

LA INTRODUCCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ¿HAY MOTIVOS PARA EL ESCÁNDALO?¹

Sr. D. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Profesor de Derecho Penal en la Universitat Pompeu Fabra.

Asesor del Gabinete del Ministro de Justicia

Buenas tardes. Querría comenzar dando las gracias a la Abogacía General del Estado por su invitación a participar en estas jornadas. Considerando que estoy delante de un auditorio lleno de Abogados del Estado, alguno pensará que qué otra cosa iba a decir, ¿no? Pero mi agradecimiento es sincero. Una de las mejores cosas que me ha pasado en el tiempo que llevo trabajando en el Ministerio de Justicia es haber tenido la oportunidad de trabajar con los Abogados del Estado de la tercera planta de San Bernardo 45, de quienes es mucho lo que he aprendido y entre los que se cuenta un desproporcionado número de mis amistades dentro del Ministerio. Poder participar hoy en estas prestigiosas jornadas es por tanto un auténtico honor por el que estoy sinceramente agradecido.

Voy a hablar de un tema que puede parecer un poco provinciano, o por lo menos una suerte de discusión familiar, como es la polémica que ha levantado la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada en el Código Penal. Digo que es una cuestión un poco parroquiana porque aunque ahora estoy de paso por el Ministerio de Justicia yo provengo de una parroquia que se llama “Academia”, y en esa parroquia ha levantado mucha polvareda la introducción por la LO 5/2010 de la institución denominada, como veremos quizá no con mucha propiedad, “libertad vigilada”.

Se trata, como saben, de una medida de seguridad no privativa de libertad que puede imponerse tanto a sujetos inimputables como, y aquí está la novedad, en un número muy limitado de casos, también a sujetos imputables cuando tras el licenciamiento definitivo de la pena de prisión persiste un pronóstico de peligrosidad. Esta segunda posibilidad, como decía el único aspecto verdaderamente novedoso, ha brindado a los académicos una nueva ocasión para desplegar los expedientes retóricos utilizados para criticar el estado actual de la legislación y la praxis penal. Tales expedientes retóricos siempre están ahí, pero varían en contenido a lo largo del tiempo. Hace unas décadas se advertía de la censurable confusión del Derecho penal con la moral y de la infracción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, mientras que hoy en día están más en boga las referencias a expresiones más amplias y menos definidas, como las de “Derecho penal del enemigo” y “populismo punitivo”. Pero lo que importa es que, entonces como ahora, en el uso de estas expresiones puede detectarse un problema de exceso de alcance. Por supuesto, la realidad de la aplicación del Derecho penal “actual” (el de la actualidad de cada momento) es francamente mejorable y debe denunciarse para incentivar tal mejora: en eso estamos todos de acuerdo. El problema es que en ocasiones el afán crítico se exagera, juntándose churras (medidas adecuadas y por tanto justificables) con merinas (medidas inadecuadas). Y este exceso en el alcance de la

¹ El texto corresponde a una intervención oral, cuyo tono y orden se ha pretendido mantener en este escrito, para lo cual se ha omitido la introducción de referencias doctrinales. Sin embargo, dada la novedad de la materia, quizás resulte oportuno indicar al lector la existencia de dos completas contribuciones sobre la materia: GARCÍA ALBERO, Ramón: “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2010 y URRUELA MORA, Asier: “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en Ortiz de Urbina (director): *Memento Experto Reforma Penal 2010*. Francis Lefebvre, Madrid 2010.

crítica acaba volviéndose contra quien la efectúa, que se aísla de la discusión práctica apareciendo como alguien ajeno a la realidad.

En esta intervención voy a hacer de abogado del diablo y voy a intentar mostrar la cara positiva (que no amable) de la libertad vigilada, que creo que la tiene. Además, voy a argumentar que de ninguna manera se puede entender que estemos ante un supuesto ni de Derecho penal del enemigo (aunque no tengo muy claro cuál es el significado de esta expresión) ni de populismo punitivo. Por el contrario, es una institución que puede resultar útil en algunos casos, pocos pero importantes, y que además tiene perfecto encaje constitucional. Si las cosas fueran de otro modo, no se entendería que la institución exista en casi toda Europa (recientemente el profesor García Albero, gran experto en la materia, decía que antes de la inclusión de la libertad vigilada España era “un istmo” entre los ordenamientos europeos). Como se ve, es mucho lo que voy a defender de la libertad vigilada. Lo que sin embargo no podré defender es el nombre elegido: en el resto de Europa y en algunos textos internacionales “Libertad vigilada” es el nombre que se le da a la situación similar a nuestro cuarto grado, es decir, a la puesta en libertad del condenado tras el cumplimiento de una parte de la pena que se condiciona al cumplimiento de ciertas normas de conducta. Por supuesto, esto no supone un obstáculo insalvable, porque es sabido que tanto en el estudio del Derecho comparado como en la práctica de la cooperación jurídica internacional se sigue un enfoque funcional, conforme al cual se entiende que dos instituciones son equiparables si sus efectos también lo son. Pero no hay duda de que, puestos a regular de nuevo cuño una institución, habría sido más conveniente no darle una denominación que puede inducir a confusión con otras instituciones ya existentes.

Los objetivos de la regulación

Vayamos ya a los aspectos sustantivos, y comencemos por indagar los objetivos de la regulación. ¿Qué se pretende con la libertad vigilada? Básicamente, dos cosas: por un lado evitar a la víctima del delito o a personas muy cercanas a ésta perjuicios derivados del contacto con el autor tras el cumplimiento por éste de la pena; por otro, vigilar el tránsito a la libertad de sujetos que, habiendo cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad, continúan sin embargo teniendo un pronóstico de peligrosidad. Aunque durante toda la fase de tramitación gubernamental y parlamentaria ha habido una tendencia a introducir ambos problemas conjuntamente en el mismo y extenso saco de “la protección de la víctima”, se trata en realidad de dos problemas distintos. En un caso nos preocupa el bienestar de una persona definida y que ya fue victimizada por el autor (o lo fue una persona cercana a ella), mientras que en el otro lo que nos preocupa es la seguridad de un número indeterminado e indefinido de personas (todas las que en el futuro puedan ser sujetos pasivos de los nuevos delitos cometidos). En el primer caso no preocupa tanto que el autor del delito reincida (porque las estadísticas dicen que la reincidencia es prácticamente nula en estos supuestos) como que lleve a cabo conductas ofensivas para la víctima. En el segundo, por el contrario, lo que nos preocupa es precisamente que el autor del delito reincida.

