



Universitat de Lleida

La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada

Marc Salat Paisal

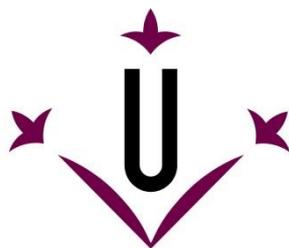
Dipòsit Legal: L.162-2015

<http://hdl.handle.net/10803/285865>



La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada està subjecte a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 No adaptada de Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/)

(c) 2014, Marc Salat Paisal



Universitat de Lleida

**THE LEGAL RESPONSE TO DANGEROUS
CRIMINAL OFFENDERS: SPECIAL
REFERENCE TO SPANISH SUPERVISED
RELEASE**

Ph.D. SUBMITTED BY MARC SALAT PAISAL

Ph.D. PROGRAMME IN EUROPEAN CONSTRUCTION: LEGAL AND
ECONOMIC ASPECTS

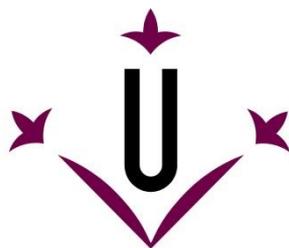
SUPERVISOR:

Dra. CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Departament de Dret Públic

Àrea de Dret Penal

Lleida, December 2014



Universitat de Lleida

**LA RESPUESTA JURÍDICO-PENAL A LOS
DELINCUENTES IMPUTABLES
PELIGROSOS: ESPECIAL REFERENCIA A
LA LIBERTAD VIGILADA**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
MARC SALAT PAISAL

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CONSTRUCCIÓN EUROPEA:
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS

DIRECTORA:

Dra. CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Departament de Dret Públic

Àrea de Dret Penal

Lleida, diciembre de 2014

A la meva família
i especialment al meu avi,
A la Montse,

ÍNDICE

RESUMEN	11
INTRODUCCIÓN	15
INTRODUCCIÓN	15
INTRODUCTION	22
CAPÍTULO I – LAS CAUSAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA DEL DERECHO PENAL Y SU INFLUJO EN LA INTRODUCCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA	33
I. Introducción.	33
II. Las (principales) causas del cambio de paradigma del derecho penal actual.	35
1. El papel de los medios de comunicación.....	35
2. Las consecuencias en la opinión pública.....	42
3. El papel de los poderes políticos.	45
4. El papel de los grupos de presión.....	50
III. Las causas de la introducción de la libertad vigilada.	57
CAPÍTULO II – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS	67
I. Medidas privativas de libertad.	67
1. Las leyes <i>three strikes and you're out</i>	67
1.1. Concepto y antecedentes.....	67
1.2. La aprobación de las leyes de <i>three strikes and you're out</i>	70
1.2.1. La ley <i>three strikes</i> del estado de Washington.	71
1.2.2. La regulación federal de la ley <i>three strikes and you're out</i>	74
1.2.3. Especificidades del resto de estados con leyes <i>three strikes</i>	75
1.2.4. La finalidad de las leyes de <i>three strikes and you're out</i>	76
1.3. La regulación de la ley <i>three strikes and you're out</i> en el estado de California.	78
1.3.1. La legislación aprobada en 1994.	78
1.3.2. Implicaciones de la ley de California y comparación con el resto de estados.	81
1.3.3. La regulación de la ley californiana de <i>three strikes</i> a partir de la reforma de 2012.	86
1.4. Recapitulación.	87
2. El <i>civil commitment</i>	89
2.1. <i>Civil commitment</i> tradicional.	89
2.2. Antecedentes al SVP's <i>civil commitment</i>	90
2.3. La introducción del <i>civil commitment</i> para delincuentes sexuales violentos.	93
2.3.1. El contexto sociopolítico.	93
2.3.2. La regulación del SVPs <i>civil commitment</i> en el estado de Washington.	94
2.3.3. La constitucionalidad de la medida.	98

2.3.4. La respuesta de los estados.....	103
2.4. Los requisitos para la imposición del <i>civil commitment</i> para delincuentes sexuales.	105
2.4.1. La anomalía mental y el trastorno de la personalidad.	105
2.4.2. La predicción de reincidencia.....	107
2.4.3. La obligación de ofrecer tratamiento.....	110
2.5. Eficiencia.....	113
2.6. La aprobación de la ley federal.....	117
2.7. Conclusiones.....	118
II. Medidas no privativas de libertad.....	123
1. La supervisión.....	123
1.1. La regulación federal.....	123
1.1.1. Antecedentes.....	123
1.1.2. Concepto y finalidad.....	125
1.1.3. Imposición y duración.....	126
1.1.4. El Contenido.....	129
1.1.5. La ejecución de la medida.....	136
A) La modificación de la medida.....	137
B) El fin anticipado.....	138
C) La revocación.....	138
1.2. La regulación estatal.....	142
1.2.1. Carolina del Norte.....	144
1.2.2. Illinois.....	146
1.2.3. Oregon.....	148
1.2.4. California.....	151
1.2.5. Nueva York.....	154
2. El registro y notificación de delincuentes sexuales.....	156
2.1. Antecedentes y evolución.....	156
2.2. El impulso federal en la aprobación de leyes de registro y notificación.....	159
2.3. La <i>Adam Walsh Act</i> de 2006.....	164
2.4. La implementación de la AWA por parte de los estados.....	170
2.5. La ampliación de los registros a otras categorías de delitos.....	174
2.6. La realidad criminológica de los delincuentes sexuales.....	175
2.7. La efectividad de las leyes de registro y notificación.....	178
2.7.1. La reducción de la reincidencia.....	178
2.7.2. Las consecuencias colaterales.....	180
2.7.3. La opinión pública y el uso de los registros.....	182
2.8. Conclusiones.....	183
3. Las restricciones de residencia a delincuentes sexuales.....	185
3.1. La implementación y la evolución de las restricciones de residencia a delincuentes sexuales.....	185
3.2. La regulación de las restricciones de residencia.....	189
3.2.1. Restricciones de residencia a todos los sujetos registrados.....	190
3.2.2. Restricciones de residencia a sujetos registrados por delitos contra menores.....	192
3.2.3. Restricciones de residencia a aquellos sujetos considerados más peligrosos.....	193
3.2.4. Restricciones de residencia aplicables según el criterio del juez.....	194
3.3. La constitucionalidad de las restricciones de residencia.....	195
3.4. La eficacia de las restricciones.....	198
3.4.1. La necesidad de aprobar una ley de restricción de residencia.....	198
3.4.2. La reducción de la reincidencia.....	201
3.4.3. Las consecuencias colaterales de la aplicación de las restricciones de residencia.....	201
3.5. Recapitulación.....	205

