imposar-se mesures privatives de llibertat si el delictes comès no està castigat amb una pena d'aquesta classe, això és, les mesures han d'ésser de la mateixa naturalesa o altra menys aflictiva que la pena prevista; afegint a l'anterior, que les mesures regulades en els arts. 96, 105, 107 i 108 són més greus que les penes que correspondrien a les faltes pel que conclouen que l'esperit de la llei apunta que l'aplicació de la mesura només és possible quan el fet sigui constitutiu d'una infracció greu o menys greu però no d'una falta, i tot això a pesar que el Tribunal Suprem, en Sentència de 31 de març de 1993, s'havia manifestat expressament en aquest sentit a l'apreciar que no existia obstacle legal algun per a acordar l'adopció d'una mesura de seguretat per un fet constitutiu de falta⁶⁸. No obstant això, entenc que la primera interpretació adopta un punt de partida que no es compadeix amb l'entitat de les mesures previstes en l'art. 96.3 del Codi penal. Així, puc entendre i compartir l'adopció d'una referència restrictiva, en realitat, garantista de les mesures de seguretat, però únicament quan es refereix a l'adopció de mesures d'internament; en altres paraules, la comissió de faltes impedirà l'aplicació de mesures de seguretat privatives de llibertat, però no es descarta que se n'acordin altres. En aquest sentit, no es pot oblidar que les mesures previstes en l'art. 96.3 són no privatives de llibertat; sense anar més lluny, com assenyala GARCÍA ALBERO⁶⁹, a la pena prevista en els arts. 621.1 i 4 del Codi penal referides a la privació del permís de dret a conduir vehicles a motor i ciclomotors com a conseqüència de causar lesions per imprudència greu de l'apartat segon de l'art. 147 per algú que condueix sota les circumstàncies previstes en l'art. 20.1 del Codi penal. En aquest cas, em sembla inevitable concloure que exclou la possibilitat d'imposar mesures de seguretat en aquest supòsit, perquè la infracció comesa és una falta, desnaturalitza els fonaments de les mesures de seguretat.

⁶⁸ . SÁNCHEZ YLLERA, a *Comentarios al Código penal de 1995*, ob. cit., p. 536-535. Igualment, vid., MAZA MARTÍN, J.M. "La necesaria reforma del Código penal en materia de medidas de seguridad", a *las penas y medidas de seguridad*, ob. cit., págs. 24-25.

⁶⁹ . GARCÍA ALBERO, R., a *Comentarios al Nuevo Código penal*. Pamplona, 1996, pág. 514. En el mateix sentit vid., GRACIA MARTÍN, L. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed, Valencia, 2000, págs. 316-317.

En directa relació amb l'anterior hi ha altres dues qüestions que em semblen especialment interessants. La primera d'elles és la del subjecte en situació d'inimputabilitat que actua sota els pressupostos d'un error de tipus invencible, precisament, a conseqüència de trobar-se en algun dels estats previstos en els apartats 1, 2 o 3 de l'art. 20. Supòsit en el qual sembla lògic entendre la imposició de la mesura de seguretat quan l'error sota els pressupostos del qual actua el no imputable és conseqüència de la pertorbació que pateix l'autor; en sentit contrari, únicament cal apreciar la rellevància de l'error sota els pressupostos del qual actua l'autor del comportament típic quan aquest hagués estat també inevitable per a un home mig que hagués actuat de la mateixa forma si s'hagués trobat en idèntiques circumstàncies que les de l'autor⁷⁰. D'altra banda, resulta igualment interessant la polèmica que apareix al voltant de l'existència d'una causa de justificació sota els pressupostos de la qual actuï el no imputable i, si escau, la pertinència d'imposar-li una mesura de seguretat per la comissió de tals fets. Com tots sabem, la pròpia naturalesa de les causes de justificació impliquen que no existeix un desvalor objectiu per aquest comportament i, per tant, qui ho ha realitzat no pot ser objecte de sanció ni, per descomptat, de la imposició d'una mesura de seguretat ja que el fet realitzat no és antijurídic al resultar autoritzat per l'ordenament jurídic i, en aquest cas, no esdevé il·lícit pel que, lògicament, això no ha de generar cap conseqüència per al no imputable⁷¹.

Finalment, cal afegir a l'anterior que el terme "delicte" no ha d'entendre's com consumat en sentit estricte tal com es descriu a la Part Especial, sinó que també comprèn les formes de participació delictiva distintes a l'autoria, així com les formes imperfectes d'execució i els actes preparatoris punibles⁷².

3.2. Les mesures de seguretat post delictives i el principi de legalitat.

És sabut que un dels pressupostos de les mesures de seguretat és la prèvia comissió d'un delicte; requisit que s'estableix tant en l'art. 6.1, com en l'apartat 1r de l'art. 95.1, que no és

⁷⁰ GARCÍA ALBERO, a *Comentarios al Nuevo Código penal*, Ob. cit., pág. 512. Així mateix, GARCÍA ARÁN, M. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho pena*, ob. cit., pág. 137

⁷¹ . GARCÍA ARÁN, M. ibídem. En el mateix sentit, GRACIA MARTÍN, a les seves *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 317, assenyala que el pressupost d'aplicació de les mesures de seguretat és que el fet sigui típic i antijurídic sense necessitat, òbviament, que el seu autor sigui també culpable, per la qual cosa si el comportament no és antijurídic, és a dir concorre una causa de justificació- no cap la imposició de la mesura de seguretat.

⁷² . GRACIA MARTÍN, L., ibídem.

altra cosa que una manifestació del principi de legalitat i, com ja he dit en diferents ocasions, el rebuig exprés de les mesures de seguretat pre delictives.

Com es recordarà, les mesures de seguretat de caràcter pre delictiu es recollien tant en la LVM com en la LPRS, sobre les quals, a pesar que no s'haguessin derogat de forma expressa, el Tribunal Constitucional s'havia pronunciat en diverses ocasions posant en dubte la seva constitucionalitat atès que –afirmava- a l'aplicar-se prèviament a la comissió delictiva eren contràries al principi de legalitat, afegint que “no cal cap altra condemna –i la mesura de seguretat ho és- que recaigui sobre qui hagi estat declarat culpable de la comissió d'un il·lícit penal⁷³”. Una mostra són les Sentències del TC 23/1986, del 14 de febrer, i 21/1987, del 19 de febrer. Com va assenyalar en el seu moment ROMEO CASABONA, la perillositat pre delictiva és aquella “que no requereix per a ser declarada la comissió prèvia d'un delictes”, mentre que la perillositat post delictiva “precisa que el perillós hagi comès amb anterioritat una infracció criminal, fos quina fos la gravetat d'aquesta, sent suficient que constitueixi un fet típic i antijurídic ja que, com hem vist, no fa falta que sigui declarat culpable”. És més, l'exigència de la prèvia comissió d'un delictes és una garantia per a la seguretat jurídica atès que contribueix a la disminució de factors d'incertesa en el pronòstic de perillositat, ja que el subjecte no es veurà sotmès a un procés si no ha comès prèviament un delictes⁷⁴.

En efecte, la comissió prèvia d'un delictes és el que faculta a la imposició de la mesura de seguretat, però no en cada cas, sinó quan es rebel·li la probabilitat de la comissió de nous il·lícits. És a dir, la probabilitat d'una nova comissió delictiva, aquesta potencial perillositat del subjecte suposa l'emissió d'un judici de pronòstic en relació a la possibilitat de delinquir en el futur. Es tracta d'un incert judici de pronòstic en el que no sempre es disposa dels elements objectius que permeten emetre una predicció certa, sinó que es tracta d'una pronosticació incerta; en altres paraules, si és un judici imprecís que emmalalteix de la seguretat jurídica exigida per l'ordenament constitucional, amb més raó aquesta incertesa es fa extensiva a qui encara no havia delinquit i sobre qui, alhora, gravitava l'amenaça de la imposició d'una mesura de seguretat atenent a una probabilitat sobre una conducta

⁷³ . VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución y medidas de seguridad”, a Poder Judicial, nº 3, 1986, pág. 94. Asimismo, MORALES PRATS, F-GARCÍA ALBERO, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad”, a *La ley*, ob. cit., págs. 1142 y ss.

⁷⁴ . ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, p. 44. Igualment, TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 129 y ss.

peril·losa de futur d'un subjecte que, insisteixo, no havia comès cap il·lícit. Per tant, posada en dubte la legitimitat d'adoptar aquestes mesures de seguretat de caràcter pre delictives a l'exigir el Codi penal vigent la prèvia comissió d'un delicte, no es pot concloure més que la seva definitiva exclusió contribueix a enfortir la vigència del principi de legalitat en l'àmbit de les mesures de seguretat⁷⁵.

No obstant això, aquest règim general que acabem de referir s'exceptiona com a conseqüència de la recent L.O. 5/2010, del 22 de juny, ja que la introducció de la llibertat vigilada com mesura de seguretat i la seva articulació en el text altera la previsió de l'art. 95.2, ja que, ara, el fonament de la imposició de la mesura de seguretat resideix en la probabilitat de la comissió de nous delictes; no obstant això, en alguns dels supòsits contemplats en els arts. 192 i 579.3 es preveu la seva imposició en tot cas. En efecte, l'art. 192 disposa amb caràcter preceptiu que s'imposarà la mesura de llibertat vigilada quan el delicte comès contra la llibertat i la indemnitat sexual fos greu ("s'imposarà a més"), mentre que en el cas d'un delicte menys greu, quan es tracti d'un delinqüent primari, és facultat del Tribunal imposar la mesura en atenció a la menor peril·lositat de l'autor ("podrà imposar"). Per la seva banda, l'art. 579.3 es disposa en uns termes semblants als que acabo d'esmentar. Així, el Tribunal, amb caràcter preceptiu, haurà d'imposar la mesura de llibertat vigilada quan el subjecte hagi comès un delicte dels previstos en aquest Capítol ("De les organitzacions i grups terroristes i dels delictes de terrorisme"), mentre que quan es tracti d'un sol delicte que no sigui greu, serà facultat del Tribunal decidir o no la seva imposició.

Després, a diferència del previst en el règim general, en el qual la imposició de la mesura de seguretat està condicionada a la "probabilitat de la comissió de nous delictes", en el cas dels delictes greus contra la llibertat i la indemnitat sexual, així com els de terrorisme, tal peril·lositat es presumeix. És a dir, s'estableix pel tribunal, en el moment de dictar Sentència, una presumpció característica d'un Dret penal d'autor, en definitiva, una presumpció *iuris et de iure* pel que fa a la peril·lositat futura del subjecte, la qual cosa, com acabo d'esmentar, suposa una fallida del règim general de les mesures de seguretat en

⁷⁵ . JORGE BARREIRO, A., a *Comentarios al Código penal* (RODRIGUEZ MOURULLO, Director). Madrid, 1997, p. 299.