El primer tipo de conductas tiene una fácil solución en aquellos ordenamientos que disponen de tipos penales contra las situaciones de hostigamiento o acoso que no se traducen en actos de contacto directo, denominadas “stalking” (de “stalk”, acechar en inglés). Estos delitos son usuales en los ordenamientos del *common law* y van abriéndose paso en otros ordenamientos europeos (recientemente ha sido introducido en

Italia) y en los textos internacionales (el *stalking* figura como conducta punible en el texto de la convención sobre la violencia de género del Consejo de Europa que se está elaborando en estos momentos). Pero lo cierto es que resultan algo problemáticos en los derechos penales europeos “continentales”, poco dados a la valoración global de situaciones o ambientes y mucho más apegados a la imputación de hechos concretos. En alguna otra ocasión me he referido a esta situación como “el problema de los INGs”: tenemos problemas con el *mobbing*, tenemos problemas con el *bullying* y tenemos problemas con el *stalking*. Como puede verse, lo que resulta problemático en todos estos casos es cómo atribuir responsabilidad por la sucesión de hechos que individualmente considerados no alcanzan relevancia jurídico-penal o no de una forma que refleje su seriedad. Esto último se ilustra bien con el ejemplo del acoso o *mobbing* inmobiliario: en ocasiones los tribunales españoles han considerado como falta de coacciones las conductas encaminadas a expulsar a alguien del lugar en el que legítimamente vive, tales como hacer ruidos a deshora, arrojar basura en la escalera de uso común o no arreglar averías producidas por el uso regular de la vivienda. Pero resulta evidente que la multa de 10 a 20 días que para esta infracción dispone el art. 620 del Código penal no refleja la seriedad de la situación. Lo mismo ocurre con la conducta de quien, habiendo sido condenado por homicidio terrorista y habiendo cumplido la pena, se pasea jocosamente delante de la pareja o familia de quien fue su víctima. Hasta la reforma penal de 2010 no se disponía de instrumentos jurídicos adecuados para tratar estos supuestos, y sin embargo no parece dudoso que se trata de situaciones que han de prevenirse.

El segundo objetivo, como se adelantó, es garantizar el denominado “tránsito a la libertad” de ciertos delincuentes en los que cumplida la pena privativa de libertad, persiste un pronóstico de peligrosidad. También en este caso conviene precisar algo más los términos del debate. Dada la amplia resonancia mediática de los delitos sexuales, sobre todo aquellos cometidos sobre menores, se ha dicho que el objetivo es actuar sobre este tipo de delincuentes, que presentarían unos pronósticos de peligrosidad muy elevados. Lo anterior es cierto sólo en un 50%. Sin duda la reforma se dirige a los delincuentes sexuales (además de a los terroristas), pero no es cierto que éstos tengan pronósticos de reincidencia superiores a la media. Al contrario: tienen pronósticos de peligrosidad inferiores a la media, de hecho menos de la mitad de la media. Creo, con todo, que el hecho de que se hayan hecho afirmaciones erróneas sobre los pronósticos de peligrosidad en este tipo de delitos no debe desviar la atención del problema: un pronóstico de reincidencia del 30% en un violador es una cosa muy seria, mientras que un pronóstico del 30% de reincidencia en una persona que ha hurtado, pues, ¡hombre!, qué duda cabe que no está bien, pero no nos genera la misma preocupación, ni debe hacerlo, por tratarse de delitos que causan daños de muy distinta severidad. Por eso ya veremos que preocupa, sí, la posibilidad de que se reitere el delito, pero no es una preocupación meramente estadística de ver qué delitos tienen tasas más elevadas de reincidencia, sino una preocupación por la reincidencia en algunos delitos muy graves precisamente por la seriedad de sus consecuencias para las víctimas.

Si lo que llevo dicho es cierto, parecería que los objetivos perseguidos no son de por sí criticables. Sin embargo, hoy mismo decía el Secretario de Estado en estas jornadas que la medida de libertad vigilada hará correr ríos de tinta (también decía, y estoy plenamente de acuerdo, que podrá gustar más o menos, pero no se encontrarán resquicios que tumben su constitucionalidad). Dada mi procedencia profesional, nobleza obliga, o por lo menos profesión obliga, a seguir las discusiones doctrinales. En ellas se

encuentran desde críticas a la adecuación de la regulación concretamente escogida hasta proclamaciones de inconstitucionalidad. Las primeras críticas me resultan más interesantes y en algunos casos puedo compartir algunos de sus planteamientos. Pero ahora me interesa hablar de las otras, es decir, de las que sostienen que la medida de seguridad de libertad vigilada es inconstitucional. Porque, vamos a ver, ¿qué es la libertad vigilada y por qué motivos puede atacarse su constitucionalidad? Estamos ante una medida de seguridad no privativa de libertad, y hasta aquí no debería surgir ninguna polémica, porque evidentemente ya había medidas de seguridad no privativas de libertad antes de la reforma efectuada por Ley Orgánica 5/2010. ¿Acaso ocurre que se haya variado el contenido de la medida? No de forma relevante. Veámoslo:

El contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada

El nuevo art. 106.1 comienza afirmando que “La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas”, para a continuación ofrecer un listado de once reglas de conducta, algunas de las cuales ya se encontraban en el Código penal, esparcidas por el art. 96, y añadiendo otras nuevas (la mayoría de ellas poco novedosas). En concreto, las reglas de conducta son las siguientes:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Como puede verse, se trata de un conjunto muy ecléctico de normas de conducta, precio a pagar por la flexibilidad que ha de ofrecerse al juez en la individualización de la medida, hecho en sí en absoluto criticable, pero precio también a pagar por haber querido alcanzar las dos finalidades diversas vistas en el apartado anterior con una misma institución, algo que ya no está tan claro que haya sido un acierto: como han puesto de manifiesto algunos autores, bien podría haberse escogido una diferenciación de instituciones y regular las medidas dirigidas a la protección del bienestar, honor y tranquilidad de quien ya fue víctima de un delito en lugar y de forma distinta a las

medidas dirigidas a vigilar más estrechamente el tránsito a la libertad de quienes han cancelado su condena pero siguen manifestando un pronóstico de peligrosidad.