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: OTROS ESTADOS
..... 209

I. El Reino Unido.	209
1. Penas privativas de libertad aplicables a la delincuencia peligrosa.	209
1.1. Introducción.	209
1.2. La consideración de delincuente peligroso.	210
1.3. La cadena perpetua.	212
1.3.1. La regulación de la cadena perpetua a partir de la regulación establecida en la CJA 2003.	212
A) La imposición de la cadena perpetua.	212
B) La puesta en libertad de los condenados a cadena perpetua.	214
1.3.2. La introducción de la cadena perpetua obligatoria para determinados delincuentes.	216
1.4. La pena de Imprisonment for Public Protection.	217
1.4.1. La imposición de la <i>imprisonment for public protection</i>	217
1.4.2. El régimen de libertad de los condenados a IPP.	221
1.4.3. La reforma operada en 2012 por la LASPOA 2012.	222
1.5. La extended sentence.	223
1.5.1. Introducción.	223
1.5.2. La regulación de la <i>extended sentence</i> según la <i>Criminal Justice Act 2003</i>	224
A) La imposición de la pena.	224
B) El régimen de libertad.	226
1.5.3. La modificación de la <i>extended sentence</i> por la aprobación de la CJIA 2008.	226
1.5.4. La modificación introducida por la LASPOA 2012.	228
1.6. El régimen de revocación de la libertad condicional para los sujetos condenados como delincuentes peligrosos.	230
2. Medidas no privativas de libertad aplicables a la delincuencia peligrosa.	232
2.1. El registro de delincuentes sexuales.	232
2.1.1. Antecedentes.	232
2.1.2. La creación del registro de delincuentes sexuales en el Reino Unido.	234
A) Evolución legislativa.	234
B) Concepto y naturaleza.	235
C) Regulación.	236
D) La notificación pública del registro.	238
2.1.3. La reforma de la Sex Offenders Act 1997 en el 2000.	239
2.1.4. La actual regulación del registro de delincuentes sexuales.	241
A) Antecedentes.	241
B) La definitiva aprobación de la <i>Sexual Offences Act 2003</i>	242
C) La sentencia <i>F and Thompson v. Secretary of State for the Justice</i>	245
2.1.5. La notificación pública del contenido del registro.	248
2.1.6. Recapitulación.	250
2.2. Medidas de carácter civil.	251
2.2.1. Medidas dirigidas a conductas de carácter sexual.	252
A) La <i>Sexual offender prevention order</i>	252
B) La <i>Risk of sexual harm order</i>	257
2.2.2. Medidas dirigidas a la prevención de otros delitos graves.	259
A) <i>Serious crime prevention order</i>	259
B) <i>Violent offender order</i>	261
2.2.3. Recapitulación y efectividad.	263

II. Alemania.	265
1. La custodia de seguridad.	266
1.1. El origen de la custodia de seguridad.	267
1.2. La regulación de la custodia de seguridad.	269
1.2.1. Supuestos de imposición y duración de la medida.	269
1.2.2. El régimen de ejecución.	271
1.3. Las constantes modificaciones de la regulación de la custodia de seguridad.	272
1.4. La constitucionalidad de la custodia de seguridad.	281
1.4.1. M. contra Alemania.	281
1.4.2. Haidn v. Alemania.	284
1.4.3. La decisión final del Tribunal Constitucional alemán.	285
1.5. La actual regulación de la custodia de seguridad.	288
1.6. La efectividad de la custodia de seguridad.	291
2. La vigilancia de conducta.	292
2.1. Los supuestos de imposición y duración de la vigilancia de conducta.	293
2.2. El contenido de la medida.	295
2.3. La ejecución de la vigilancia de conducta.	297
2.4. El fin de la medida.	298
III. Otros estados.	299

CAPÍTULO IV – LA REALIDAD NORMATIVA ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD VIGILADA APLICABLE A DELINCUENTES IMPUTABLES PELIGROSOS..... 303

I. Breves consideraciones acerca del medio más correcto de tratar al delincuente imputable peligroso.	303
1. Penas y medidas de seguridad.	303
1.1 El surgimiento de las medidas de seguridad.	303
1.2. Los fundamentos, principios, finalidades y límites de las penas y las medidas de seguridad.	307
2. Dualismo o monismo.	314
II. Antecedentes legislativos en el derecho positivo español.	319
1. Los antecedentes más remotos.	319
2. La ley de Vagos y Maleantes y su sustituta, la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.	320
3. El Código Penal de 1995 y las reformas de 2003.	325
4. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor y a la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo.	327
III. La libertad vigilada.	331
1. Antecedentes prelegislativos.	331
1.1. La regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006.	332
1.2. El Proyecto de reforma de Código Penal de 2007.	336
1.3. El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008.	339
1.4. El Proyecto de reforma del Código Penal de 2009.	354
2. La regulación de la libertad vigilada en la LO 5/2010.	355
2.1. La naturaleza y la finalidad de la libertad vigilada.	355
2.2. El concepto de la medida de seguridad de libertad vigilada.	358
2.3. Imposición y duración.	359
2.4. Contenido.	369

2.4.1 Las obligaciones y prohibiciones que principalmente tienden a controlar la libertad del sometido a la medida.	370
2.4.2. Las prohibiciones que principalmente tienden a proteger a terceras personas.	374
2.4.3. Las obligaciones y prohibiciones que principalmente tienden a la consecución de fines propiamente correctivos.	377
2.4.4. Cuestiones generales relativas al contenido de la libertad vigilada.	379
2.5. El momento de determinación del contenido de la medida y su régimen de ejecución.	380
2.6. El incumplimiento de la libertad vigilada.	389
2.7. La Constitucionalidad de la libertad vigilada.	391
3. La proyectada regulación de la libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2013.	393
3.1. Introducción.	393
3.2. El concepto de la medida de seguridad de la libertad vigilada.	395
3.3. La imposición de la libertad vigilada.	396
3.3.1. Imposición de la libertad vigilada a sujetos declarados imputables.	397
3.3.2. Imposición de la libertad vigilada como medida de seguridad única por la concurrencia de una eximente.	401
3.3.3. Imposición de la libertad vigilada con posterioridad a una medida de seguridad privativa de libertad.	401
3.3.4. El carácter facultativo y preceptivo de la medida.	403
3.4. El contenido de la libertad vigilada.	404
3.5. El inicio y duración de la libertad vigilada.	414
3.5.1. El momento de inicio de la libertad vigilada.	414
3.5.2. La duración.	416
3.6. El régimen de ejecución de la libertad vigilada.	418
3.7. El incumplimiento de la libertad vigilada.	420
3.8. Breve recapitulación acerca de la proyectada reforma.	422
CAPÍTULO V – PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	423
I. Introducción.	423
II. Alternativas a la medida de libertad vigilada en derecho comparado y formuladas por la doctrina científica.	424
1. Alternativas existentes en derecho comparado.	424
2. Propuestas doctrinales de lege ferenda.	426
2.1. Medidas de seguridad privativas de libertad.	426
2.2. Medidas de seguridad no privativas de libertad acumulativas a la pena de prisión.	431
2.3. Tratamiento de la peligrosidad en prisión.	433
3. Críticas generales a las instituciones comparadas y a las propuestas doctrinales expuestas.	436
III. Toma de posición.	439
CONCLUSIONES	443
CONCLUSIONES	443
CONCLUSIONS	462
BIBLIOGRAFÍA CITADA	477