Dret penal espanyol i, amb això, la seva aplicació als subjectes imputables que es consideren perillosos en atenció al delictes comès.

4. Perillositat i probabilitat de comissió de nous delictes.

4.1. Els orígens del concepte i la seva configuració en el Codi penal vigent.

Les primeres referències a la perillositat amb un significat conceptual similar al que utilitzem en aquest moment cal situar-les en l'últim terç del S. XIX a l'escola positivista italiana, encara que no és infreqüent trobar altres referències amb orígens molt anteriors. Com hem vist, una de les majors inquietuds de l'escola positivista italiana era la prevenció del delictes a través d'una conseqüència jurídica distinta a la pena, atès que aquesta s'havia mostrat ineficaç per a combatre l'increment de la comissió de delictes així com la reiteració delictiva, per això substitueixen el paràmetre de la culpabilitat per a determinar la quantia i la classe de pena, pel de perillositat i per la mesura de seguretat. Referent a això, s'atribueix a GAROFALO el desenvolupament del concepte al dotar de contingut jurídic a la *temibilità*, terme que els psiquiatres utilitzaven per a incloure als subjectes que consideraven anormals o que estaven pròxims a arribar a aquesta situació d'anormalitat⁷⁶. En tot cas, en ella es distingeix, d'una banda, la "capacitat criminal", entesa com la perversitat constant i activa d'un delinqüent i "la quantitat de mal que en conseqüència es pot témer del mateix", és a dir, la probabilitat que un subjecte torni a delinquir, el que, -en aquests moments- podríem denominar perillositat i, d'altra banda, l'"adaptabilitat social del delinqüent", que consisteix en la capacitat d'adaptar-se a l'entorn social en el qual es desemboica⁷⁷. Després, és evident que el nucli essencial d'aquest estat perillós és la capacitat criminal (la perillositat), atès que l'adaptabilitat social és un factor que contribueix a la readaptació social del delinqüent. Com es pot deduir sense majors dificultats, les crítiques a la denominada capacitat criminal i a aquest judici de pronòstic entorn de la probabilitat que un subjecte pugui tornar a delinquir són d'importants; malgrat tot, es tracta d'un criteri que roman en els textos on es positivitzen les mesures de seguretat com un dels seus elements essencials, fins al punt que encara i amb la important reformulació de

⁷⁶ . GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., ps. 338-339.

⁷⁷ . SÁNCHEZ ILLERA, I., en *Comentarios al Código penal*, T. I, ob. cit., p. 540.

les mesures de seguretat en el Codi penal vigent, la perillositat criminal es continua configurant com un dels elements que fonamenten la seva imposició.

En efecte, en l'art. 6.1 del Codi penal la perillositat criminal s'institueix com el suport de qualsevol mesura de seguretat: "Les mesures de seguretat es fonamenten en la perillositat criminal del subjecte al que s'imposin...", circumstància que es torna a posar de manifest en l'art. 95.2, on expressament es posa l'accent en un "...pronòstic de comportament futur que reveli la probabilitat de comissió de nous delictes", la qual cosa –tal com preveu el text- s'infereix del fet i de les circumstàncies personals del subjecte. En aquest sentit, no és massa aventurat portar a col·lació els riscos que es desprenen de l'emissió d'un judici de pronòstic sobre la probabilitat que té un subjecte –no imputable o semi imputable- de cometre nous delictes; o, dit d'altra manera, s'imposa una mesura de seguretat en atenció a un judici de probabilitat respecte a que algú torni a delinquir, a pesar que no existeix la certesa que vagi a perpetrar un nou delicte. Ara bé, la conclusió és radicalment distinta si partim de la hipòtesi que la mesura de seguretat s'imposa en atenció a l'il·lícit realitzat no al que es pot cometre en el futur. Es tracta d'una qüestió polèmica ja que un sector de la doctrina addueix que la perillositat no pot radicar en el fet previ mateix, sinó que es fonamenta en la perillositat imminent que el seu autor torni a cometre un delicte⁷⁸. He de convenir que a pesar que es tracta d'un argument suggerent no puc compartir-lo per dues raons. La primera és que el propi art. 6.2 del Codi penal disposa que la mesura de seguretat es fonamenta en la perillositat criminal "*exterioritzada en la comissió d'un fet previst com delicte*", és a dir, aquesta perillositat resideix que el subjecte ja ha delinquit i en atenció a la comissió d'aquest il·lícit, de manera que només cap imposar la mesura de seguretat quan existeixi la probabilitat que cometi altre delicte. I, en directa relació amb l'anterior, de quin delicte es tracta?, d'un de la mateixa naturalesa o d'altre distint?. És més, si aquest judici de pronòstic és autènticament complex d'establir i presenta totes les incerteses inimaginables per a que pugui constar d'un mínim d'objectivitat, ¿per ventura podem pronosticar un delicte potencial a cometre per un no imputable i que serà de la mateixa naturalesa o gravetat del que ja ha comès amb anterioritat?. Sense anar més lluny, pensem en unes lesions. La mesura de seguretat a imposar es correspondria amb el desvalor d'aquestes lesions o per contra la mitjana de seguretat pot tenir una durada més perllongada en el temps?; aquesta persona cometrà un delicte contra la vida, contra la

⁷⁸ . En aquest sentit, Vid., GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pág. 314.

integritat física o un contra la propietat?. Segons el meu punt de vista, l'argument que la mesura de seguretat s'imposa per la perillositat imminent que l'autor cometrà un nou delicte és una conjectura que encara afegiria més incertesa a la mesura de seguretat. En segon lloc, un argument addicional que corrobora el sostingut és que el paràgraf 2 de l'art. 6 preveu que la mesura de seguretat no pot resultar més gran ni de major durada que la pena abstractament aplicable al *fet comès*, pel que sembla desprendre's del text que la mesura s'imposa per la il·lícita comesa i no per la qual l'autor pugui arribar a cometre, de manera que el supòsit de fet de la mesura de seguretat no pot ser altre que la de la il·lícita comesa, i no la que pogués tornar a cometre en el futur⁷⁹. El criteri contrari –relatiu a la imposició de la mesura per la probabilitat d'una nova comissió delictiva- perfila un escenari que no és massa encoratjador, ja que si tenim en consideració que la mesura de seguretat implica en la majoria dels casos una privació de drets equivalent a la pena i que gairebé a totes les hipòtesis s'executa de forma substancialment idèntica a aquesta, en el cas que s'imposés per un il·lícit que encara no s'ha comès i sobre el qual existeixen només una previsió que s'arribi a perpetrar, podria contravenir les normes més elementals de seguretat jurídica⁸⁰.

Un factor addicional a l'anterior que ve a contribuir a aquesta situació d'incertesa en relació al judici de probabilitat de nova comissió delictiva, és la de determinar quins són els criteris per a objectivar l'emissió d'aquest judici. No tant sols això, hi ha un altre element important a dilucidar: si la imposició de la mesura de seguretat atén a la perillositat del subjecte perquè existeix la probabilitat de la comissió de nous delictes, en bona lògica s'hauria de qüestionar si aquesta ha de ser proporcional al delicte comès o, si escau, si pot anar més enllà: fins al cessament de la situació de perillositat del subjecte. Qüestió que, des del meu punt de vista el Codi respon, una vegada més, amb una claredat meridiana a l'art. 6.2, encara que un important sector doctrinal manifesta els seus dubtes i s'inclina per una interpretació que permet anar més enllà de la durada que li correspondria a una mesura si s'adequés a la culpabilitat del subjecte⁸¹.

⁷⁹ . En el mateix sentit, vid., CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*. Madrid, 2002, p. 141-142, especialment nota a peu de plana 294 on abunda en la mateixa conclusió amb arguments similars i abundant bibliografia.

⁸⁰ . GONZÁLEZ RUS, J.J. en *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 239.

⁸¹ . CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, ob. cit., pág. 38; GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 311, 318.

4. 2 . La determinació de la perillositat criminal.

La determinació de la perillositat criminal és, per tant, la clau per a la imposició de la mesura de seguretat. Circumstància que ha d'acreditar-se, que ha de ser provada, ja que si no fos així no caldria acordar-la; o, dit d'altra manera, les mesures de seguretat estan sotmeses a les garanties pròpies de l'Estat de Dret i, per tant, a les garanties pròpies del dret de defensa entre les quals, òbviament, cal destacar la presumpció d'innocència, de manera que el punt de partida és el de la presumpció de no perillositat del subjecte per a tractar d'evitar amb això els "falsos positius"⁸²; a més a més, serà necessari constatar que no existeixen altres mesures alternatives i menys greus que la qual es pugui adoptar en el cas que es determini la perillositat criminal del subjecte. Per tant, la mesura de perillositat no es pot pressuposar, com tampoc pot fer-se amb la culpabilitat, és més, ha d'acreditar-se durant la causa i no es pot presumir de forma automàtica⁸³.

Una vegada adoptat tal punt de partida, el procés per a constatar la perillositat del subjecte passa per dos moments distints. En primer lloc, pel diagnòstic de perillositat, és a dir, la comprovació de la qualitat simptomàtica que ens trobem davant un subjecte perillós i, en segon lloc, per la realització d'un judici de pronòstic criminal que permetrà comprovar la relació entre aquesta qualitat i el futur criminal del subjecte⁸⁴.

En aquesta primera fase de diagnòstic, cap anticipar que la prèvia comissió delictiva no constitueix un símptoma suficient que ens permeti concloure que tot autor d'un delictes és un delinqüent potencial de futur, sinó que cal considerar altres factors com la forma concreta d'execució delictiva i el context en el qual ho realitza, el tipus de delictes, etc. És a dir, han d'analitzar-se determinats elements o circumstàncies objectives per a constatar la personalitat del subjecte. I, en segon lloc, en la fase de prognosi es tracta d'emetre un judici de pronòstic que atén a la probabilitat que el subjecte pugui cometre delictes en el futur⁸⁵. La dificultat resideix en aquest cas a determinar el mètode de prognosi criminal. Arribats a aquest punt em sembla oportú tornar a incidir en un aspecte que he posat en relleu en l'epígraf anterior i és que en directa relació amb el previst en l'art. 6.2 del Codi

⁸² . SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 43.

⁸³ . Per tots, vid. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, ob. cit., p. 139

⁸⁴ . ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 30.