Si comparamos el listado con la regulación anterior, tan sólo las medidas recogidas en los incisos “a” e “i” suponen novedades sustantivas del catálogo de reglas de conducta aplicables. En el primer caso, porque hasta la reforma era posible prohibir al sujeto la residencia o estancia en ciertos lugares, pero no exigirle dar cuenta de su localización de forma permanente. Pero más novedosa es la previsión del inciso “i”, que además afecta o puede afectar a otro derecho del condenado (el derecho al trabajo). Se está pensando, por ejemplo, en el caso de personas con tendencias pedófilas que las han sublimado alguna vez en forma de conductas de pederastia por las que han sido condenadas, y la idea es evitar que desempeñen determinadas actividades en las que el sujeto está expuesto a personas o situaciones que pueden desencadenar su actividad delictiva, es decir, entornos criminógenos, como pueden ser las guarderías o el trabajo como monitor de tiempo libre con menores. En conclusión, no hay nada en el catálogo de reglas de conducta que suponga una diferencia en perjuicio del condenado respecto de la situación previa a la reforma tal que pueda convertir la regulación anterior (unánimemente considerada constitucional) en inconstitucional.

El ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

¿Qué decir de los supuestos de aplicación? Éste es realmente el tema decisivo, y sobre él ha reinado una gran confusión. Ésta fue perceptible ya en las intervenciones ocurridas en sede parlamentaria. En ellas recuerdo la sorpresa con la que los asesores del Ministro que seguíamos los debates observábamos el gran número de ocasiones, sobre todo mientras se discutían las enmiendas a la totalidad, en las que se decía que la libertad vigilada era aplicable a todos los delitos. Con esta rotundidad, la frase anterior nunca fue cierta.

Como medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a los sujetos inimputables o semiimputables la libertad vigilada es desde luego y razonablemente aplicable a todos los delitos. Se reproduce en este punto el sistema anterior, sin que nadie haya presentado, ni antes ni ahora, una objeción razonable. La polémica tiene que ver con los delitos a los que es aplicable la medida de libertad vigilada *cuando se impone a imputables*. Y, sorpresa, resulta que a pesar de las afirmaciones sobre el gran número de delitos a los que sería de aplicación, en realidad éstos son solo dos tipos de delitos: delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y delitos de terrorismo. Así, no sólo se trata de un sistema de *numerus clausus*, sino que de hecho éste es muy restrictivo. Como ocurre en estos casos, ya se han escuchado algunas críticas que aluden al argumento de la pendiente resbaladiza: “se empieza con unos delitos pero luego llegan otros reformadores e introducen otros”. Miren: puede que esta ampliación ocurra y puede que no, pero lo que es evidente es que las reformas hay que juzgarlas por lo que hacen y no por lo que otros puedan hacer después con ellas. Y el hecho es que en la reforma de 2010 la libertad vigilada imponible a imputables se configura de un modo muy restringido, y no sólo porque sea aplicable sólo a estos dos grupos de delitos, sino porque se establecen otros límites adicionales.

Duración y presupuestos de la libertad vigilada

Si el delito en cuestión tiene una pena superior a 5 años la medida de seguridad de libertad vigilada se impone por un período de 5 a 10 años, si la pena es de hasta 5 años el período de imposición es de 1 a 5 años. Ello, además, con dos matices o cautelas: la primera se refiere a que, cuando el delito no es grave (delitos con penas señaladas de hasta 5 años), la libertad vigilada es de imposición facultativa para los delincuentes primarios, esto es, los que cometen por primera vez el delito o tienen los antecedentes cancelados. Pero lo decisivo es la segunda cautela: al configurarse como medida de seguridad, la libertad vigilada cesa si no hay pronóstico de peligro, y ni siquiera puede darse inicio a su cumplimiento si una vez terminada la ejecución de la pena privativa de libertad no hay pronóstico de peligro. Es decir, si un sujeto que ha cometido un delito contra la libertad sexual ha accedido al tercer grado en el momento en el que ha podido hacerlo, se ha sometido a programas adecuados, por ejemplo, tratamientos hormonales reversibles (eso que los medios de comunicación tan drásticamente llaman “castración química”), si esa persona ha accedido después al cuarto grado, entonces algo muy raro tiene que pasar para que en el momento del licenciamiento se haga un pronóstico de peligro. Ello es así porque para pasar al cuarto grado y obtener la libertad condicional se ha de tener un pronóstico positivo de reinserción. En cuanto al juicio de peligrosidad, para elaborarlo lo que se hace es que el juez de vigilancia penitenciaria recoge todos los informes que existan, y principalmente los de instituciones penitenciarias, y hace una propuesta al juez sentenciador, quien decide esta propuesta.

También sobre este punto (la naturaleza de medida de seguridad de la libertad vigilada para imputables) ha habido alguna confusión, aunque en este caso ésta tenga algo más de justificación, dado que en algún anteproyecto anterior al que finalmente llegó a las Cortes y fue aprobado como LO 5/2010 la libertad vigilada se configuraba como pena, como una pena privativa de derechos que se añadía a la pena privativa de libertad.

Personalmente, entiendo que la libertad vigilada para imputables se entiende mejor como una medida de seguridad que como una pena, y desde luego esta consideración es más favorable para la persona que pueda ser eventualmente estar sometida a esta sanción, dado que la vincula estrictamente con un pronóstico de peligro.

La polémica doctrinal viene dada por el asalto que esta consideración como medida de seguridad supone al statu quo instaurado en el año 1995 con la aprobación del vigente Código penal. Desde entonces y hasta la LO 5/2010, la relación entre penas y medidas de seguridad parecía clara:

- 1) Acción típica y antijurídica + culpabilidad= pena
- 2) Acción típica y antijurídica + inimputabilidad= medida de seguridad²

Tras la reforma, sin embargo, se rompe esta ecuación, y delito + culpabilidad puede ser pena... o puede ser pena y medida de seguridad tras el cumplimiento de la pena. Y aquí es donde llegan las reacciones doctrinales, y algunas de ellas son de todo menos moderadas.

La libertad vigilada como “Derecho penal del enemigo” y su constitucionalidad

² Hablo de ausencia de imputabilidad y no de falta de culpabilidad, porque la culpabilidad puede faltar por la existencia de un error de prohibición o un miedo insuperable, y en estos supuestos no se imponen medidas de seguridad.

La previsión de la libertad vigilada, se dice, es un supuesto de “Derecho penal del enemigo”. Yo, y miren que he dedicado bastantes horas de mi vida a leer sobre el tema, a estas alturas todavía no sé ni medio bien qué es el Derecho penal del enemigo. Pero lo que sí tengo claro es que la evolución del concepto forma parte de un fenómeno muy interesante, como es el de las modas académicas.