JURISPRUDENCIA CITADA..... 506

RESUMEN

En la presente tesis doctoral se analiza la medida de seguridad de libertad vigilada introducida, en el Código Penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal. Con esta finalidad, se aborda un estudio de las principales causas que han motivado con carácter general la introducción de medidas penales tendentes a contrarrestar la peligrosidad de los delincuentes imputables peligrosos y, en concreto, de la introducción de la libertad vigilada en España.

Dado que España no ha sido un país pionero en la implementación de este tipo de medidas frente a delincuentes imputables peligrosos, es igualmente necesario conocer la realidad jurídica comparada en algunos de los países de nuestro entorno cultural a efectos de obtener información sobre el diseño de medidas semejantes en países que nos han precedido en la introducción de las mismas. Así pues, se realiza un análisis de las instituciones dirigidas a hacer frente a los delincuentes imputables peligrosos que han sido introducidas en las legislaciones penales de Estados Unidos, el Reino Unido y Alemania. Entre éstos, es posible ya avanzar que el caso norteamericano es paradigmático, no sólo por la extrema dureza de la batería de medidas que contempla, sino también por ser el pionero en la introducción de específicas medidas para hacer frente a la delincuencia imputable peligrosa.

Una vez enmarcado el contexto social y político que ha propiciado la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada y la realidad existente en el derecho comparado, se analizan de relieve las posturas doctrinales existentes acerca de si debe o no tenerse en cuenta la peligrosidad criminal de un sujeto imputable en punto a determinar su cuota de responsabilidad penal.

Cumplidos los anteriores subobjetivos se realiza un análisis jurídico de la medida de libertad vigilada tanto en relación con su vigente regulación como en relación con la modificación de la institución que pretende efectuarse mediante el Proyecto de reforma del CP. Finalmente, a la luz de las virtudes y deficiencias de la regulación vigente y proyectada de la libertad vigilada, se proponen aquellas reformas legislativas que se consideran necesarias con el objetivo de mejorar la actual regulación del derecho de sanciones aplicables a delincuentes imputables peligrosos.

RESUM

En la present tesi doctoral s'analitza la mesura de seguretat de llibertat vigilada introduïda, en el Codi Penal a través de la LO 5/2010, de 22 de juny, per la qual es modifica la LO 10/1995, de 23 de novembre, de Codi Penal. Amb aquesta finalitat, s'aborda un estudi de les principals causes que han motivat amb caràcter general la introducció de mesures penals tendents a contrarestar la perillositat dels delinqüents imputables perillosos i, en concret, de la introducció de la llibertat vigilada a Espanya.

Atès que Espanya no ha estat un país pioner en la implementació d'aquest tipus de mesures davant delinqüents imputables perillosos, és igualment necessari conèixer la realitat jurídica comparada en alguns dels països del nostre entorn cultural a efectes d'obtenir informació sobre el disseny de mesures semblants en països que ens han precedit en la introducció de les mateixes. Així doncs, es realitza una anàlisi de les institucions dirigides a fer front als delinqüents imputables perillosos que han estat introduïdes en les legislacions penals dels Estats Units, el Regne Unit i Alemanya. Entre aquests, és possible ja avançar que el cas nord-americà és paradigmàtic, no només per l'extrema duresa de la bateria de mesures que preveu, sinó també per ser el pioner en la introducció de específiques mesures per fer front a la delinqüència imputable perillosa.

Un cop emmarcat el context social i polític que ha propiciat la introducció de la mesura de seguretat de llibertat vigilada i la realitat existent en el dret comparat, s'analitzen en relleu les postures doctrinals existents sobre si ha o no tenir en compte la perillositat criminal d'un subjecte imputable a punt a determinar la seva quota de responsabilitat penal.

Complerts els anteriors subobjectius es realitza una anàlisi jurídica de la mesura de llibertat vigilada tant en relació amb la seva vigent regulació com en relació amb la modificació de la institució que pretén efectuar-se mitjançant el Projecte de reforma del CP. Finalment, a la llum de les virtuts i deficiències de la regulació vigent i projectada de la llibertat vigilada, es proposen aquelles reformes legislatives que es consideren necessàries amb l'objectiu de millorar l'actual regulació del dret de sancions aplicables a delinqüents imputables perillosos.

SUMMARY

This doctoral thesis analyzes the supervised release introduced in the Penal Code through the Constitutional Law 5/2010, of 22nd June, by amending the Constitutional Law 10/1995, of 23rd November, of the Penal Code. To do so, I undertook a study of the major causes that have led, in general, to the introduction of penal measures aimed at counteracting the danger of imputable dangerous offenders and, in particular, the introduction of supervised release in Spain.

In addition, since Spain has not been a pioneer in the implementation of such measures against imputable dangerous offenders, it is also necessary to know the legal situation in some of the countries in our cultural environment in order to obtain information about the design of similar measures in countries that have already introduced such sanctions. To do so, I performed an analysis of institutions aimed at addressing the dangerousness of the imputable offenders who have been regulated by the criminal codes of the United States, the UK and Germany. Among these, it is important to state that the American is the most paradigmatic, not only because of the extreme harshness of the package of measures it includes but also for being the pioneer in the introduction of specific measures to address the dangerous imputable crime.

Once the social and political context that has led to the introduction of the supervised release and the current reality in comparative law has been designed, it is important to highlight the various doctrinal positions on whether or not the dangerousness of an imputable offender must be considered to determine their share of individual criminal responsibility and, if so, how should this affect the sentence ultimately imposed.