⁸⁵ . ROMEO CASABONA, C., ob. cit., p. 36 i ss.

penal, la mesura de seguretat es fonamenta en la perillositat criminal exterioritzada en la comissió d'un fet previst com delictu, és a dir, la imposició de la mesura resulta condicionada per la comissió de l'il·lícit previ i només s'imposarà quan existeixi la probabilitat que el subjecte cometi un nou delictu en el futur encara que sense oblidar que la mesura està en directa relació amb l' il·lícit realitzat i no pel qual es pogués cometre en el futur.

Els mètodes utilitzats per a emetre aquest diagnòstic de probabilitat, com va posar en el seu moment de relleu VIVES ANTÓN⁸⁶, són de dues classes: l'empíric- discursiu o científic (biològic, sociològic, psicològic– atenent al psicoanàlisi, a la sociologia individual i a la criminologia sociològica-, a més a més de les tècniques de pronòstic) i, d'altra banda, els mètodes intuïtius. Per raons òbvies no destacaré les particularitats de cadascun d'ells ni tampoc les deficiències que presenten, encara que haig de ressaltar que el mètode intuïtiu és, en realitat, el prevalent en la majoria d'aquests judicis de pronòstic encara que, com posa en relleu el citat autor: "l'aplicació d'una mesura de seguretat, sobre la base d'una determinació intuïtiva de la perillositat, corre el perill de ser una aposta sobre la llibertat aliena. I si és indubtable que a la vida apostar és imprescindible, també sembla clar que no totes les apostes són legítimes⁸⁷"; és més, en última instància el judici de pronòstic queda lliurat a l'apreciació del jutge⁸⁸.

La doctrina, diria que pràcticament de forma unànime, manifesta els seus dubtes sobre els judicis de pronòstic de la perillositat, a més d'emfatitzar sobre la inseguretat jurídic penal que es desprèn d'elles arribant, fins i tot, a posar en dubte la seva compatibilitat amb les garanties pròpies d'un Estat de Dret⁸⁹. A pesar d'això, es realitza alguna interessant proposta interpretativa per a dotar a aquests judicis de pronòstic d'un mínim de garanties

⁸⁶ , VIVES ANTÓN, T.S., "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, ob. cit., p. 395 i ss.

⁸⁷ . VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit., p. 413.

⁸⁸ . VIVES ANTÓN, T.S., a *Comentarios al Código penal*, T. I, (VIVES ANTÓN, T.S., Coordinador), Valencia, 1996, pág. 62; JORGE BARREIRO, A. "Crisis Actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho", a *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pág. 158. Vid., igualment, QUINTERO OLIVARES, G., "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal, a *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980, p. 576, qui a aquest mateix emfatitza el següent: "el realment determinant en el judici de perillositat no és una altra cosa que la intuïció del jutge, basada en la seva experiència, i que és un sistema obertament científic, amb un elevat risc de subjectivisme, encara que tal vegada pugui ser el més viable polític criminalment".

⁸⁹ . Les referències en aquest sentit són pràcticament inabarcables. Així, entre uns altres, i només per citar algun dels quals ha manifestat els seus dubtes d'una forma il·lustrativa, SANCHEZ YLLERA, I, a *Comentarios al Código penal*, T. I, ob. cit., pág. 551 y ss.

que permeti adequar-los a les exigències constitucionals. Així, SILVA SÁNCHEZ⁹⁰, a pesar d'advertir del risc que es deriva d'aquest judici de pronòstic, adverteix que la raó d'aquestes potser cap situar-les en raons defensores de protecció social, pel que proposa aprofundir en la línia de dotar-les d'un sistema propi de garanties com serien la "necessitat, l'adequació, la subsidiarietat i la proporcionalitat". Reflexió amb la qual no puc estar en desacord. No obstant això, des del meu punt de vista, aquestes garanties ja estan implícites en les mesures de seguretat en tant que gaudeixen de les mateixes que la llei penal i, en realitat, es desprenen d'una sanció penal en un Estat de Dret, és a dir, es tracta de garanties inherents a les pròpies mesures de seguretat que no tenen una relació directa amb el seu fonament: el judici de prognosi criminal sobre la predicció de si un individu tornarà a cometre un delictes al futur. Altre tant succeeix amb JORGE BARREIRO, qui obertament manifesta els seus dubtes sobre la compatibilitat de les mesures de seguretat i les exigències de certesa pròpies d'un Estat de Dret, per a afegir que serà possible compatibilitzar-les "quan es procedeixi a un ús limitat de les mesures de seguretat, així com a un estricte control judicial sobre el seu compliment i execució"⁹¹. Com en el cas anterior, es tracta d'una afirmació amb la qual no es pot estar en desacord encara que, alhora, crec que no té res a veure amb el judici de pronòstic sobre la perillositat d'un individu en relació a la probabilitat d'una nova comissió delictiva, ja que allò que en realitat es refereix és a les garanties del compliment i execució de la mesura de seguretat, és a dir, a una garantia derivada del principi de legalitat penal com és la garantia en l'execució.

Arribats a aquest punt, crec que cal qüestionar que si la perillositat d'un subjecte no es pot preveure mitjançant l'aplicació de mètodes sostenibles des de la perspectiva de l'Estat de Dret si això no implica posar en dubte la legitimació del dret de mesures?⁹². És més, abundant en l'anterior permeti-se'm portar a col·lació el següent: imaginem per un moment que un subjecte que actua puntualment sota alguna de les circumstàncies previstes als arts. 20.1 o 20.2 del Codi penal comet un delictes greu i, si escau, és absolutament improbable que torni a cometre un nou il·lícit, és a dir, amb un diagnòstic de perillositat nul, a pesar del que disposen els arts. 101 i 102 del Codi penal –igual que el 103– quant a l'aplicació de les mesures de seguretat que consisteixen en la privació de llibertat i la seva referència a només "si fos necessari", ¿per ventura no es pot afirmar amb una probabilitat

⁹⁰ . SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., pág. 49.

⁹¹ . JORGE BARREIRO, A., *ibídem*.

⁹² . Vid., SANZ MORAN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 87.

al caire de la certesa que se l'imposaria una mesura de seguretat?. Crec que la resposta no admet cap dubte i que atén a criteris de defensa a ultrança i d'assegurament no terapèutic, és a dir, presidit per criteris de "mereixement" d'imposar una mesura encara que no hi hagi cap "necessitat".

I, de nou, permeti-se'm polemitzar sobre una qüestió a la qual ja he al·ludit. Em refereixo al caràcter preceptiu de la imposició d'una nova mesura de seguretat: la llibertat vigilada prevista en els arts.192 i 579.3 del Codi penal, preceptes que, com ja he dit, en la hipòtesi de la comissió de delictes greus contempnen la imposició en tot cas d'una mesura de seguretat per als delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual així com per als de terrorisme; delictes greus, en efecte, que poden ser condemnats a penes elevadíssimes amb un compliment efectiu que arriba a arribar a els 40 anys. Tingui's en compte que, com disposa l'art. 106.2, la mesura de llibertat vigilada s'imposarà en la sentència condemnatòria per a ser complerta amb posterioritat a la pena privativa de llibertat, després, si els judicis de pronòstic relatius a la perillositat impliquen una incertesa manifesta, fins al punt d'arribar a qüestionar la seva legitimitat en un Estat de Dret, com és viable emetre un judici de pronòstic sobre la perillositat d'un subjecte a quaranta anys vista?. Des del meu punt de vista, es tracta d'una desgavellada hipòtesi de ficció absolutament simbòlica, que no només no ens aporta res, sinó que és radicalment antagònica amb la seguretat jurídic - penal exigible a un Estat de Dret. Una altra cosa, a la qual em referiré en el seu moment, són el tipus de mesures que es preveuen. És cert, es pot al·ludir que el 106.3 contempla la possibilitat de deixar sense efecte la mesura en la hipòtesi que el Jutge o Tribunal consideri que el seu compliment no és necessari: no pot ser d'altra manera, ja que sinó fos així hauríem de concloure que existeix la possibilitat d'aplicar una mesura de seguretat *ex ante* a la comissió delictiva en atenció a la perillositat potencial del subjecte; en altres paraules, es tractaria de la reimplantació d'una mesura de seguretat pre delictiva que acompanyaria al condemnat amb independència de la seva resocialització.

5. Proporcionalitat de la mesura de seguretat.

Si la qüestió anterior relativa a la perillositat i la probabilitat de la comissió de nous delictes és objecte d'una viva polèmica, el debat entorn a la proporcionalitat de la mesura de

seguretat és tan viu com l'anterior⁹³. Així, existeix una certa unanimitat al valorar-ne des de diferents perspectives la incertesa i els dubtes que es generen entorn a la perillositat com fonament de les mesures de seguretat i, per això, amb major o menor fortuna, es proporcionen diferents arguments per a interpretar aquest factor amb una certa dosi de racionalitat; no obstant això, quant a la proporcionalitat de les mesures de seguretat, la discussió continua viva ja que les conseqüències d'adoptar una o altra opció suposa uns efectes que no són precisament intranscendents. En síntesis, i com tindrem ocasió de veure seguidament, el debat gira entorn a la conveniència de mantenir en sentit estricte la proporcionalitat de les mesures de seguretat a la durada que caldria per l'aplicació de la pena en abstracte o, des d'altre criteri, s'aborda la conveniència que la durada de la mesura de seguretat es relacioni amb la perillositat del subjecte i, en aquest cas, al seu cessament només quan remeti la situació de perillositat, amb la qual cosa podríem trobar-nos davant de mesures absolutament indeterminades o, algun altre autor assumint aquest mateix punt de partida adopta una posició més matisada advoca per la possibilitat d'establir algun límit a la durada de la mesura, passat el qual, i en tot cas, s'ha d'assumir el risc de la posada en llibertat del subjecte, encara que aquesta posada en llibertat ha d'anar envoltada d'altres mesures de seguretat no privatives de llibertat⁹⁴.

En efecte, l'art. 6.2 estableix dos límits a les mesures de seguretat, i és que aquestes no poden resultar ni més greus ni de major durada que la pena aplicable en abstracte pel fet comès. Limitació que més endavant es corrobora en l'apartat segon de l'art. 95, així com en els arts.101 a 104. Després, l'objecte de discussió gira al voltant de dues qüestions polèmiques, una és la gravetat i l'altra és la durada de la mesura. En aquest sentit, m'interessa en particular la problemàtica entorn de la proporcionalitat, atès que és una de les conseqüències que es deriva d'aquest art. 95.2 i que, més endavant, torna a posar-se de manifest en els arts. 101 a 104, al reiterar-ne que "l' internament no podrà excedir del temps que hauria durat la pena privativa de llibertat".