Cuando yo comencé la tesis en los noventa, cuando mi compañero de mesa el Sr. Martínez de Arrieta y yo éramos compañeros en el departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, todo era imputación objetiva. Había centenares de libros y artículos sobre la imputación objetiva del resultado, de la conducta, del perjuicio en la estafa, de la conducta de la víctima... imputación objetiva de todo, vamos. Ahora ya no salen apenas libros o artículos sobre el tema, y el rendimiento práctico de la institución parece no haber llegado donde se esperaba (aunque ello ciertamente puede ser porque se esperaba demasiado, y en cualquier caso la imputación objetiva sí ha conseguido un puesto dentro del arsenal dogmático). Luego, cuando en el año 2000 se introduce el delito del 318 bis, modificado en la desgraciada pedrea de reformas de 2003, un delito supuestamente contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, de nuevo se produjo un aluvión de libros y sobre todo artículos (los temas de parte especial son menos susceptibles de esponjado). Unos años después, de repente apenas hay nada sobre el tema, cuando de hecho ahora es cuando hay muchas más condenas y persecuciones por este delito y es por tanto cuando parecería que la labor académica habría de tener más utilidad.

Algo similar creo que pasa con esto del Derecho penal del enemigo. Ahora todo es Derecho penal del enemigo, y tan todo lo es que incluso se ha tildado como tal a la reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico. Miren, esta reforma de tráfico puede ser criticable, no digo que no, pero lo es sobre todo por un aspecto que no tiene que ver con la dogmática penal, como es que ha generado una ingente actividad judicial. Tanta que un tercio de los escritos de acusación que presentaron los fiscales en España en 2009 fue por delitos de tráfico, lo que quiere decir que se presentan más escritos de acusación por estos delitos que por cualquier otro grupo de delitos, incluso los tradicionalmente abundantes delitos patrimoniales y los mediáticamente estelares supuestos de violencia de género. Todo lo cual resulta un poco curioso. Atendiendo a la actividad de la fiscalía pareciera que el principal problema político criminal de España fuera la delincuencia contra la seguridad vial. Y es posible que algún fiscal especializado estuviera dispuesto a afirmarlo, pero en tal caso creo que estaría solo en esa afirmación, dado que es evidente que hay otros problemas que son más graves. Miren: si una conducta tan indiscutiblemente grave como el genocidio es Derecho penal del enemigo, y otra sin duda mucho menos grave como la conducción bajo los efectos del alcohol es también Derecho penal del enemigo, entonces lo que en realidad ocurre es que se está llamando Derecho penal del enemigo a todo aquello que es o se considera desproporcional o incluso inadecuado. Estamos por tanto cambiando la etiqueta a dos conceptos tradicionales y por completo utilizables (las nociones de proporcionalidad y de adecuación) y sustituyéndolos por una noción retóricamente más vigorosa pero también más vaga, y por lo tanto menos utilizable en el análisis jurídico.

El siguiente paso es afirmar que es inconstitucional. Aquí los mi gremio, y aunque vamos mejorando, todavía vivimos en un mundo jurídico-constitucional alternativo. Quizás el problema comenzara con la barra libre que supuso la aprobación de la

Constitución Española y la necesidad de reinterpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz de esta norma cuando todavía no se había reformado el Código penal. Ello llevó a elaboraciones muy profusas sobre como, por ejemplo, ubicar el dolo y la imprudencia dentro del tipo subjetivo y no dentro de la culpabilidad no era ya una decisión teórica, sino una opción claramente inferible de las a su vez no escritas disposiciones constitucionales sobre la función de la pena. En realidad, claro, las constituciones no aprietan tanto, sino que dejan una gran libertad a los juristas de la legalidad ordinaria (en el sentido de infraconstitucional). Y eso es justamente lo que viene diciendo con insistencia el Tribunal Constitucional, desde luego también en materia de política criminal (y yo creo que no debe de ser de otra manera): en el juicio de constitucionalidad se ha de ser deferente con las opciones escogidas por el legislador y, sobre todo, no debe confundirse la adecuación o inadecuación de una medida con su constitucionalidad.

El Derecho penal académico vive en buena parte de espaldas a esta realidad jurídico-constitucional. Ayer andaba leyendo a un gran penalista, cuyo nombre omitiré por razones prudenciales, que decía que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tenía contenido constitucional (a), daba su definición de bien jurídico (b) y luego concluía afirmando que, como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene contenido constitucional (c), cualquier ley que proteja un interés que no cumpla con las características de la definición expuesta en (b) es inconstitucional. Tasándolo por lo bajo, al menos la mitad de las nuevas reformas desde el año 2000 serían inconstitucionales conforme a esos criterios. Sin embargo, en los últimos quince años el TC no ha declarado nulo ningún inciso del Código penal por oponerse a la teoría del bien jurídico, y no ha hecho más que una sentencia interpretativa en materia de tipicidad penal (interpretando en concreto el delito de tenencia ilícita de armas).

¿Qué significa esta distancia entre los efectos de la Constitución según el TC y los efectos de la Constitución según los penalistas? En mi opinión significa que a lo mejor hay que ser un poco más modesto y entender que hay una diferencia crasa entre lo que es la inconstitucionalidad de una norma y su inadecuación. Y esto haría un gran favor al debate, porque en vez de estar discutiendo sobre conceptos en el cielo jurídico con el primer Jhering, bajaríamos con el segundo Jhering a hablar del fin en el Derecho y podríamos discutir no sólo qué fines tiene que perseguir el Derecho, sino cómo en concreto se han de conseguir. Y esto es lo que nos lleva al problema que yo creo que se está creando a la dogmática penal en este tema.

Medidas para imputables: el problema del biólogo y la araña de seis patas

Las medidas para inimputables son un ejemplo de algo que los anglosajones llamarían o llaman “el problema del biólogo y la araña”. Aquí mis amigos de la Abogacía del Estado ya me han oído hablar de biólogos, porque hay un ejemplo muy famoso de Bernard Williams sobre el que me tocó escribir hace un tiempo y mientras lo hacía les atormentaba con mil y un ejemplos. Se trata del caso de un biólogo que aparece en mitad de un pueblo en el Amazonas en el momento en el que un terrorista tiene a diez personas a punto de ser fusiladas. Al ver al biólogo, el terrorista, que no respeta los derechos humanos pero es un gran amante del resto de la naturaleza, le reconoce y, debido a la alegría que le supone haberle conocido, le hace la siguiente oferta: si el biólogo dispara y mata personalmente a uno solo de los campesinos, el terrorista se compromete a libertar al resto (esto, por supuesto, es una cuestión de conflicto vida a

vida, un supuesto de estado de necesidad justificante o disculpante, según los distintos autores).