Once the above sub-goals are accomplished, a legal analysis of the supervised release both in relation to its current regulations and in relation to the Penal Code Bill 2013 were also analysed. Finally, in light of the strengths and weaknesses of existing regulation and the projected regulation, we should propose such legislative reforms deemed necessary in order to improve the current regulation of law of punishments for imputable dangerous offenders.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La introducción de la medida de libertad vigilada en el Código Penal español a través de la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010 ha implicado un importante cambio en la política criminal española seguida hasta el momento. La peculiaridad de esta nueva sanción penal deriva del hecho que con su introducción se permite por primera vez en democracia la imposición, junto con una pena, de una medida de seguridad en atención a la peligrosidad criminal a un sujeto declarado imputable. Hasta el momento, el Derecho penal español partía de la base de que los delincuentes imputables únicamente debían responder de acuerdo con su responsabilidad por el ilícito penal cometido a través de la imposición de una pena, sin que fuera posible imponer una nueva sanción o incrementar la sanción impuesta— con alguna excepción¹ — más allá del marco penal en abstracto prevista por el delito cometido a pesar de la concurrencia de un mayor o menor riesgo de comisión de nuevos delitos.

No cabe duda que la inclusión de una medida de seguridad aplicable a sujetos imputables peligrosos, y en concreto la aprobación de la medida de libertad vigilada, está inmersa en lo que se ha venido a llamar el derecho penal de la seguridad o, más concretamente, el derecho penal de la peligrosidad². De hecho, la idea inherente a la

* La realización del presente trabajo ha estado financiada a través de una beca predoctoral de la Universitat de Lleida (ajuts per a personal predoctoral de la UdL en formació) y una ayuda para la realización de una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge concedida por la Universitat de Lleida (ajut per a estades en altres centres per desenvolupar tasques de recerca).

This thesis has received a grant for linguistic revision from the Language Institute at the University of Lleida (2014 call).

¹ Cfr. al respecto la agravante cualificada de reincidencia ex art. 66.1.5ª CP.

² Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, *passim*; ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret*, núm. 4, 2007, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino*

actual concepción del derecho penal de la peligrosidad no es de nueva creación. Ya VON LISZT³ consideraba que el Estado a través del derecho penal debía inocuizar a aquellos delincuentes considerados incorregibles. En aquel entonces, se consideraba que formaban parte de este grupo de delincuentes incorregibles aquellos que realizaban delitos que por su propia naturaleza solían cometerse con habitualidad, entre los que se incluían los delitos de hurto, robo, receptación, estafa, daños, agresiones sexuales violentas o agresiones sexuales a menores. La sociedad debía de protegerse frente a los sujetos incorregibles de modo que al Estado no le quedaría más opción que condenarlos a cadena perpetua o a pena de prisión indeterminada. Sin embargo, tras su formulación en la segunda mitad del siglo XIX, no ha sido hasta finales del siglo XX cuando ésta y otras teorías han resurgido y han ido cobrando paulatinamente más interés, hasta constituir una pieza clave de la actual política criminal de los países culturalmente más avanzados basada en la idea de la contención de la peligrosidad.

Valga avanzar que analizar las causas sociales y políticas de este cambio de paradigma excede con creces el objeto del presente trabajo, además de los conocimientos de quien suscribe estas palabras⁴. No obstante, parece ser que uno de los principales motivos que han llevado a afianzar un derecho penal, o más concretamente un sistema de sanciones penales, basado en la peligrosidad criminal es el incremento de la sensación de inseguridad ciudadana derivada de la creciente percepción, por un lado, tanto de que el número de delitos que se cometen está en constante incremento como que un elevado número de éstos son cometidos por unos pocos delincuentes y por otro lado, que el sistema de justicia penal no ofrece una respuesta contundente al problema. Para explicar el incremento de la sensación de inseguridad ciudadana resulta fundamental el modo de

Barbero Santos in memoriam, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 699-710; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, *passim*.

³ Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez Del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995. Desde la perspectiva del uso de las medidas de seguridad para hacer frente a los delincuentes peligrosos, vid. las tesis de LOMBROSO o FERRI.

⁴ Vid. al respecto, GARLAND, D., *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*, Ed. Oxford University Press, 2001, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, Montevideo, 2006, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, F. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, *passim*.

proceder de los medios de comunicación de masas y los efectos de ello en la opinión pública⁵. En este proceso también es relevante la labor ya sea pasiva o activa desempeñada por los poderes públicos y determinados grupos de presión, quienes se han beneficiado del incremento de la percepción de inseguridad. Todo ello ha propiciado, no sólo en España, sino ya incluso antes en la gran mayoría de los países noroccidentales un auge del llamado populismo punitivo que, en lo que al tema que nos ocupa, ha implicado un cambio de paradigma desde el derecho penal de la culpabilidad al derecho penal de la peligrosidad, conllevando una expansión del uso de medidas dirigidas especialmente a contrarrestar o a inocular la peligrosidad de los delincuentes imputables peligrosos.

Situados en este contexto, el objetivo principal del presente trabajo de investigación consiste en analizar el instituto de la libertad vigilada. Para ello debe comenzar por analizarse los motivos que han llevado al legislador español finalmente a optar por imponer una medida de seguridad a delincuentes imputables en atención a su peligrosidad criminal. Indagar sobre el contexto social y político previo a la introducción de la libertad vigilada servirá para confirmar si su introducción ha sido motivada por una realidad social y criminal real o ha sido producto de la actual política criminal basada en el populismo punitivo.

Dado que España no ha sido un país pionero en la implementación de este tipo de medidas frente a delincuentes imputables peligrosos, es igualmente necesario conocer la realidad jurídica comparada en algunos de los países de nuestro entorno cultural a efectos de obtener información sobre el diseño de medidas semejantes en países que nos

⁵ Así, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 27 y ss.; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, en *Indret*, núm. 1, 2011, p. 2; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 9, 2005, p. 41; BERRY, M. / PHILO, G. / TIRIPELLI, G. / DOCHERTY, S. / MACPHERSON, C., “Media coverage and public understanding of sentencing policy in relation to crimes against children”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12(5), 2012, p. 587; PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, dirigida por Joan Botella i Corral y Mercedes García Aran. Tesis doctoral inédita. Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic, 2010, p. 45; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

han precedido en la introducción de este tipo de sanciones. Así pues, las legislaciones penales de países como Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia, Alemania, Suiza, Austria, Francia o Italia han apostado por la introducción de medidas postpenitenciarias o por el incremento de las penas impuestas en atención al riesgo de reincidencia que presentan sujetos culpables. Entre éstos, es posible ya avanzar que el caso norteamericano es paradigmático, no sólo por la extrema dureza de la batería de medidas que contempla, sino también por ser el pionero en la introducción de específicas medidas para hacer frente a la delincuencia imputable peligrosa.