⁹³ . Referent a això, vid., les recents propostes de GRACIA MARTÍN, L., "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, a *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. I, 2008, p. 975 i ss.

⁹⁴ . Referent a això, vid., ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena", en RDPCr., nº 1, 2009, (3ª época), p. 199 y ss, 206, on realitza diferents propostes que de lege ferenda que, en bona mesura, són coincidents amb l'opció de política criminal assumida pel legislador per a la introducció de la llibertat vigilada com a mesura de seguretat a la L.O.5/2010, de 22 de juny.

La discussió sobre la proporcionalitat de la mesura de seguretat no és una qüestió que tingui el seu origen en el tractament que li dispensa l'actual Codi penal, sinó que ha estat objecte de debat en tots els textos i projectes anteriors de Codi penal vigent. És més, la regulació prevista en la LPRS així com en el Codi penal anterior possibilitaven l'aplicació de les mesures de seguretat de durada indeterminada i, ja fora d'una o altra forma, en els treballs previs al text actual s'havien establert limitacions temporals a la durada de la mesura per a fitar la indeterminació anterior.

El Projecte de Codi penal de 1980 després d'una successió de Propostes que ja des de llavors van suscitar un intens debat⁹⁵, estableix la proporcionalitat de les mesures en el seu art. 133: a la “perillositat pel fet comès i la gravetat dels quals resulti probable que el subjecte pugui cometre”. Més tard la PANCP de 1983, en el seu art. 88.1 disposa la proporcionalitat de les mesures en relació amb la perillositat: “A la perillositat criminal del subjecte i la gravetat del fet comès i dels quals sigui probable que pugui cometre”. No obstant això, els antecedents immediats de l'actual regulació de les mesures de seguretat es corresponen amb el Projecte de 1992 i de 1994, en els quals respectivament, en l'art. 4.2 es disposava que “les mesures de seguretat no poden resultar més greus que la pena abstractament aplicable al fet comès”, mentre que en el Projecte de 1994 l'incís “ni de major durada” s'introdueix en el corresponent tràmit parlamentari que, finalment, es converteix en el text actualment vigent (art. 6.2)⁹⁶.

En síntesi, les posicions doctrinals pel que fa a la durada de les mesures de seguretat postulen criteris que m'atreviria a qualificar d'irreconciliables. D'una banda, un important sector doctrinal afirma que si el fonament de la mesura de seguretat és la perillositat del subjecte, i atès que aquest és un estat que perdurarà durant més o menys temps, la durada de la mesura no ha de ser necessàriament proporcional a la gravetat del delictes comès sinó a la perillositat del subjecte i a la gravetat dels delictes que aquest pogués cometre en el futur, pel que la sentència que s'imposi hauria de ser temporalment indeterminada perquè la mesura de seguretat continuï vigent fins que no pari la situació de

⁹⁵ . Referent a això, AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, ob. cit., on, entre uns altres, es recullen els treballs de BARBERO SANTOS, M., en especial p. 103 y 105, QUINTERO OLIVARES, G., p. 576, 582, els qui exposen diferents criteris en relació a la proporcionalitat de la mesures de seguretat. Igualment, MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho penal español”, EPC, 1981-1982, VI, p. 237.

⁹⁶ . Referent a això, SANZ MORÁN, A., *Las medidas corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 153-156, 183-184. Igualment, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., a *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., p. 234,237.

perillositat en la qual es troba l'autor : la mesura ha de durar tant com l'estat de perillositat⁹⁷. Afegint, a més a més, un retret al legislador per no haver previst un supòsit que contempli la imposició d'una mesura de seguretat per “als delinqüents habituals de perillositat greu⁹⁸”. Es tracta, és cert, d'una proposta a la qual algun autor li introdueix criteris limitadors com és el cas que aquestes siguin sotmeses a un control periòdic i a revisió, o, fins i tot, es tracten de tamisar insistint que a pesar de la indeterminació temporal deurien tenir un límit màxim que pot fixar-se en atenció al que habitualment sol durar el tractament que precisa el subjecte en casos semblants i, alhora, afegir que la durada de la mesura podria escurçar-se a la vista dels resultats obtinguts⁹⁹.

No obstant això, em crida particularment l'atenció que algun dels autors partidaris d'aquesta opció manifestin els dubtes que els suscita la compatibilitat de les mesures de seguretat amb els principis derivats de l'Estat de Dret, ja que la seva naturalesa temporalment indeterminada -a pesar que s'addicionin límits cronològics referits al tractament curatiu o a la correcció del subjecte- pot suposar una vulneració del principi de legalitat¹⁰⁰; o, MAZA MARTÍN, qui al reflexionar sobre aquesta qüestió i referir-se a la proposta contrària presidida per la proporcionalitat en la durada de la mesura de seguretat, entén que es tracta d'un plantejament que ve presidit per “lloables intencions garantistes plenament justificades en reprotxables antecedents...”, a pesar que es reafirma en aquesta

⁹⁷ . JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho”, (COBO DEL ROSAL, M., Director), Madrid, T. IV, 2000, pág. 161, nota a peu de plana nº 95, on recull una completíssima referència bibliogràfica dels autors que es manifesten partidaris d'aquesta posició, per seguidament citar als autors que opten per l'opció contrària. Igualment, SANZ MORÁN, A., *Las medidas recorreción y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 181, amb, també, detallades notes bibliogràfiques.

⁹⁸ . CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal”, a *La Ley*, nº 4063, diari de 21 de juny de 1996, p. 5. Igualment, JORGE BARREIRO, A., a *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 298.

⁹⁹ . ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 79. Asimismo, GRACIA MARTIN, L. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 323.

¹⁰⁰ . JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho”, ob. cit., p. 158. Vid., igualment, SANZ MORÁN, A., *Las medidas recorreción y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., págs. 184 y ss, qui dóna resposta a tals observacions a més, d'una altra de les crítiques que també se'ls formula, com és el que això suposa una fallida del principi d'igualtat, mentre que aquesta indeterminació faria de pitjor condició al no imputable que al plenament responsable. En aquest cas, em semblen particularment interessants les afirmacions de QUINTERO OLIVARES, G. “Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal”, ob. cit., pág. 582, qui referent a això sosté, no exempt de raó, que el possible major sofriment del no imputable en relació al subjecte plenament responsable: “ja en el passat va provocar en la praxi judicial el que els defensors evitessin voluntàriament l'apreciació de l'eximent per eludir les conseqüències de l'internament sine die, doncs era millor complir la pena ordinària, molt més breu, que arriscar-se a ser oblidat en el manicomi”. Així mateix, vid., SILVA SÁNCHEZ, J., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., págs. 20-22, on porta a col·lació la STC 24/1993, de 21 de gener, en la qual l'Alt Tribunal considera justificat el tracte diferent dels alienats mentals.

opció al considerar que el contrari suposaria un contrasentit insalvable entre “la naturalesa i el fonament de la mesura de seguretat...i l'aplicació sotmesa a uns límits aliens per complet als interessos de la finalitat terapèutica¹⁰¹”. Com és fàcilment imaginable, les crítiques a aquesta proposta són realment transcendents, en aquest sentit, permeti-se'm portar a col·lació una afirmació realitzada per GONZÁLEZ RUS¹⁰², que comparteixo, en el sentit que “la defensa social no pot prevaler sobre els drets individuals”, al que afegeix que ha de prevaler l'aspecte garantista de les mesures, atès que aquesta suposa la privació de drets fonamentals del subjecte “i l'execució pràctica del qual comporta inevitables continguts sancionadors”. Afirmació a la qual se li pot afegir que les garanties pròpies de l'Estat de Dret són irrenunciables. Una d'elles, és la seguretat jurídica.

En sentit contrari a l'anterior i, en aquest cas, partint del pressupost de dotar de les màximes garanties a les mesures de seguretat per a evitar amb això els anteriors excessos a la intervenció estatal així com en la pràctica judicial, el Codi penal adopta –com hem vist- un criteri distint, en el qual es tracta d'objectivar al màxim la proporcionalitat en la mesura referint-la a la comissió del delictes comès, és a dir, s'atén a una formulació del principi de proporcionalitat que ve presidit per raons de seguretat jurídica a la garantia objectiva del fet comès, no a la futura perillositat de l'autor; en suma, la durada de les mesures no pot depassar la pena que li correspondria al delictes comès. Criteri que és el finalment acollit en el Codi penal en l'art. 6.2 i que ve a concretar-se en l'art. 95.2 a l'excloure la possibilitat d'aplicar mesures de seguretat privatives de llibertat als subjectes quan el fet comès no estigui castigat amb aquesta pena. Conclusió que s'infereix al partir del pressupost que pena i mesura de seguretat són, ambdues, conseqüències d'un fet antijurídic, és a dir, la mesura de seguretat és conseqüència d'un il·lícit que li serveix com pressupost, com és el cas de la pena; després, si pena i mesura són respostes jurídiques que tenen origen en la comissió d'un delictes, “la seva gravetat i durada han de ser necessàriament semblants”¹⁰³.

És cert, s'adueix, que hi ha ocasions en les quals l'aplicació d'una mesura de seguretat en relació amb una il·lícit realitzat pot suposar una pena lleu que atengui a la gravetat del

¹⁰¹ . MAZA MARTÍN, J.M., “La necesaria reforma del Código penal en materia de medidas de seguridad”, a *Las penas y las medidas de seguridad*. CDJ, nº XIV, Madrid, 2006, pág. 40.

¹⁰² . GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., pág. 242.

¹⁰³ . GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., pág. 252.

delicte, encara que, ahora, pot revelar una potencialitat de delicte de futur greu o, d'altra banda, una tendència a la reiteració delictiva. La pregunta és evident, en nom del defensisme social cal aplicar una mesura de seguretat que no atengui a la gravetat del fet comès sinó a aquesta potencial perillositat de futur?. Ja hem vist els riscos que representa la determinació de la perillositat com judici de pronòstic d'un comportament delictiu futur, doncs, afegeixi-l'hi a aquesta incertesa intrínseca al concepte de perillositat criminal –insisteixo, amb tots els dubtes que suscita com fonament de les mesures de seguretat- el fet d'imposar una mesura de seguretat que no sigui exactament proporcional amb l'entitat de la il·lícit, és a dir, que a pesar dels factors de correcció que se li pretenguin establir sigui materialment indeterminada. Crec que de l'Estat de Dret es deriven una sèrie de garanties irrenunciables, i la seguretat jurídica és una d'elles que, en cap cas, pot ser sacrificada en nom d'un discutible proteccionisme social quan això significa l'afecció de drets fonamentals. I, d'altra banda, no s'oblidi que aquesta possibilitat de reiteració delictiva és també una eventualitat que no només cap atribuir als no imputables sinó que també als subjectes plenament responsables, pel que no hi ha raó per a dispensar-los un tractament diferenciat a uns i a uns altres en atenció a aquesta potencial reincidència del no imputable a la qual s'al·ludeix¹⁰⁴.