Pero no es éste el biólogo que nos ocupa ahora. Este biólogo también está en el Amazonas, pero en lugar de encontrarse con el desagradable terrorista se encuentra con algo que a primera vista parece una araña, pero que luego resulta tener seis patas. El biólogo revisa sus principios taxonómicos y verifica que la araña es un arácnido y que éstos, entre otros rasgos físicos, tienen ocho patas, y el animal que tiene delante tiene seis. Sin embargo, realmente es como una araña: se mueve igual, come lo mismo que las arañas de la zona, se reproduce con ellas... pero tiene seis patas. ¿Qué hacemos? Pues una de dos: o decimos que las arañas siempre tienen ocho patas y que hay otro animal que no es una araña pero que se le parecen muchísimo y sólo tiene seis, o cambiamos la categoría de araña y decimos que las arañas tienen, además de otros rasgos, seis u ocho patas.

Lo mismo ocurre en el Derecho penal español tras la inclusión por el legislador de la medida de seguridad de libertad vigilada. Ahora hay una medida de seguridad que es para imputables, y esto puede molestar, pero es sin duda lo que ha hecho el legislador. ¿Qué toca hacer ahora?

Dogmática descriptiva y dogmática prescriptiva

La verdad es que el dogmático penal tiene un problema mayor que el botánico, porque mientras que éste puede establecer las categorías y subcategorías que quiera, el dogmático no puede si quiere seguir describiendo lo que hay en el Código Penal. Si el legislador dice que algo, en este caso la libertad vigilada, es una medida de seguridad, entonces la dogmática, si quiere describir la realidad jurídica, tiene que decir que es una medida de seguridad y modificar su concepto de medida de seguridad restringido a los inimputables para decir que éstas también se pueden en algunos casos imponer a imputables. Tendrá sin duda argumentos para decir que este cambio está fatal, pero entre ellos no se encontrará el hecho de que hasta ahora las medidas de seguridad eran sólo para inimputables, porque ese hecho es precisamente lo que ha eliminado de un plumazo el legislador (del mismo modo que también ha eliminado otro principio al menos igual de clásico: *societas delinquere non potest*).

Creo que la dogmática tiene que darse cuenta de que la situación ha cambiado. No ha sido con su ayuda, porque salvo algunas excepciones no ha colaborado para conseguir una mejor regulación, pero desde luego la libertad vigilada está aquí y toca hacer dogmática descriptiva. ¿Significa esto que no se puede hacer dogmática prescriptiva, que no se puede decir que el legislador se ha equivocado y que como teórico nunca voy aceptar que la institución de la libertad vigilada sea una medida de seguridad? Claro que no. Uno puede aferrarse a sus presupuestos teóricos y seguir afirmando que no se trata de una medida de seguridad porque las medidas de seguridad son solo para inimputables y semi-imputables. Pero no estará describiendo nuestro Derecho, estará simplemente prescribiendo cómo debería ser. Y el problema es cuando esto se quiere llevar al ámbito constitucional. Las categorías dogmáticas nunca pueden por sí mismas fundamentar un juicio de inconstitucionalidad, puesto que los juicios de este tipo tienen que basarse en los preceptos constitucionales. Si la necesidad de dolo o imprudencia para poder imputar un delito tiene relevancia constitucional no es directamente y porque sean las dos formas de imputación subjetiva reconocidas por nuestro Derecho, sino

indirectamente y porque el principio de culpabilidad exige que haya responsabilidad subjetiva y el dolo y la imprudencia son las formas de responsabilidad subjetiva reconocidas por nuestro ordenamiento. Para sostener un juicio de inconstitucionalidad en categorías dogmáticas, por tanto, hay que ver cómo ciertas categorías dogmáticas se relacionan con principios constitucionales y argüir que ha habido una infracción de estos. Y creo que esta tarea resulta imposible en el caso de la libertad vigilada y que por lo tanto no es posible fundamentar un juicio de inconstitucionalidad.

Constitucionalidad de la medida de libertad vigilada

Una primera posibilidad para argüir la inconstitucionalidad de la libertad vigilada para imputables consiste en afirmar que estas medidas atentan contra la resocialización, que es según el art. 25 el fin al que deben estar orientadas las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Esto tendría un primer problema, y es que el Tribunal Constitucional de forma clara (y discutible) tiene un concepto muy estrecho de la finalidad resocializadora. Pero incluso si nos olvidamos de esta doctrina, lo cierto es que no es fácil argumentar la premisa fáctica, esto es, que la medida actúa en contra de la resocialización. Pensemos en una persona condenada por un delito sexual que pasa diez años en prisión, habiendo obtenido el tercer y el cuarto grado y teniendo un pronóstico favorable de reinserción cuando finaliza el cumplimiento de la pena. A esta persona, por ausencia de peligro, no se le puede imponer la medida de libertad vigilada, de modo que no se actúa en contra de la resocialización. Pensemos por el contrario en una persona que no ha podido disfrutar de permisos o solo muy excepcionalmente, y que tampoco ha alcanzado la libertad condicional porque ha tenido un pronóstico positivo de peligrosidad. Al final de la pena de prisión sigue siendo obvio que la persona no está resocializada y se disponen una serie de medidas para seguir su tránsito a la libertad. ¿Es esto contrario a su resocialización o más bien un último intento de verificarla? Me inclino por esta última posibilidad, que es por supuesto compatible con que también se persiga la protección de sus eventuales víctimas.