Una vez enmarcado el contexto social y político que ha propiciado la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada y la realidad en el derecho comparado, llega el momento de adentrarse en el estudio del derecho penal español. En este sentido, partiendo de la base de que actualmente el derecho penal de la peligrosidad es una realidad existente, es preciso poner de relieve las distintas posturas doctrinales sobre si debe tenerse en cuenta o no la peligrosidad criminal de un sujeto imputable en punto a determinar su cuota de responsabilidad penal y, en caso afirmativo, como debe ello afectar a la condena finalmente impuesta. Igualmente, es procedente analizar el pasado legislativo con el fin de averiguar si con anterioridad a la introducción de la nueva medida de libertad vigilada el derecho penal español preveía la posibilidad de imponer medidas fundadas en la peligrosidad de los delincuentes imputables y de ser así, si existía una medida igual o de similares características a la actualmente regulada en el Código Penal.

Sólo cumplidos los anteriores subobjetivos es posible pasar al análisis jurídico de la medida de libertad vigilada. Para ello, resulta indispensable examinar los antecedentes prelegislativos relativos a la introducción del instituto de la libertad vigilada previos a la definitiva aprobación de la LO 5/2010 para posteriormente centrarse en el análisis tanto de la vigente regulación legal de la libertad vigilada así como de la propuesta de reforma que pretende efectuarse mediante el Proyecto de reforma del CP, de 4 de octubre de 2013. Finalmente, a la luz de las virtudes y deficiencias de la regulación vigente y proyectada de la libertad vigilada, deberían proponerse aquellas reformas

legislativas que se considerasen necesarias con el objetivo de mejorar la actual regulación del derecho de sanciones aplicables a delincuentes imputables peligrosos.

El orden lógico de análisis expuesto hasta el momento se corresponde en gran medida con la estructura en capítulos observada en la presente investigación, como a continuación se detalla.

El capítulo primero se destina al estudio de uno de los principales factores precipitantes de la actual política legislativa en materia penal tendente al incremento desproporcionado de las sanciones penales. En este sentido, se realiza un análisis descriptivo del papel desarrollado por parte de los medios de comunicación en este proceso. Se confirma como los medios de comunicación por su modo de proceder influyen en un incremento de la sensación de inseguridad por parte de la población, lo que conduce a un incremento de las demandas punitivas por parte de la sociedad. Junto a ello, se examina el papel de los poderes políticos en relación con las demandas de exasperación punitiva, por un lado, y con los medios de comunicación, por otro. A esta relación triangular se añade, por último, el análisis del papel que cada vez más están teniendo los grupos de presión. Finalmente, en un último apartado se exponen, con base en el anterior análisis, cuales son las principales causas que han precipitado la introducción de una medida de seguridad aplicable a delincuentes imputables: la libertad vigilada.

El segundo y tercero de los capítulos se dedican íntegramente al estudio de las sanciones penales en derecho comparado aplicables a delincuentes imputables peligrosos a fin de valorarse su introducción en el derecho positivo español. Se ha optado por analizar los distintos mecanismos penales⁶ para hacer frente a la delincuencia peligrosa en tres países: Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. El motivo de la selección de éstos es doble. Primero, porque todos ellos son países culturalmente similares – más avanzados – a España. Segundo, porque hasta hace poco sobre todo Alemania, pero actualmente también los otros dos, son países con una gran influencia jurídica no sólo en España,

⁶ Éstos pueden consistir en incrementar el rigor punitivo de la pena aplicable o en añadir a la pena impuesta en atención al hecho cometido una nueva sanción, llámese pena, medida de seguridad penal o medida civil o administrativa.

sino en el resto de los países europeos. No obstante, a sabiendas de la carencia de análisis en profundidad de otras medidas igualmente interesantes incorporadas a los respectivos ordenamientos penales en otros países cercanos al español, se ha incluido un último apartado en el capítulo tercero con la finalidad de mencionar algunas de las medidas reguladas en otros países y dirigidas igualmente a hacer frente a la peligrosidad manifestada por delincuentes imputables. Las distintas medidas revisadas han sido clasificadas según los distintos Estados analizados y en cada uno de ellos según su naturaleza, sea privativa de libertad o no privativa de libertad. Además, en relación con cada una de las medidas estudiadas se ha aludido brevemente al contexto social y político en el que fueron introducidas, así como a los resultados de los estudios criminológicos referidos a la efectividad de las mismas en la prevención de la reincidencia. Se ha optado por reservar enteramente el capítulo segundo para el análisis de la regulación legal norteamericana en materia de sanciones dirigidas a delincuentes peligrosos, dada su especial relevancia. El legislador americano ha sido sin lugar a dudas el precursor en la introducción de las mismas a la vez que constituye el que ha introducido una mayor variedad de éstas. El tercer capítulo de la presente tesis doctoral se destina al estudio de las medidas existentes en Inglaterra y Alemania así como un último apartado en el que se realizan unas breves alusiones acerca de las medidas existentes en otros países como Canadá, Suiza, Australia, Francia o Italia.

Seguidamente, el capítulo cuarto se dedica al análisis de la positivización del derecho penal de la peligrosidad en la legislación española. En una primera parte del mismo se pretende confrontar las ventajas de la instauración de un sistema dualista frente a uno monista de sanciones para finalmente discutir sobre cuál puede ser el modo más adecuada para tratar la peligrosidad criminal de un delincuente imputable. Seguidamente, se realiza un escueto repaso histórico de las distintas opciones político-criminales seguidas en España al respecto, hasta llegar a la actualidad. Además se efectúa una breve comparativa entre la medida de seguridad de libertad vigilada, objeto de estudio, y otras medidas vigentes en el derecho español o europeo que han sido designadas empleando el mismo vocablo. La segunda parte del capítulo se dedica al análisis de la medida de seguridad de libertad vigilada. A tal efecto, se acomete un análisis, entre otros aspectos, de la naturaleza y finalidad de la medida, los supuestos de

imposición y la duración de la misma, el contenido, el régimen de ejecución de la libertad vigilada y las causas y consecuencias de su incumplimiento. Finalmente, se ha optado por introducir un último apartado dedicado al estudio de la regulación de la libertad vigilada en el Proyecto de reforma del CP de 2013 en el que se hace un especial hincapié en las modificaciones que se pretenden introducir respecto a su regulación en el derecho vigente.