Tingui's en compte que legitimar la intervenció penal per la potencial perillositat d'un no imputable pels delictes que s'estima que pot tornar a cometre, a pesar que ja ha complert una mesura per l' il·lícit ja realitzat, suposa tornar a recórrer al Dret penal per un subjecte que pateix determinats trastorns quan són altres les instàncies a les que correspondria procurar aquest tractament¹⁰⁵. Referit a això, QUINTERO OLIVARES assenyala que seria una greu reculada el fet de tractar de resoldre aquest problema destruint el que tant temps ha costat arribar: "l'evitació que la condició de no imputable es tradueixi en minva de drets i garanties, i això seria el que succeiria si el dret penal hagués de ser utilitzat per a cobrir llacunes d'altres sistemes de reaccions", la qual cosa suposa desviar l'atenció –afegeix- del centre del problema que, en aquest cas, cal situar-lo en l'eficàcia o en la ineficàcia de la

¹⁰⁴ . QUINTERO OLIVARES, G., "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal", ob. cit., p. 581; MUÑOZ CONDE, F., "Monismo y dualismo en el derecho penal español", ob. cit., p. 237.

¹⁰⁵ . GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., p. 210. Vid., SANZ MORAN, A., *Las medidas corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 196 y ss., qui exposa els problemes que suscita, per a aquests casos, la proposta de l'internament civil per a malalts mentals.

incapacitació promoguda per la pròpia família o pel ministeri Fiscal a partir de la comissió d'un fet delictiu per mínim que aquest sigui¹⁰⁶.

No obstant això, com he dit amb anterioritat, el sistema de les mesures de seguretat en el Codi penal espanyol *ha patit* –crec que aquesta és l'expressió més adequada- un canvi més que notable, a pesar que el Preàmbul de la LO 5/2010, del 22 de juny, es refereixi a això com a una “lleu reordenació del Títol IV del Llibre Primer del Codi penal”, al comentar la introducció de la llibertat vigilada com una nova mesura de seguretat. Mesura de seguretat que es concep com una mesura no privativa de llibertat (art. 96.3) amb destinataris, en primer lloc, tant els no imputables com els semi imputables, mentre que l'art. 105.1 del Codi penal permet imposar-la com una mesura acumulada a la pena de presó per un temps no superior a cinc anys; i, d'altra banda, també als imputables com a una mesura de seguretat de fins a deu anys de durada –acumulada a la pena- per als condemnats per delictes greus contra la llibertat i indemnitat sexual i terrorisme. És a dir, amb això el legislador opta per prescindir del límit de la culpabilitat en el cas dels imputables per a preveure la imposició de mesures de seguretat per considerar que són subjectes que manifesten una perillositat criminal potencial. Com observa ZUGALDÍA¹⁰⁷, es tracta d'una fórmula pròpia del Dret penal d'enemic (referint-se als *delinqüents extraordinàriament perillosos i de tendència*) que es concreta en l'admissió d'una mesura de seguretat que s'imposa després de la pena com a conseqüència de donar preferència a la perillositat de l'autor sobre la seva culpabilitat; encara que, com veurem més tard, resulta que l'orientació d'aquestes mesures no està dirigida al tractament, la reeducació o la reintegració social, sinó que en la majoria dels casos es tracta de mesures de caràcter prohibitiu o impositives de determinats mandats.

¹⁰⁶ . QUINTERO OLIVARES, G., *La justicia penal en España*. Pamplona, 1998, pág. 135

¹⁰⁷ . ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, RDPCr., 2009, p. 204.

V. LA LLIBERTAT VIGILADA COM A MESURA DE SEGURETAT.

1. CONSIDERACIONS GENERALS.

Com he dit en el seu moment, la introducció de la llibertat vigilada en la recent reforma del Codi penal és una de les decisions de política criminal més rellevants del legislador per la seva transcendència i, per descomptat, és una de les novetats més importants que s'han introduït en el text. Hem vist, igualment, com el legislador en el Preàmbul del Projecte, així com en la l'Exposició de Motius del text definitiu, es refereix a ella sense atorgar-li l'abast que es desprèn de la seva regulació a l'afirmar que la seva incorporació suposa una *“lleu reordenació del Títol IV del Llibre I del Codi Penal”*.

El preàmbul de la llei de reforma senyala que l'opció incoïtzadora, que es traduiria en una prolongació il·limitada o indiscriminada de la privació de llibertat xocaria amb els principis de Dret penal que la Constitució recull, pel que *“en casos d'especial gravetat”* cal contemplar altres solucions que, *“sense desistir en l'esforç rehabilitador que ha de seguir inspirant el tractament penitenciari”*, permetin conciliar aquestes exigències constitucionals amb altres valors com són la seguretat i la llibertat de la resta dels ciutadans, *“potencials víctimes del delinqüent no rehabilitat que el sistema penitenciari retorna a la societat”*. Com veurem en el seu moment, la majoria de les mesures en les que consisteix la llibertat vigilada tenen poc de rehabilitadores per a aproximar-se a altres pròpies de l'assegurament; d'aquesta breu referència que hem citat entre cometes del Preàmbul destaca una particularitat que em sembla digna de menció, i és que el legislador circumscriu a dos casos els supòsits en els quals s'ha d'imposar una mesura de llibertat vigilada a subjectes plenament responsables: els previstos en l'art. 192.1 (delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual), així com els previstos en l'art. 579.3 (terrorisme); delictes, indubtablement greus, però, perquè aquests i no altres?, per ventura no ho són també – només per citar alguns- els relacionats amb el narcotràfic o amb les organitzacions criminals i, perquè no als reincidents i habituals com es preveia en el Projecte del 2007?, ja que la criminalitat patrimonial de caràcter lleu és una de les quals genera majors percepcions d'inseguretat ciutadana.

Amb independència dels problemes de diferent índole que la mesura suscita, el preocupant és que s'ha donat un “*primer pas*” per a introduir una mesures de seguretat per uns destinataris no són només els no imputables o els semi imputables. En efecte, en l'art. 105. 1 es preveu una mesura de llibertat vigilada per un temps no superior a cinc anys per als supòsits previstos en els arts. 101 a 104, és a dir, tant per als exempts de responsabilitat criminal, com per a aquells a qui se'ls apliqui una eximent incompleta; no obstant això, més enllà d'aquests supòsits es preveu també en l'art. 105.2 la imposició de la llibertat vigilada com a mesura de seguretat per a aquells subjectes plenament responsables en els casos en els quals expressament es disposi en el Codi, la qual cosa suposa una mica més que una “*lleu reordenació*” del Títol IV. És la consolidació d'una opció política-criminal determinada que, finalment, ha acabat positivant-ne en el Dret penal espanyol a pesar que, és cert, momentàniament es limita a dos grups de delictes, però gens impedeix que en el futur pugui aplicar-se a altres tipus en funció de “ *la constant preocupació del legislador per respondre a les demandes de la societat*” (Exposició de Motius de l'Avantprojecte de 2008), atès que “*l'objectiu del legislador ha estat sempre avançar en el tractament d'aquelles matèries que han anat conformant-se com objecte d'especial preocupació social després de la promulgació del Codi vigent*” (Exposició de Motius del Projecte de 2009), referències que han desaparegut en el text definitiu de l'ara Preàmbul de la LO 5/ 2010, del 22 de juny, però que –com dic- gens impedeix que perquè en funció d'aquestes denominades “*demandes socials*” s'ampliï el catàleg a altres supòsits. En aquest últim sentit, recordem la custòdia de seguretat del Dret penal alemany i el reduït elenc de delictes als quals inicialment es feia tributaris d'aquesta mesura per a més tard aplicar-se a un catàleg que poc tenia a veure amb la disposició inicial, fins a arribar a contemplar la custòdia de seguretat posterior, Llei del 23 de juliol de 2004, és a dir, la seva aplicació una vegada complerta la condemna per al cas de delictes greus quan s'aprecii que subsisteix la perillositat criminal, llei que va ser confirmada pel *Bundesverfassungsgericht*, en la seva discutida sentència del 23 d'agost del 2006.¹⁰⁸

Exposició de Motius i Preàmbul del Projecte de 2009 i del text definitiu de 2010 que ha sofert un procés de tamisat¹⁰⁹, que es constata no només amb l'acabat d'esmentat, sinó que mentre que en el primer d'ells s'afirma que una de les conseqüències del compliment

¹⁰⁸ . REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, InDret, 3/2008, pàs. 4 y ss.

¹⁰⁹ . Així mateix, vid., ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, a *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ob. cit., p. 148.

Íntegre és que s'arribin a resultats pràctics “no molt distants de la cadena perpètua”, aquesta reflexió desapareix del Preàmbul definitiu ja que, entre altres coses, les afeccions al principi de proporcionalitat sembla que –des del meu punt de vista- no admeten dubtes, sense oblidar tampoc les dubtes que suscita aquesta mesura en atenció al previst en l'art. 6.2 del Codi penal.

No es tracta, per cert, d'una decisió que neixi de la improvisació sinó que, en els dos textos anteriors al que finalment s'ha convertit en definitiu, la llibertat vigilada ha adoptat diferents formes. Així, cal recordar que en el Projecte de 2007 la llibertat vigilada tenia atribuïda una triple comesa: restrictiva de drets, substitutiu de la pena de presó i d'aplicació als subjectes reincidents i habituals després del compliment de la condemna; mentre que a l'Avantprojecte del 2008 es va disposar com pena accessòria, fins que, finalment, en el text del 2010 es preveu com a mesura de seguretat a aplicar als subjectes plenament responsables, així com als exempts de responsabilitat i als no imputables. Com dic, no es tracta d'una opció política-criminal precipitada (una altra cosa és que no s'hagi encertat en la seva configuració final o que hagin existit dubtes sobre la seva naturalesa per a adequar-la al nostre ordenament), sinó que, m'atreviria a dir que des de l'entrada en vigor del Codi penal del 1995, ha existit una reiterada demanda d'un important sector de la doctrina penal espanyola que ha criticat el principi de proporcionalitat atès que les mesures de seguretat, s'afirma, “no han de ser necessàriament proporcionals a la gravetat dels delictes comesos, sinó únicament a la perillositat del delinqüent”¹¹⁰, i, per tant, en aquest mateix sentit s'ha propugnat la volta al sistema d'acumulació de pena i de mesura de seguretat com, d'altra banda, així ha succeït en la reforma¹¹¹.