Una segunda posibilidad es afirmar que la medida es desproporcionada. Aquí no cuenta si estamos ante una medida de seguridad o ante una pena. Aquí cuenta, como diría Bentham, la aflicción, y en concreto la suma de aflicción (pena de prisión + libertad vigilada). Estamos hablando de penas muy elevadas a las que después se les añaden unas reglas de conducta que pueden durar, si la pena impuesta era superior a cinco años, de 5 a 10 años, y de 1 a 5 años en otro caso. Esto supone una aflicción adicional que tiene que entrar en el juicio de proporcionalidad, con el nombre que sea. ¿Es la unión de ambas sanciones, de ambas medidas aflictivas, suficiente para declarar la inconstitucionalidad? De nuevo entiendo que no. Podemos pensar en supuestos en que sí lo sea, como por ejemplo si se le impusieran estrictas reglas de conducta a un sujeto con un pronóstico de peligrosidad bajo. Pero eso es un problema de subsunción del caso concreto, y lo que interesa para el juicio de constitucionalidad es ver si en abstracto la ley, incluso en su lectura más favorable, resulta demasiado dura en atención a los beneficios que consigue. En el caso de la libertad vigilada, los beneficios perseguidos son amplios, porque lo que se trata es de poder seguir mejor el tránsito a la libertad de personas que continúan teniendo un pronóstico de peligrosidad y de garantizar que no se ofende o perjudica a quien ya ha sufrido como víctima del delito, impidiendo por ejemplo a los autores del delito que vivan al lado del cónyuge viudo de su víctima o que se paseen con pancartas diciendo barbaridades sobre personas que fueron asesinadas en un determinado pueblo, donde todavía viven sus familiares. No parece que

considerando los costes y beneficios en juego estemos ante un supuesto de sobreexigencia que tenga relevancia constitucional.

La libertad vigilada: ¿medida de seguridad o pena?

Pensemos ahora y antes de pasar al juicio sobre la adecuación de considerar la libertad vigilada una medida de seguridad en cuál es la alternativa. En los países en los que hay medidas similares a la libertad vigilada esta institución lo que hace es bloquear el paso a cadenas perpetuas y a penas privativas de libertad de todavía más duración. Evidentemente en el caso del terrorismo este argumento no vale en nuestro ordenamiento, porque es difícil pensar cuál podría ser el paso siguiente a los ya existentes 40 años de efectivo cumplimiento. Pero en el caso de los delitos sexuales sí hay espacio para una mayor punición, y si no miren la petición que ha llegado hoy mismo al Congreso apoyada por un millón seiscientos mil firmas. Con instituciones como la libertad vigilada se pretende facilitar el seguimiento del tránsito a la libertad de estos sujetos, y por lo tanto tranquilizar en la medida de lo posible a una opinión pública que tiene una imagen falsa de la incidencia real de estos delitos.

¿Por qué se ha regulado la libertad vigilada como una medida de seguridad? Dicho de otro modo: ¿por qué es mejor entenderla de esta manera que como una pena? La razón es clara: al conceptualizarla como una medida de seguridad, su imposición y cumplimiento dependen por completo de la subsistencia de peligrosidad, de modo que si ésta no se da, la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena de prisión no se comienza a cumplir. Por el contrario, las penas no dependen de la peligrosidad, y en nuestro ordenamiento se cumplen íntegramente. Se puede pensar que serán pocos los casos en los que se considere que no hay peligrosidad. A esto se puede contestar de dos maneras: en primer lugar, en España hay un buen número de presos en tercer y cuarto grado, y para acceder a estos grados de tratamiento penitenciario también se exige un pronóstico positivo de no peligrosidad. Si bien no estamos ante casos idénticos, la analogía es lo suficientemente estrecha como para pensar que no se va a dar una praxis radicalmente distinta. En segundo lugar, e incluso aunque la praxis fuera más restrictiva en el caso de la libertad vigilada, salvo el increíble caso de que ni un solo tribunal aceptara la existencia de un pronóstico favorable de resocialización, la conceptualización como medida de seguridad seguiría beneficiando a aquellos sujetos en los que se aprecie tal pronóstico favorable.

Sobre la previsible aplicación de la libertad vigilada

Como sabemos, la libertad vigilada para imputables sólo se puede aplicar a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual y terrorismo. En el caso de estos últimos delitos sería una falacia hablar de una gran reincidencia. En nuestro país tenemos a 750 personas condenadas por terrorismo. Sobre una población penitenciaria de unos 75.000 reclusos, 750 son un 1% de la población penitenciaria. La reincidencia es, o mejor dicho ha sido, muy variable en función de los distintos grupos terroristas. El índice de reincidencia de los GRAPO era espectacular: salían y volvían a ingresar en la banda y a delinquir. Pero los GRAPO suponen una muy pequeña y cada vez menor proporción de los terroristas que han actuado en España, y el índice de reincidencia se sitúa ahora mismo en niveles próximos a cero. Distinta es la cuestión del índice de reincidencia en el caso de ETA. Hay extremadamente pocos casos de presos excarcelados que vuelvan formalmente a ETA, y menos aún de reincidencia en el

sentido estricto del Código Penal, porque no suelen cometer delitos de terrorismo y cuando cometen delitos de terrorismo no son de la misma naturaleza del que cometieron (piénsese por ejemplo en De Juana, que fue condenado por asesinato y amenazas terroristas: ambos delitos están en el mismo título del Código Penal, pero no se da el segundo requisito de la reincidencia, que es que sean de la misma naturaleza ambos delitos, dado que matar y amenazar no tienen nada que ver).

Hay, por tanto, poca reincidencia en delitos de terrorismo, y seguramente habrá menos en el futuro por una razón que podemos denominar “biológica”: antes los condenados por terrorismo pasaban en prisión un máximo de 20 o 25 años, pero ahora van a pasar 40. Y si sabemos de una circunstancia que disminuye la reincidencia es precisamente envejecer

En el caso de los delitos sexuales, actualmente hay 3.000 personas en prisión por este tipo de delitos, es decir, un 4% de la población penitenciaria, si bien solo 200 de estas 3.000 tienen penas superiores a los 4 años de prisión (y ha de tenerse en cuenta que es para las penas superiores a 5 años de prisión para las que la libertad vigilada es de imposición –que no de cumplimiento- obligatorio). La reincidencia en este tipo de delitos es sin embargo y a pesar de la creencia popular en sentido contrario, de “sólo” un 20%, lo que ha sido verificado en diversos estudios, algunos de los cuales muestran además que si hay un tratamiento adecuado la reincidencia baja a la mitad, es decir, al 10%. Esto significa que una buena parte de los delincuentes sexuales tiene un pronóstico muy positivo de no reincidencia, y que por lo tanto no se da en ellos el requisito para la imposición de la libertad vigilada.