El quinto y último capítulo está dedicado a plantear la posibilidad de considerar la introducción en el derecho penal español de alguna de las medidas existentes en derecho comparado así como de las diferentes propuestas de *lege ferenda* realizadas por la doctrina española. Una vez realizadas las consideraciones oportunas acerca de las distintas propuestas, la última parte de este capítulo conclusivo se dedica a esbozar una propuesta de *lege ferenda* con la que se pretende aportar auténticas alternativas al actual modo de proceder ante los delincuentes imputables peligrosos a la vez que, de forma subsidiaria, se sugieren mejoras a la actual regulación de la libertad vigilada en un plano más concreto, más apegado a la conformación positiva actual de la medida.

INTRODUCTION

The introduction of the supervised release in the Spanish Penal Code by the Criminal Code Amend, operated by the LO 5/2010, has involved an important change in the Spanish criminal policy. The peculiarity of this new penal sanction is the fact that its introduction allows, the first time in democracy, to impose, along with a penalty, a safety measure in response to a subject declared dangerous imputable offender. So far, the Spanish criminal law was premised on the assumption that imputable criminals were solely respond according to his criminal responsibility for the crime committed through the imposition of a sentence, without being possible to impose a new penalty or increase the duration of the imposed one - with some exceptions⁷ - beyond the abstract penalty framework for the crime committed, despite the occurrence of a higher or lower risk of commit further offences.

There is no doubt that the inclusion of a measure of safety to dangerous imputable offenders, in particular the approval of the supervised release, is immersed in what has come to be called the Criminal Law of the security or, more specifically, criminal law of dangerousness⁸. Indeed, the current conception of the criminal law of dangerousness is not based on a new idea. Already VON LISZT⁹ considered that the States through the criminal law should incapacitate those offenders deemed incorrigible. At that time, it

⁷ Cfr. about the qualified aggravating circumstance of recidivism *ex art.* 66.1.5^a CP

⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, *passim*; ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret*, núm. 4, 2007, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 699-710; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, *passim*.

⁹ Cfr. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, translated by Carlos Pérez Del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995 From the perspective of the use of security measures to deal with the dangerous criminals, vid. theses of Lombroso or Ferri.

was considered part of this group of incorrigible criminals those who carried out crimes tended to be by nature habitual, including crimes of theft, robbery, receiving stolen goods, fraud, damage, violent sexual assaults or sexual assaults on minors. Society must be protected against these incorrigible subjects so that the State would have to sentence them to life imprisonment or indeterminate prison sentence. However, after the formulation of the theory in the second half of the nineteenth century, it was not until the late twentieth century when this and other theories have emerged and have been gradually gaining more interest, becoming a key part of the current criminal policy of the culturally advanced countries based on the idea of hazard containment.

It is important to say that analyzing the social and political causes of this paradigm exceeds far away the purpose of this work¹⁰. However, it seems that one of the main reasons that led to secure a criminal law, or more precisely a system of penalties, based on criminal dangerousness is the increasing feeling of insecurity, which is arising by one hand, since both the increasing number of crimes committed by just a few criminals and secondly, that the criminal justice system does not provide a conclusive answer to the problem. Moreover the modus operandi of the mass media and the impact of this has on public opinion is crucial to explain it¹¹. In this process is also relevant either the passive or active work held by public authorities and certain pressure groups that have benefited from the increased perception of insecurity. This has resulted not only in Spain, even before had arisen in the majority of northwestern countries, the boom of the called punitive populism that has meant a shift in the paradigm, from the culpability

¹⁰ GARLAND, D., *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*, Ed. Oxford University Press, 2001, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, Montevideo, 2006, *passim*; Díez Ripollés, F. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, *passim*.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 27 y ss.; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, en *Indret*, núm. 1, 2011, p. 2; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 9, 2005, p. 41; BERRY, M. / PHILO, G. / TIRIPELLI, G. / DOCHERTY, S. / MACPHERSON, C., “Media coverage and public understanding of sentencing policy in relation to crimes against children”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12(5), 2012, p. 587; PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, dirigida por Joan Botella i Corral y Mercedes García Aran. Tesis doctoral inédita. Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic, 2010, p. 45; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

criminal law to the dangerousness criminal law, leading to an expansion of the use of specifically measures aimed at countering or incapacitating the dangerousness of the dangerous imputable offenders.

Placed in this context, the main objective of this research is to analyze the institution of supervised release. This must begin with analyzing the reasons that led to the Spanish legislator to finally choose to impose a security measure to imputable offenders in attention to their criminal dangerousness. Inquiring before about the introduction of supervised release, will serve to confirm whether their introduction has been motivated by a real social and criminal reality or it is the product of the current criminal policy based on social punitive populism.

In addition, since Spain has not been a pioneer in the implementation of such measures against dangerous chargeable offenders, it is also necessary to know the legal situation in comparison to some of the countries in our cultural environment in order to obtain information on the design of measures similar in countries that have preceded us in the introduction of such sanctions. So the criminal legislation of countries like USA, UK, Canada, Australia, Germany, Switzerland, Austria, France and Italy have opted for the introduction of postsentence measures or increase the penalties imposed in response to the risk of guilty dangerous offenders. Among these ones, it is important to underline the American case, which is paradigmatic. Not only because of the extreme hardness of the package of measures that includes, but also for being the pioneer in the introduction of specific measures to address the dangerous imputable offenders.

Once framed the social and political context that has led to the introduction of the supervised release and the reality in comparative law, it is time to delve into the study of Spanish penal law. In this regard, having in mind that the current criminal law of dangerousness is an existing reality, it is necessary to highlight the various doctrinal positions on whether or not the criminal dangerousness of a subject must be attributable to determine their criminal liability and, if so, how should this affect to the sentence. It is also appropriate to examine the previous Spanish legislation in order to find out if prior to the introduction of the new supervised release, the Spanish criminal law

provided the possibility of imposing measures based on the dangerousness of offenders and if so, whether was a similar or identical measure to the currently regulated in the Penal Code.

Only when the previous goals are assumed is possible to start the legal analysis of the supervised release. To do this, it is essential to examine the pre-legislative relating history before the introduction of the supervised release approved in the LO 5/2010 to later go further and focus on the analysis of both, the current legal regulation of the Spanish supervised release and the reforming proposal that seeks the Bill of Penal Code, 4 October 2013. Finally, in light of the strengths and weaknesses of the current and future regulatory of supervised release, those legislative reforms should be proposed in order to improve the current regulation of the law for dangerous imputable offenders.