¹¹⁰. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General*, ob. cit., p. 37 y 38, així como a notes a peu de plana nº 106, 107 y 108, on se cita un bon nombre d'autors que són partidaris d'aquest mateix criteri.

¹¹¹. Vid., DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., a “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, ob. cit., págs. 26 y ss, on apunta l'estratègia de reconstrucció del dret penal de la perillositat.

2. Concepte, requisits i mesures a adoptar.

2.1 . Concepte (reflexions escèptiques) i requisits.

Com tots sabem, la llibertat vigilada és una mesura de seguretat no privativa de llibertat (art. 96.3.3), que consisteix en la submissió a una o a diverses de les mesures que es disposen en l'art. 106.1 i el compliment del qual es portarà a terme sota control judicial.

No obstant això, el Codi penal no afegeix res sobre com ha de realitzar-se aquest control judicial, ni quan, ni es fa cap esment, ni existeix previsió normativa sobre l'existència d'un agent de vigilància penitenciària o de qualsevol altre subjecte que realitzi materialment aquest control. Es tracta, d'una previsió orfe –en aquests moments- de desenvolupament normatiu que permeti dotar-la de contingut material. Salvant les distàncies, es tracta d'una institució de nova creació freturosa de desenvolupament normatiu i de la corresponent habilitació pressupostària, la qual cosa em fa presagiar que ens trobem davant d'una fórmula similar a la de l'arrest de cap de setmana a la qual, amb independència de les crítiques que va suscitar en el seu moment igual que les quals desperta la llibertat vigilada, de mantenir-se en els termes on ara està regulada no li auguro un avenir massa bo. És més, entenc que serà d'aplicació excepcional per als no imputables i semi imputables. En efecte, com hem vist, en l'art. 105.1.a) es disposa que la llibertat vigilada “*podrà*” ser imposada pel jutge o Tribunal per un temps no superior a cinc anys a subjectes el comportament dels quals es pugui subsumir en els arts. 101 a 104 del Codi penal, això és, es preveu com a mesura a imposar als exempts de responsabilitat així com els que tinguin la seva responsabilitat atenuada, pel que si la seva aplicació és de caràcter facultatiu i donades les manques i buits normatius que en aquest moment presenta, no crec que siguin molts els òrgans sentenciadors que s'avinguin a imposar una mesura de seguretat no privativa de llibertat, quan alguna de les seves modalitats són d'un seguiment o control impossible.

A més a més, l'art. 95.2 a) també disposa la imposició de la mesura de llibertat vigilada, per un temps de fins a deu anys, aplicable a subjectes plenament responsables en aquells supòsits que estiguin expressament disposats en el Codi. Ara bé, a diferència de les mesures de seguretat per a no imputables i semi imputables, en aquest cas, l'art. 105.2 disposa que el seu compliment és posterior a la pena privativa de llibertat imposada, la qual cosa, atenent als supòsits per als quals es preveu, (delictes contra la llibertat i

indemnitat sexual, així com determinats casos de terrorisme), als quals els correspondran penes privatives de llibertat que poden arribar a un màxim de compliment efectiu de fins a quaranta anys, sembla que es tracta d'una mesura que tindrà una efectivitat –com poc-discutible. Referent a això, s'ha de tenir en compte que en l'Exposició de Motius del Projecte expressament es decideix que les penes previstes per als delictes acabats de mencionar eren molt elevades, “*fins al punt que en alguns supòsits el seu compliment íntegre...comporta resultats pràctics no molt distants de la cadena perpètua*”. Consideracions que, posteriorment, van desaparèixer del text definitiu de la LO 5/2010, del 22 de juny, atès que implícitament en el Projecte s'admetia una evidència no massa raonable, com és el fet que a un subjecte que ha complert una condemna de cadena perpètua *de facto* se l'imposi el compliment d'una mesura de seguretat de llibertat vigilada acordada en el moment de dictar-ne la sentència condemnatòria –sense perjudici que pugui ser substituïda o que s'acordi el cessament- atès que el judici de pronòstic (la seva potencial perillositat) que es preestablia en el moment de dictar-ne sentència es conserva inalterat després del compliment de la pena.

2. 2. Mesures a adoptar¹¹².

Malgrat el maquillat que el legislador ha sotmès al Preàmbul, s'hi aprecia una línia vertebradora de la qual estava impregnada també l'Exposició de Motius del Projecte, altra cosa distinta és que sigui més formal que efectiva. Em refereixo als constants esments que es fa en ambdós textos a aquest efecte i a l'esforç rehabilitador. Quant a *l'efecte*, s'afirma que l'efecte rehabilitador de la pena es veu dificultat “*en la mesura que no resulta suficient o adequada per a excloure un elevat risc de reincidència...*” (la qual cosa entenc que no ha de ser interpretat en sentit quantitatiu sinó en relació a la seva falta d'idoneïtat per a determinats delictes); al que s'afegeix que cal contemplar altres solucions que, “*sense desistir l'esforç *rehabilitador que ha de seguir inspirant el tractament penitenciari...*”, o, fins i tot esmenta al “*delinqüent no rehabilitat...*”, supòsits –continua- en els quals la perillositat subsistent del subjecte troba la seva resposta idònia en una mesura de

¹¹². Sobre el contingut de les mesures, vid., en relació amb el Codi penal anterior, els treballs de LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*, ob. cit., p. 399 y ss; SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 221 y ss; URRUELA MORA, A.J., *Las medidas de seguridad y inserción social en la actualidad*, ob. cit., p. 160 y ss.

seguretat: la llibertat vigilada. No obstant això, l'abast de les mesures que configuren la llibertat vigilada no tenen massa de rehabilitadores i sí més de control aflictiu posterior.

a). Prohibicions, obligacions i mandats dirigits al reu.

Com hem dit, en art. 106.1 es disposen les mesures que consisteix la llibertat vigilada, amb un contingut general que dista molt de ser rehabilitador i amb una orientació marcadament de control cap al subjecte a qui se li han imposat:

“a) L'obligació d'estar sempre localitzable mitjançant aparells electrònics que permetin el seu seguiment permanent”

b) L'obligació de presentar-se periòdicament en el lloc que el Jutge o Tribunal estableixi.

c) La de comunicar immediatament, en el termini màxim i pel mitjà que el Jutge o Tribunal assenyali a aquest efecte, cada canvi del lloc de residència o del lloc de treball.

d) La prohibició d'absentar-se del lloc on resideixi o d'un determinat territori sense autorització del Jutge o Tribunal.

g) La prohibició d'ocupar determinades activitats que puguin oferir-li o facilitar-li l'ocasió per a cometre fets delictius de similar naturalesa.

i) L'obligació de participar en programes formatius, laborals, culturals, d'educació sexual o altres similars.

j) L'obligació de seguir tractament mèdic extern, o de sotmetre's a un control mèdic periòdic”.

Algunes són mesures noves, mentre que unes altres es recollien ja en l'anterior art. 105.1 com mesures de seguretat no privatives de llibertat, passant ara a ser modalitats de la llibertat vigilada. No obstant això, més que detenir-me en elles voldria assenyalar dues qüestions. La primera és que, com es pot observar, es tracta de mesures de caràcter prohibitiu, unes altres imposen determinades obligacions i, finalment, una d'elles adopta la forma de mandat quan, en realitat, es tracta d'altra obligació: la de comunicar el lloc de residència o el lloc de treball. Sigui com sigui, l'indubtable és que algunes d'elles no poden ser imposades de forma unilateral per part del Jutge o Tribunal, sinó que han de comptar

amb el consentiment del subjecte per a acceptar participar en les mateixes, és el cas de la prevista en l'apartat g), així com la de l'apartat j). Ara bé, cal remarcar que la pràctica totalitat d'aquestes, excepte les dues últimes acabades de citar tenen un indubtable component de control, la qual cosa contradiu obertament l'esforç rehabilitador que hauria de presidir la imposició de la mesura de llibertat vigilada per a convertir-les, de fet, en mesures restrictives de drets amb unes similituds més que notables amb les penes previstes en els arts. 39 i ss Codi penal.

b). Prohibicions dirigides a la protecció de la víctima.

Les prohibicions que es preveuen en el text de l'art. 106.1 del Codi penal per a protegir a la víctima del delictes em susciten alguns dubtes ja que, entenc, s'aparten de la *ratio essendi* de la mesura de seguretat. ACALE SÁNCHEZ¹¹³, expressa igualment la seva perplexitat sobre aquesta previsió i únicament encerta a entendre la seva inclusió en el text perquè en el Preàmbul de la LO 5/2010, del 22 de juny es fa alguna referència. No obstant això, la menció que s'hi realitza és absolutament genèrica i no fa al·lusió particular a les víctimes del delictes, ja que després d'afirmar la necessitat de conjuminar l'esforç rehabilitador i altres valors dignes de tutela, "*com són la seguretat i la llibertat de la resta dels ciutadans, potencials víctimes del delinqüent no rehabilitat que el sistema penitenciari retorna a la societat*", no es fa cap altra menció a les "*víctimes del delinqüent*", des del meu punt de vista, aquestes mesures no fan més que introduir un nou element de distorsió d'una mesura de seguretat que hauria d'aprofundir en la seva comesa rehabilitadora, la qual cosa no sembla ser l'orientació que li ha atribuït el legislador. És cert que alguna d'elles té un contingut similar al disposat en l'anterior 105 del Codi penal i fins i tot que altres són molt semblants a algunes de les penes privatives de drets de l'actual art. 48, que no és obstacle per a posar en relleu el marcat caràcter defensor de les mesures que, potser, podria entendre's si la seva naturalesa fos d'una pena privativa de drets però no com una mesura de seguretat.