En conclusión, si del ámbito de las grandes categorías dogmáticas, según las cuales las medidas de seguridad son solo para los inimputables y semiimputables, pasamos al terreno de los hechos, resulta que la medida de seguridad vigilada se aplica a un escaso número de delitos y previsiblemente a un escaso número de supuestos dentro de estos delitos. No parece por tanto que esto vaya a suponer un ulterior giro punitivista de las políticas criminales de España, sino más bien una medida que bien utilizada puede dar sus frutos.

Muchas gracias.

Coloquio

Intervención

Yo quería hacer algunas observaciones sobre la regulación de la libertad vigilada, pero antes debo de señalar que se produce, sobre todo desde el año 2003, una deriva hacia la desnaturalización de las penas o de las sanciones. Me explico, hoy tenemos una serie de penas y la libertad vigilada, aunque no sea pena, como sanción corre la misma suerte, cuyos nombres, cuyas denominaciones no son corresponden con la realidad, a veces porque hemos ido cambiando. Y hemos ido cambiando obligados –por decirlo así- por una serie de circunstancias de tipo práctico. Me explico, también.

En el año 2003 me parece que es cuando llega al Código Penal una pena que denominamos “de localización permanente”, esto no es correcto, es un arresto domiciliario. Eso sí, se ahorra la Administración las plazas en los centros penitenciarios,

y naturalmente no se preocupa de la intendencia, y ahora podemos tener a un señor durante seis meses en esa especie de arresto domiciliario, que puede ser, pues, en fin..., un realquilado y que tiene que comer y que tendrá que salir a la calle, etc., etc., y, o lo estamos dando permiso todos los días o esto no hay manera de que se cumpla. Ya tenemos el antecedente del fracaso ruidoso del arresto en beneficio de la comunidad.

Bien. Después tenemos una pena, que se denomina, “trabajos en beneficio de la comunidad”. Y cuando se redacta el texto original del artículo, me parece que es el 48, el contenido es exactamente lo que dice su denominación, es un trabajo en beneficio de la comunidad, que debe de prestar un reo, a partir de unos puestos que le ofrece la Administración. ¿Qué ocurre? Que la Administración no tiene puestos, y como no tiene puestos algo hay que hacer. Y entonces viene una reforma y se dice, bueno, pues, puede hacer algo a favor de la víctima, ya no a favor de la comunidad. Llega la última ley, la 5/2010, de 22 de junio, y da un paso más. Y da un paso más declarando los Reales Decretos sobre ejecución de esta pena, que es que no se cumplen y que las penas prescriben. Y entonces es el propio Ministerio del Interior, en dos anteproyectos, no proyectos, dos proyectos sucesivos que remite a informe al Consejo de Estado, quien declara, esto no puede ser. Y entonces lo que pedimos es que se pueda cumplir el trabajo en beneficio de la comunidad, como participación en un plan de un taller de formación. Total, esto después, después, no antes, después se recoge en la reforma del Código, antes lo ha adelantado sin cobertura legal el reglamento, y ahora nos encontramos con una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que ya no es ni trabajo ni es en beneficio de la comunidad.

Vaya, bueno, damos un paso más ahora con la recién creada libertad vigilada. Hemos creado la libertad vigilada sin vigilante, algo totalmente nuevo, algo totalmente nuevo. En nuestros códigos, desde 1822, después, cuando ya las medidas de seguridad van por separado en la ley de peligrosidad y rehabilitación social, hay una libertad vigilada con vigilante. Y cuando se va uno al Derecho comparado, y aquí, yo, como casi siempre en Derecho Penal me voy como punto de referencia al Derecho alemán, que no es mal punto de referencia, bueno, pues me encuentro con que en Alemania ocurre lo siguiente, hay una libertad vigilada y hay un aseguramiento, un internamiento, con la misma finalidad aseguradora; ese internamiento que hemos tenido nosotros también anteriormente. Bueno, podemos decir, el internamiento de seguridad no nos satisface, no ya porque sea inconstitucional, yo creo que no lo es, la Constitución alemana y la española tienen muchos puntos de contacto y nuestros compromisos internacionales son los mismos. De manera que yo como punto de partida entiendo que es constitucional lo que por lo menos para los alemanes no ha planteado el más mínimo problema.

Pero, dentro de lo constitucional el legislador es libre de tomar una decisión o no tomarla. Entonces, entiendo que el legislador español, no lo comparto, pero entiendo que diga, yo no quiero internamiento de seguridad, no lo quiero, no lo quiero. Muy bien, ¿qué quiere usted? Y aquí vamos –perdóneseme la expresión- al parto de los montes, queremos una cosa que va a tranquilizar la opinión pública y que no sirve para nada, no sirve para nada. Porque que una pena, más o menos larga, después tenga esa especie de complemento, ya como medida de seguridad, de una serie de medidas, utilizando las palabras del Código, “esta medida consistirá en las siguientes medidas...”, porque es que resulta que las medidas, en las que en definitiva se concreta la libertad vigilada ya existían, ya existían, de manera que para esta pirueta no hacía falta dar tantas vueltas.

Ahora resulta que hoy imponemos la pena -vamos a irnos a las penas más graves-, imponemos una pena y decimos, y además hoy ya le imponemos la medida de seguridad de libertad vigilada. Y ¿qué sabe usted cuál va a ser la peligrosidad de este señor dentro de 20 años? Dice, bueno, pero es que precisamente dentro de 20 años veremos si es peligroso, y entonces le diremos al juez qué tipo de medida, dentro de la medida, quiere que en este caso se cumpla, que puede ser sencillamente, pues usted no va a ir a los bares de la calle no sé cuántos. Claro, el capítulo, el estado de medidas pues es muy amplio, alguna de ellas prácticamente sin ningún contenido. Y esto es tan claro que también el propio juez de vigilancia puede decir, perdonen ustedes señores del tribunal, pero lo mejor ahora aquí ya es dejar esto así. Es decir, que no se cumple de ninguna manera.

Esto me recuerda un poco las inhabilitaciones ésas, en las que cuando no hay más remedio se dice, bueno, pues le privamos del derecho de sufragio. Bueno, pues aquí o se queda en nada o a lo mejor le decimos, que, bueno, pues, pues que eso, algo que realmente no va a ninguna parte.