The logical order of the analysis presented corresponds to the chapters structure observed in this investigation, as it is detailed below.

The first chapter is intended to study one of the main precipitating factors of the current legislative policy in criminal matters, aiming the increase of disproportionate criminal penalties. Following, it is performed a descriptive analysis of the role played by the media in this process. It is confirmed that the media with its procedures, is influencing the increasing insecurity sense of the population, leading to an increase in punitive demands by the society. Along with this, it is also examined the role of political powers in relation to the demands of punitive exasperation, on the one hand, and in relation with the media, on the other. In this triangular relationship is added the analysis of the rising role of the lobbyists. Finally, in the last section are presented, based on the above analysis, which are the main causes that have precipitated the introduction of a safety measure applicable to imputable offenders in Spain: the supervised release.

The second and third chapters are entirely devoted to the study of the comparative law of criminal sanctions for dangerous offenders so as to assess its introduction in the

Spanish positive law. It has been chosen to analyze the various criminal mechanisms¹² to deal with the dangerous criminals in three countries: the United States, England and Germany. The reason for selecting these ones is double. Firstly, because they are all culturally similar countries – more advanced - to Spain. Secondly, until recently, mainly Germany, but now also the other two countries, are countries with great legal influence not only in Spain, but in other European countries. However, knowing the lack of in-depth analysis of other interesting measures incorporated in the respective penal systems in close Spanish countries, it has included a final section in chapter three in order to mention some of the measures regulated in that other countries and also aimed to address the dangerousness manifested by imputable offenders. Different revised measures have been classified according to the different countries under review and in each of them according to their nature, whether they are custodial or non-custodial. Furthermore, the social and political context of each of the measures introduced was briefly studied, as well as the results of criminological studies concerning its effectiveness in preventing recidivism. We opted for leaving entirely the second chapter for the analysis of American legal regulation on sanctions targeting dangerous offenders, given their particular relevance. The American legislature was undoubtedly the forerunner in introducing them, and also the one which has introduced a greater variety of them. The third chapter of this thesis is intended to study the existing measures in England and Germany as well as a final section in which there are brief allusions to the existing measures in other countries like Canada, Switzerland, Australia, France and Italy.

Chapter four is dedicated to the analysis of the positivization of the dangerousness criminal law in the Spanish legislation. The first part confronts the advantages of establishing a dualistic model instead of a monistic one of penalties with the objective to finally discuss what may be the most appropriate way to treat the dangerousness of criminal offenders. Next, it is done a brief historical review of the various political-criminal options followed in Spain up to now. Moreover a brief comparison of the supervised release, subject of study, and other existing measures in the Spanish or

¹² These may include increasing the punitive rigor of the penalty or add to the sentence imposed in response to the fact committed a new sanction, be it punishment or security measure of criminal civil or administrative action.

European law that are designated using the same name. The second part of the chapter is devoted to analyze the supervised release security measure. With this aim, I do an analysis, among other things, of the nature and purpose of the measure, the alleged imposition and duration of it, the content, the execution system of the supervised release and the causes and consequences of its noncompliance is undertaken. Finally, there is a final section devoted to the study of the regulation of supervised release in the Bill of Penal Code 2013 in which I realize a special emphasis on the changes that are intended to introduce about their regulation in the existing law.

The fifth and final chapter is dedicated to raising the possibility of consider introducing some of the existing measures in comparative law in the Spanish criminal law, as well as the various proposals made by the Spanish doctrine. After making the necessary considerations of the various proposals, the last part of this concluding chapter is devoted to outlining a *lege ferenda* proposal with which it is intended to provide real alternatives to the current way of proceeding in front of dangerous offenders. Additionally, I mean to suggest improvements to the current regulation of supervised release on a more concrete leave, and more attached to the current regulation of the measure.

The introduction of the supervised release in the Spanish Penal Code by the Penal Code Amendment, operated by the Constitutional Law 5/2010, has involved an important change in Spanish criminal policy. The peculiarity of this new penal sanction is the fact that, for the first time in democracy, its introduction allows a safety measure to be imposed on a subject declared a dangerous imputable offender along with a punishment. Until then, Spanish criminal law was based on the assumption that imputable criminals only had to respond to their criminal responsibility for the crime committed through the imposition of a sentence, without it being possible to impose a new punishment or increase the duration of the one imposed (with some exceptions¹³) beyond the abstract penalty framework for the crime committed, despite the occurrence of a higher or lower risk of committing further offences.

¹³ Cfr. about the qualified aggravating circumstance of recidivism *ex art. 66.1.5ª CP*

There is no doubt that the inclusion of a measure of safety for dangerous imputable offenders, in particular the approval of the supervised release is immersed in what has come to be called the Law of Criminal Security or, more specifically, law of criminal dangerousness.¹⁴ Indeed, the current conception of the law of criminal dangerousness is not based on a new idea. VON LISZT¹⁵ considered that the states should incapacitate those offenders deemed incorrigible through the criminal law. At that time, this group of incorrigible criminals was considered to include those who carried out crimes that tended to be habitual in nature, including theft, robbery, receiving stolen goods, fraud, damage, violent sexual assaults or sexual assaults on minors. Society must be protected against these incorrigible subjects so that the state should sentence them to life imprisonment or indeterminate prison sentence. However, after the formulation of the theory in the second half of the 19th century, it was not until the late 20th century when this and other theories emerged and have gradually gained more interest, becoming a key part of the current criminal policy in culturally advanced countries based on the idea of hazard containment.

It is important to say that analyzing the social and political causes of this paradigm exceeds the scope of this work.¹⁶ However, it seems that one of the main reasons that led to a criminal law, or more precisely a system of punishment, based on criminal dangerousness is the increasing feeling of insecurity, which has arisen, on one hand, from both the increasing number of crimes committed by a limited number criminals

¹⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, *passim*; ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret*, núm. 4, 2007, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 699-710; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, *passim*.

¹⁵ Cfr. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, translated by Carlos Pérez Del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995. From the perspective of the use of security measures to deal with the dangerous criminals, vid. theses by Lombroso or Ferri.

¹⁶ GARLAND, D., *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*, Ed. Oxford University Press, 2001, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, Montevideo, 2006, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, F. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, *passim*.

and secondly, the criminal justice system does not provide a conclusive answer to the problem. Moreover, the modus operandi of the mass media and the impact of this on public opinion are crucial to explaining it.¹⁷ In this process, both the passive or active work by public authorities and certain pressure groups that have benefited from the increased perception of insecurity are also relevant. This has resulted in the boom of the so-called punitive populism that has meant a shift in the paradigm not only in Spain even before it had arisen in the majority of northwestern countries, from the law of criminal culpability to the law of criminal dangerousness, leading to an expansion of the use of specific measures aimed at countering or neutralising the dangerousness of the dangerous imputable offenders.