En aquest sentit em sembla important emfatitzar la cada vegada més accentuada "*vis expansiva*" que s'atribueix a la víctima del delictes en un àmbit com el de les mesures de seguretat que, des del meu punt de vista, no té una justificació plausible. Una protecció

¹¹³. ACALE SÁNCHEZ, M., "Libertad vigilada", a *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ob. cit., p. 154.

que no se circumscriu a la víctima, sinó que es fa extensiva als seus familiars i, anant més lluny, fins i tot a les persones que acordi l'orgue sentenciador. Situació que, entenc, desequilibra la igualtat entre les parts processals, a més a més que al adoptar-ne alguna pot comportar materialment la desocialització del subjecte. Així, no oblidem que l'art. 98.3, precepte on s'estableix el procediment per a mantenir o modificar la mesura de seguretat imposada, s'atribueix a les víctimes legitimació processal fins i tot quan els hi falta. El mateix Preàmbul de la Llei de reforma del Codi penal ja posa de manifest aquest protagonisme “*que arriba a les víctimes que no siguin part del procés*”; protagonisme que si desenvolupa en al paràgraf 3 de l'art. 98, on –com es recordarà- el Jutge o Tribunal sentenciador resol sobre el manteniment o modificació de la mesura mitjançant un procediment contradictori en el qual escoltarà a les víctimes del delicte, fins i tot quan no estiguessin personades si així ho haguessin sol·licitat al inici o en qualsevol moment de l'execució de la sentència. Amb això la víctima no tant sols se l'escolta quan l'òrgan sentenciador adopta una decisió pel que fa a la mesura de seguretat sinó que en el text es reafirmen previsions defensores en les quals, de fet, la persona que ja ha complert condemna i a qui se li aplica la mesura de llibertat vigilada esdevé un subjecte més estigmatitzat si cap, ja que, per exemple no podem descartar que la víctima insti l'adopció de la mesura de prohibició per a “*residir en determinats llocs*”. En altres paraules, un subjecte que ja ha complert condemna a qui addicionalment se li imposa una mesura d'índole similar a la pena de desterrament i amb un contingut obertament desocialitzador.

Així, en el text es preveuen les següents mesures de protecció per a la víctima, de les seves familiars o de les persones que determini el Jutge o Tribunal, art. 106.1:

- a) *“La prohibició d'aproximar-se a la víctima, o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el Jutge o Tribunal.*
- b) *La prohibició de comunicar-se amb la víctima, o amb aquells dels seus familiars o altres persones que determini el Jutge o Tribunal.*
- c) *La prohibició d'acudir a determinats territoris, llocs o establiments.*
- d) *La prohibició de residir en determinats llocs”.*

Mesures, com es pot observar, de difícil control, on la intervenció del JVP és primordial i qui davant l'absència d'agents o de personal específic destinat a feines de control, necessitarà la col·laboració de les Forces i Cossos de Seguretat.

c). Dos problemes addicionals en relació a les mesures de llibertat vigilada.

En l'informe del CGPJ a l'Avantprojecte del 2008 es realitzen una sèrie de consideracions sobre la llibertat vigilada a les quals no se'ls ha donat trasllat al text de la reforma que són d'indiscutible interès. És veritat que en l'Avantprojecte la llibertat vigilada no tenia la consideració de mesura de seguretat, encara que això no impedeix que els traves que llavors va detectar el Consell continuen sense resposta.

El primer d'ells són els problemes de *bis in idem* que pot presentar la llibertat vigilada amb les penes privatives de drets i les penes accessòries amb un compliment successiu a la sortida de presó. Així, a l'art. 39 del Codi penal, entre les penes privatives de drets, es recullen: “f) la privació del dret a residir en determinats llocs o acudir a ells”; g) la prohibició d'aproximar-se a la víctima o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal; h) la prohibició de comunicar-se amb la víctima o amb aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal”, que coincideixin amb el previst en l'art. 106.1.g), 106.1.i) i 106.1.f), amb l'única diferència que l'art. 106.1.g), es refereix a la prohibició d'acudir a determinats establiments, mentre que l'apartat h) es refereix també a la prohibició de residir in determinats llocs, això és, es desdobleguen les prohibicions quant al “residir” i a l’“acudir”. Previsions que cal relacionar amb el disposat en l'art. 57 on, com tots sabem, es contempla que els Jutges o Tribunals “podran” imposar una o varies de les prohibicions contemplades a l'article 48 per la comissió d'alguns delictes que el precepte enumera, entre els quals es troben els delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual, als quals, com es recordarà, li són d'aplicació perceptiva la mesura de llibertat vigilada amb un compliment posterior a la pena de presó imposada (art. 106.2, 192.1). Com molt bé advertia el Consell, el règim d'aplicació d'ambdues, de les penes accessòries de l'art. 57 i de la llibertat vigilada són molt distintes, ja que mentre que la llibertat vigilada és susceptible de ser modificada i revisada a més a més que el seu compliment és posterior a la pena de presó imposada, les penes accessòries no es poden revisar i el seu compliment és simultani a la pena de presó, atès que la prohibició s'activa des del moment de la fermesa de la sentència (art. 57.1), sense perjudici que pogués prosseguir entre un i 10 anys si el delicte fos greu, i entre un i cinc anys, si fos menys greu. En tot cas, atenent a la prohibició de *bis in idem*, no podrien imposar-se ambdues a la mateixa persona ja que el seu fonament és el mateix; no obstant això, no s'ha previst en el text cap mecanisme per a resoldre aquest conflicte o per a fixar els criteris pels quals hauria d'optar el Jutge o

Tribunal. Tot i així, atès que el règim d'imposició de les penes accessòries és potestatiu, recordem que l'art. 57 es refereix a "*podran*", mentre que la previsió per a les mesures de seguretat de llibertat vigilada és d'índole preceptiva, "*Haurà així d'imposar...*" (art. 105.1), sembla que aquest concurs aparent de normes penals es resoluria a favor de la imposició de la llibertat vigilada, la qual cosa impediria la imposició simultània de la pena accessòria.

La segona qüestió també posada de manifest en l'al·ludit informe del CGPJ a l'Avantprojecte de 2008, està en relació amb el sistema progressiu de compliment de les penes de presó i la seva compatibilitat amb la llibertat vigilada. En efecte, la mesura de seguretat de llibertat vigilada s'executarà després del compliment d'una pena de presó o, bé, després de la fase de llibertat condicional; així, podria ocórrer que una vegada acabada la pena privativa de llibertat, el JVP proposés el manteniment de l'execució de la mesura de seguretat imposada (arts. 97.1, 98) i que, fos greu o que pogués suposar un règim més restrictiu per al reu del que tenia en llibertat condicional, és a dir, que existís una regressió pel que fa al compliment de la pena de presó en règim de llibertat condicional. És cert, com veurem seguidament, que Codi penal preveu que el JVP dos mesos abans de l'extinció de la pena ha d'elevat la proposta de modificació o del cessament de la mesura de llibertat vigilada al Jutge o Tribunal sentenciador (en aquest últim cas per haver desaparegut la situació de perillositat), que és qui acabarà resolent a la vista de la proposta i dels informes que se li remeten, i que la lògica ens duu a concloure que quan s'ha complert part de la pena de presó en llibertat condicional, seria inversemblant que l'òrgan sentenciador acordés l'execució de la mesura de llibertat vigilada inicialment imposada, tret que existeixi un pronòstic de perillositat sobrevingut que no s'hagués detectat quan el condemnat es trobava en llibertat condicional; no obstant això, no existeix una previsió expressa en el Codi en aquest sentit ni, tampoc, està contemplada cap disposició que exclougui aquesta possibilitat.

3. La imposició de la mesura de llibertat vigilada en sentència: una presumpció de perillositat.

Hem fet referència a com l'apartat segon d'aquest art. 106 disposa que la imposició de la mesura de llibertat vigilada s'efectuarà en el moment de dictar sentència. Una mesura de seguretat que s'imposa per a un compliment molt posterior al moment de ser jutjats els fets i que, en tot cas, suposa la emissió d'un pronòstic de perillositat de futur, això és, a partir

del moment en el qual el subjecte hagi complert la pena privativa de llibertat. Estem, per tant, enfront d'un pronòstic de perillositat que s'articula com una presumpció de la qual es desprèn que la pena privativa de llibertat no sorgirà cap efecte en el subjecte, al limitar-se aquesta a la seva funció retributiva o, si es vol, preventiu general, la qual cosa no deixa de constituir un pronòstic de perillositat al futur que implica que el subjecte no mostrarà cap millora en el seu pronòstic.

Encara que, també és cert que aquest mateix paràgraf preveu que almenys dos mesos abans de l'extinció de la pena privativa de llibertat, el JVP elevarà a l'òrgan sentenciador la proposta sobre el manteniment, modificació o cessament de la mesura de llibertat vigilada imposada en funció de quin hagi estat el pronòstic i l'evolució del reu, per a això el precepte es remet expressament al procediment previst a l'article 98. En aquest sentit, volgués emfatitzar que la previsió de l'art. 97 es refereix que el Jutge o Tribunal sentenciador "*adoptarà*" alguna de les decisions que es refereixen a continuació (manteniment, cessament, substitució o suspensió de la mesura), pel que la seva facultat discrecional entorn a l'adopció d'una decisió o una altra desapareix, ja que la fórmula utilitzada pel legislador és de caràcter preceptiu, pel que si l'evolució del reu es desprèn que aquest pretès judici de perillositat anticipada no existeix s'ha d'acordar el cessament de la mesura de llibertat vigilada.

En directa relació amb l'anterior existeix altra circumstància que em sembla particularment polèmica. Com ja hem vist, la imposició de la mesura de llibertat vigilada és de caràcter preceptiu quan es condemna a l'autor per la comissió de determinats delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual, així com en alguns casos de terrorisme, en altres paraules: es tracta de la imposició de la mesura de seguretat en tot cas. Així, el 105.2 disposa que: "*El Jutge o tribunal haurà d'imposar en la sentència la mesura de llibertat vigilada per al seu compliment posterior a la pena privativa de llibertat imposada...*", això és si estableix un pronòstic de perillositat de reiteració delictiva el condemnat per algun dels delictes acabats d'esmentar és un autor potencial de futur d'aquests delictes. Sens dubte es tracta de fets particularment reprovables però preveure la perillositat de futur d'algú pel sol fet que prèviament ha comès algun delicte em sembla un judici d'inferència difícilment justificable. Ara bé, entengui'm, ja que volgués partionar dues situacions relacionades entre sí però que són independents. Una cosa és que una vegada finalitzada la condemna se sotmeti a revisió el compliment de la mesura inicialment imposada i una altra és la

imposició automàtica de la mesura de seguretat per la sola autoria d'un d'aquests delictes sense que per a això, prèviament –en el moment d'imposar-se la condemna-, s'hagi emès un judici de pronòstic sobre la perillositat de futur, la qual cosa suposa l'emissió de una presumpció: que els autors d'aquests delictes són subjectes per si mateixos perillosos, la qual cosa és diferent que en el moment de liquidar la pena privativa de llibertat aquest judici de perillositat anterior venja a confirmar-se o no.