Pero, es que si seguimos ya en el terreno técnico, nos encontramos con otro problema, que está resuelto por ahí, yo creo que los españoles con frecuencia somos demasiado dadaistas, tenemos casi todo inventado, y lo que hace falta es escoger y hacerlo con pequeñas reformas, pero no partir de cero. Por ejemplo, ¿qué pasa con una libertad vigilada con el contenido que sea, que se impone después de que se haya cumplido la pena, incluida naturalmente la libertad condicional?. Quiere decir que ha dejado en blanco un espacio de tiempo donde es lógico que este señor haya disfrutado de permisos, de un tercer grado, etc., y entonces no existe la libertad vigilada. Puede ser que nuestra institución penitenciaria por su cuenta se adelante y ponga también una serie de condiciones, pero en principio no. ¿Qué ocurre en Alemania? Pues el huevo de Colón, es que empieza a cumplirse en el primer momento, al tiempo que la pena, al tiempo que la pena, su duración ya está tenida en cuenta por el legislador.

Y bueno, por ese camino podríamos seguir...

(Coordinador. Perdón, más que nada para que pueda contestar el ponente).

No, ya he terminado. Es decir, me parece que con la libertad vigilada no vamos a ninguna parte. Nada más.

Sr. D. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Bueno, yo soy más optimista, pero ya se sabe que un optimista es un pesimista mal informado. Respecto a la denominación de las penas, es una observación que comparto, yo también pienso que en ocasiones no están bien denominadas. Así, hablamos de localización permanente, cuando muchas veces, la mayoría, es un arresto domiciliario, sí. El TBC, trabajo en beneficio de la comunidad, bueno, yo creo que aquí lo que ha habido es un estado necesidad legislativo, debido a que se podían hacer dos cosas: o se daba por imposible el TBC y se imponían penas privativas de libertad para los delitos en los que estaba previsto, como por ejemplo los muy numerosos delitos contra la seguridad vial, o se profundizaba en la vía del TBC. Teniendo 76.000 presos y liderando el repugnante *ranking* de presos por población en nuestro entorno socio-cultural, la primera opción no parecía asumible. Se intentó, desde la Administración Central, contar

con la colaboración de las Administraciones Autonómicas y Locales, como le consta, y se dio la consigna de que por favor dijeran qué puestos tendrían a disposición para TBC. La respuesta, parece ser, es que cero, no hay ninguna plaza disponible en ninguna de estas muy numerosas administraciones. Evidentemente parece que no hay una gran tradición de colaboración con la ejecución de las medidas alternativas a la prisión en España, y eso ha hecho que el trabajo en beneficio de la comunidad tuviera un momento durísimo hace un año y medio, en el que la previsión era de una prescripción del 80%. Ahora mismo están prescribiendo menos del 30%. Y eso es francamente un éxito de otro Ministerio, evidentemente, y de una Secretaría General, en concreto, que se ha deslomado para poder dar TBCs.

Efectivamente usted dice, realmente no son TBCs, bien, pero es que la alternativa es que prescriban. Entonces lo que hay que ver en este caso es si preferimos algo que no es exactamente trabajo en beneficio de la comunidad en el sentido tradicional o si prescindimos de la institución. Usted dice que el TBC así configurado no beneficia a la comunidad. Yo, sin embargo, no estoy de acuerdo. En los casos, por ejemplo, de personas que se someten a un tratamiento o mejor dicho a un curso de seguridad vial, eso beneficia a la comunidad; que una persona que ha conducido bajo los efectos del alcohol sea obligado a asistir a un curso de seguridad vial, eso es bueno para la comunidad. A lo mejor no es trabajo, pero desde luego tiene aflicción, porque esa persona donde quiere estar es en el cine, no quiere estar en el curso de seguridad vial. Por tanto, tan desastre no está siendo. No es lo que debería ser, pero es algo que tiene que ver con el volumen de casos, con la riada que existe en la jurisdicción penal en la actualidad.

Las obligaciones de conducta ya existían, es exactamente lo que he explicado y de hecho he dicho cuáles estaban, cuáles no, y también he dicho que la única que es realmente novedosa en lo material es la idea de alejar a la persona de los focos criminógenos, y que eso me parecía que estaba bien. Con lo cual, no se está diciendo “qué gran novedad la libertad vigilada”. Lo que se está diciendo es “qué gran novedad que vamos a ponerla después del cumplimiento penitenciario”. Eso es lo que es la novedad, eso es lo que es polémico. A mí no me parece mal reunir un conjunto de medidas que son pautas de conducta dentro de una misma denominación para poder aplicarlas. ¿Que va a funcionar mal porque no se ha previsto más específicamente su ejecución? Hay una cierta tranquilidad, supongo que a usted le parecerá desidia, por el hecho de que las primeras medidas de libertad vigilada están distantes en el tiempo. Es decir, el reglamento para las medidas de libertad vigilada no es prioritario, porque evidentemente van después del cumplimiento de las penas, de penas que todavía no se pueden imponer, porque es que todavía no ha entrado en vigor el Código Penal.

Para ir acabando: ¿cómo vamos a saber ahora si la persona va a ser peligrosa luego, cuando cumpla la condena? Claro que no lo sabemos, por eso queremos que no sea una pena sino una medida. Como pena ya se podía poner el alejamiento de la víctima, y se podría haber previsto en la reforma como pena accesoria de cumplimiento sucesivo. Yo creo que no habría problema y técnicamente se puede hacer. Y, entonces, ¿por qué no se ha hecho? Precisamente porque pensamos que hay que ser modestos con los pronósticos de peligrosidad, y por lo tanto habrá que esperar al momento en el que mejor se puedan hacer, que es después de la ejecución. Porque efectivamente en algunos casos la situación de la persona no va a tener nada que ver antes y después del cumplimiento, porque podemos estar hablando de períodos de cumplimiento de muchos años, incluso

décadas. Sí es cierto que se insistió mucho en que se tenía que condenar en la propia sentencia al eventual cumplimiento, y fue por una razón que a usted no se le escapa: para evitar los problemas de constitucionalidad que originó en Alemania la no previsión de la imposición en la sentencia. Para evitar ese problema, para evitar que dijeran que es una medida de seguridad predelictual, de la que no se avisó al sujeto mientras estaba cumpliendo la pena, y que se le impusiera sin él haber podido adaptar su conducta a la previsión de una ulterior pena, para eso desde el principio se dice ¡ojo!, esta sanción tiene un período de privación de libertad y después, tras un juicio de peligrosidad, si subsiste un pronóstico negativo vas a cumplir una medida de seguridad. La persona tiene desde el principio los incentivos para resocializarse o para no hacerlo. No digo que eso sea solo una cuestión personal, hay mucho más en juego, pero por lo menos creo que las garantías están ahí. Muchas gracias.