A més a més, m'agradaria cridar l'atenció sobre un problema de tècnica legislativa fruit de la precipitació del legislador a l'abordar la reforma que, des d'una interpretació estricta del principi de legalitat, suscita certs problemes sobre quan és possible aplicar la mesura de llibertat vigilada. Així, l'art. 106.2 del Codi penal disposa que: “...*el Jutge o Tribunal haurà d'imposar en la sentència la mesura de llibertat vigilada per al seu compliment posterior a la pena privativa de llibertat imposada sempre que així ho disposi de manera expressa aquest Codi*”. Previsió de la qual volgués destacar tres particularitats a les quals ja ens hem referit en diferents ocasions:

- a) El règim de compliment de la llibertat vigilada s'inicia una vegada complerta la pena privativa de llibertat.
- b) El seu compliment serà posterior a la pena privativa de llibertat quan així ho disposi el Codi
- c) En el text punitiu es disposen expressament els supòsits en els quals la imposició de la mesura és preceptiva.

Com ja és sabut, els supòsits en els quals es preveu expressament la imposició de la mesura de llibertat vigilada són dues. D'una banda, l'art. 192 i per l'altra l'art. 579.3; preceptes amb una redacció similar però no idèntica, el que generarà no pocs problemes interpretatius.

Així, en l'art. 192 es disposa el següent: “*Als condemnats a pena de presó per un o més delictes compresos en aquest Títol se'ls imposarà a més la mesura de llibertat vigilada, que s'executarà amb posterioritat a la pena privativa de llibertat...*”.

Es tracta d'un precepte situat en el Capítol VI, "*Disposicions comunes als capítols anteriors*", del Títol VII, "*Delictes contra la llibertat i la indemnitat sexuals*", sobre el qual no hi ha cap dubte sobre que als condemnats per aquests delictes se'ls imposarà la mesura de llibertat vigilada, que es complirà amb posterioritat a la pena privativa de llibertat. No obstant això, la dicció literal de l'art. 579.3 és la qual planteja problemes. En efecte, en ell es preveu que: "*Als condemnats a pena greu privativa de llibertat per un o més delictes compresos en aquest Capítol se'ls imposarà a més la mesura de llibertat vigilada de cinc a deu anys, i d'un a cinc anys si la pena privativa de llibertat fora menys greu...*"

Com és sabut, l'art. 579 se situa entre els Delictes de la Secció 2^a, "*Delictes de terrorisme*", del Capítol VII, Títol XII, "*Delictes contra l'ordre públic*". En efecte, el precepte disposa que als condemnats per aquests delictes se'ls imposarà a més la mesura de llibertat vigilada però, a diferència de l'estipulat en l'art. 192, no s'afirma que el seu compliment s'executarà amb posterioritat a la pena privativa de llibertat. Cal notar, d'altra banda, que el que diu a l'art. 106.2 és que el compliment de la mesura de llibertat vigilada serà "*posterior a la pena privativa de llibertat imposada sempre que així ho disposi de manera expressa aquest Codi*", i el Codi només disposa el seu compliment amb posterioritat a la pena privativa de llibertat en el cas dels delictes contra la llibertat i la indemnitat sexual, però no en el cas dels delictes de terrorisme previstos en l'art. 579.3; del que no hi ha cap dubte és que en aquest últim precepte es preveu la imposició de la mesura de llibertat vigilada, però res ens diu pel que fa a que el seu compliment sigui o no posterior al compliment de la pena privativa de llibertat, pel que no és aventurat afirmar que la deficient tècnica legislativa utilitzada pel legislador té com resultat la llibertat vigilada com a mesura de seguretat, l'execució de la qual té lloc amb posterioritat al compliment de la condemna privativa de llibertat, només és possible en els casos previstos en l'art. 192, però no en l'art. 579.3, el qual permetria el compliment de la llibertat vigilada de forma simultània a la pena privativa de llibertat, el contrari: la seva execució amb posterioritat en ambdues situacions, suposaria una contravenció flagrant del principi de legalitat penal per una interpretació analògica de la norma penal i, al meu judici, de dubtosa constitucionalitat.

Finalment, s'ha d'afegir a l'anterior que en aquest art. 106.2 es disposa que en el cas que el subjecte hagi estat condemnat al compliment successiu de diferents penes privatives de llibertat, el moment en el qual aquesta s'ha de considerar extingida perquè el JVP formuli la seva proposta al Jutge o Tribunal sentenciador, és quan totes les penes hagin conclòs.

Igualment, en el cas que –corresponent-se amb diversos delictes- s'hagin imposat al subjecte distintes mesures de llibertat vigilada, aquestes s'executaran simultàniament quan es tracti de mesures de la mateixa naturalesa, mentre que si no és possible el seu compliment serà successiu.

4. L'incompliment de la mesura i el delicte de trencament de condemna.

L'apartat 4 del article 106 es destina a regular l'incompliment de la mesura de llibertat vigilada, de la mateixa manera que en l'art. 100 es disposen les conseqüències del trencament del règim general de les mesures de seguretat. En tot cas, de inici, convé posar en relleu que es produeix un solapament entre ambdós preceptes que, en principi, pot resultar contradictori. Referent a això, al comentar l'art. 100.2 ja proposàvem una via interpretativa per a la substitució de la mesura de seguretat trencada que s'ajusta a l'ara previst en l'art. 106.4 que, en síntesi, passava per dotar al JVP d'una competència que en el 100.2 no se li atribueix expressament, encara que la interpretació sistemàtica d'ambdós preceptes ens duia a concloure en el mateix sentit.

En tot cas, ara s'estipula que en la hipòtesi de que s'incompleixin les obligacions imposades, l'òrgan sentenciador podrà modificar les obligacions o prohibicions, adequant-se per a això al procediment amatent en els paràgrafs anteriors que, de fet, recullen el disposat en els arts. 97 i 98. A més a més, i a diferència del previst en l'art.100.3, perquè es dedueixi testimoniatge per trencament de condemna, l'incompliment ha de ser reiterat i greu, és a dir, s'ha de constatar la voluntat del subjecte de no sotmetre's a les obligacions o prohibicions imposades. Resten, no obstant això, qüestions per resoldre a les quals no s'ofereix resposta com seria el cas que el subjecte fora condemnat per un delicte de trencament de condemna dels previstos en l'art. 468, en aquesta hipòtesi, quin seria el procediment a seguir per al compliment de la pena per trencament?. Hi hauria alguna modificació en relació a la mesura de llibertat vigilada?, continuaria complint la mesura fins a llavors trencada o compliria primer la pena per trencament i més tard la mesura?. Situacions que en aquests moments manquen d'una regulació expressa i sobre les quals pengen un bon nombre d'interrogants.

BIBLIOGRAFIA

- *ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468 CP”, en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Directores), Valencia, 2010
- *ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad”, EPCr., nº 29, 2009.
- *ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Código penal y política criminal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Directores), Valencia, 2010.
- *CANO PAÑOS, M. A., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán”, CPCri, nº 91, 2007.
- *CASABÓ RUÍZ, J.R., “El fundamento de las medidas de seguridad”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La LPRS de 4 de agosto de 1970)*. Valencia, 1974.
- *CEREZO MIR, J., “Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código penal”, en *La Ley*, nº 4603, Diario de 21 de junio de 1996.
- *CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, T. I, 5ª ed., Madrid, 1997.
- *CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 2002.
- *DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, RECPCR, 07-01, 2005.
- *GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo”, en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la unión europea* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Director), Valencia, 2009.
- *GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1005*, Pamplona, 1997.
- *GARCÍA PABLOS, A., *Introducción al Derecho penal*, 3ª edición, Madrid, 2005.
- *GONZÁLEZ RUS, J. J., en *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M., Director), T. I, Madrid, 1999.
- *GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996.
- *GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed. Valencia, 2000.

- *GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008.
- *JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976.
- *JORGE BARREIRO, A., en *Comentarios al Código penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1997.
- *JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho”, en *Nuevas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid, 2001.
- *LANDECHO VELASCO, C. M., en *Comentarios al Código penal* (COBO DEL ROSAL, M., Director), T. IV, Madrid, 2000.
- *LANDECHO DE, (S.J.), C. M., en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La LPRS de 4 de agosto de 1970)*. Valencia, 1974.
- *LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantea en la moderna dogmática del Derecho penal*, Pamplona, 2008.
- *MAZA MARTÍN, J.M., “La necesaria reforma del Código penal en materia de medidas de seguridad”, en *Las penas y medidas de seguridad*, CDJ, nº XIV, Madrid, 2006.
- *MORALES PRATS, F –GARCÍA ALBERO, R., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad: ¿réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social”, La ley, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., en “Monismo y dualismo en Derecho penal”, EPC, 1981-1982.
- *QUINTERO OLIVARES, G.- MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983.
- *QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986.
- *QUINTERO OLIVARES, G., “Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- *REBOLLO VARGAS, R. “Libertad vigilada: arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP”, en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Directores), Valencia, 2010
- *REQUEJO RODRÍGUEZ, P. “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *InDret*, 3/2008.
- *ROBLES, R., “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4/2007.
- *RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *RGLJ*, 1965

- *ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad social y Derecho penal preventivo*. Barcelona, 1986.
- *SÁNCHEZ YLLERA, I., en *Comentarios al Código penal de 1995* (VIVES ANTÓN, Director), T. I, Valencia, 1996.
- *SANTANA VEGA, D. M^a. , “La perna de libertad vigilada en los delitos de terrorismo”, EPyCri., 2009.
- *SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y seguridad en el derecho penal*. Valladolid, 2003.
- *SANZ MORÁN, A., “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.
- *SILVA SÁNCHEZ, J. *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- *SILVA SÁNCHEZ, J., “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado”, en *Delincuencia sexual y sociedad* (REDONDO, S., Coordinador), Barcelona, 2002.
- *TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de derecho*. Madrid, 1981.
- *URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción en la actualidad*, Granada, 2009.
- *VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución y medidas de seguridad”, en PJ, nº 3, 1986.
- *VIVES ANTÓN, T.S., “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad, (La LPRS de 4 de agosto de 1970)*. Valencia, 1974.
- *VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal* (Traducción de AIMONE GIBSON, E., con revisión de RIVACOBIA RIVACOBIA, M.), Valparaíso, 1984.
- *ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, 3^a ed., Valencia, 1993.
- *ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la penal”, en RDPyCr., 2009.