Spain was one of the last countries to join this criminal law. Placed in this context, the main aim of this research is to analyze the institution of supervised release. This must begin with analyzing the reasons that finally led Spanish legislators to choose to impose a security measure on imputable offenders related to their criminal dangerousness. Inquiring into the social and political context before about the introduction of supervised release, will serve to confirm whether its introduction was motivated by a real social and criminal reality or if it was the product of the current criminal policy based on social punitive populism.

In addition, since Spain is not a pioneer in the implementation of such measures against dangerous chargeable offenders, it is also necessary to know the legal situation compared with some of the countries in our cultural environment in order to obtain information on the design of similar measures in countries that have preceded us in the introduction of such sanctions. So, the criminal legislation of countries like the USA,

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 27 and after.; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, en *Indret*, núm. 1, 2011, p. 2; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 9, 2005, p. 41; BERRY, M. / PHILO, G. / TIRIPELLI, G. / DOCHERTY, S. / MACPHERSON, C., “Media coverage and public understanding of sentencing policy in relation to crimes against children”, en *Criminology and Criminal justice*, vol. 12(5), 2012, p. 587; PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, dirigida por Joan Botella i Corral y Mercedes García Aran. Tesis doctoral inédita. Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic, 2010, p. 45; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

the UK, Canada, Australia, Germany, Switzerland, Austria, France and Italy have opted for the introduction of post-sentence measures or increasing the penalties imposed in response to the risk of guilty dangerous offenders. Among these, it is important to underline the American case, which is paradigmatic. Not only because of the extreme harshness of the package of measures that it includes, but also as the pioneer in the introduction of specific measures to address dangerous imputable offenders.

Once the social and political context that has led to the introduction of the supervised release and the reality in comparative law has been defined, it is time to delve into the study of Spanish penal law. In this regard, bearing in mind that the current law of criminal dangerousness is a reality, it is necessary to highlight the various doctrinal positions on which the criminal dangerousness of a subject must be attributed to determine their criminal liability and, if so, how this should affect the sentence. It is also appropriate to examine previous Spanish legislation to see if prior to the introduction of the new supervised release, the Spanish criminal law had the possibility of imposing measures based on the dangerousness of offenders and if so, whether this measure was similar or identical to the one currently regulated in the Penal Code.

Only when the previous goals are assumed is it possible to start the legal analysis of the supervised release. To do so, it is essential to examine the pre-legislative precedents to the introduction of the supervised release approved in the Constitutional Law 5/2010 to then focus on the analysis of both the current legal regulation of supervised release in Spain and the reform proposed in the Penal Code Bill of 4th October 2013. Finally, in light of the strengths and weaknesses of the current and future regulation of supervised release, those legislative reforms should be proposed to improve the current regulation of the law for dangerous imputable offenders.

The logical order of the analysis presented corresponds to the chapter structure observed in this research, as detailed below.

The first chapter is intended to study one of the main precipitating factors of the current legislative policy in criminal matters, aiming at the increase in disproportionate criminal

penalties. A descriptive analysis of the role played by the media in this process is then performed. It is confirmed that, with its procedures, the media is influencing the increasing sense of insecurity among the population, leading to an increase in punitive demands from society. Along with this, the role of the political powers in relation to the demands for punitive exacerbation is also examined, on the one hand, and related to the media, on the other. The analysis of the rising role of the lobbyists is added to this triangular relationship. Finally, based on the above analysis, the main causes that have precipitated the introduction of a safety measure applicable to imputable offenders in Spain: the supervised release, are presented in the last section.

The second and third chapters are entirely devoted to the study of the comparing the laws of punishment for dangerous offenders so as to assess its introduction into the Spanish law. It has been chosen to analyze the various criminal mechanisms¹⁸ to deal with the dangerous criminals in three countries: the United States, England and Germany. There are two reasons for selecting these ones. Firstly, culturally, they are all similar to, but more advanced than, Spain. Secondly, until recently, mainly Germany, but now also the other two countries, were countries with great legal influence not only in Spain, but in other European countries. However, knowing the lack of in-depth analysis of other interesting measures incorporated into the respective penal systems in countries close to Spain, a final section is included in chapter three in order to mention some of the measures in those other countries and also aimed at addressing the dangerousness manifested by imputable offenders. Different revised measures are classified according to the different countries under review and in each of them according to their nature, whether they are custodial or non-custodial. Furthermore, the social and political context of each of the measures introduced is briefly studied, as well as the results of criminological studies concerning their effectiveness in preventing recidivism. We opted to dedicate the second chapter exclusively to analysing the American legal regulation targeting dangerous offenders, given their particular relevance. The American legislation was undoubtedly the forerunner in introducing themse, and also the one which has introduced a greatest variety . The third chapter of

¹⁸ These may include increasing the harshness of the punishment or adding to the sentence imposed in response to the fact of having committed a new offence, be it punishment or security measure of criminal, civil or administrative action.

this thesis is intended to study the measures in England and Germany as well as a final section with brief allusions to the measures in other countries, like Canada, Switzerland, Australia, France and Italy.

Chapter four is dedicated to the analysis of the positivization of the law of criminal dangerousness in the Spanish legislation. The first part presents the advantages of establishing a dualistic model of penalties instead of a one-tier one with the objective of finally discussing what the most appropriate way to treat the dangerousness of criminal offenders may be. Next, there is a brief historical review of the various political-criminal options followed in Spain up to now. Moreover, a brief comparison of the supervised release, the subject of this study, and other existing measures in Spanish or European law that are designated with the same name. The second part of the chapter is devoted to analysing the supervised release security measure. With this aim, I analyse, among other things, the nature and purpose of the measure, the alleged imposition and duration of it, the content, the execution system of supervised release and the causes and consequences of non-compliance. Finally, there is a final section devoted to the study of the regulation of supervised release in the 2013 Penal Code Bill where I place special emphasis on the changes that are intended to be introduced into the existing law.

The fifth and final chapter is dedicated to raising the possibility of considering introducing some of the existing measures in comparative law into the Spanish criminal law, as well as the various proposals made by Spanish doctrine. After making the necessary considerations of the various proposals, the last part of this concluding chapter is devoted to outlining a *lege ferenda* proposal which is intended to provide real alternatives to the current way of dealing with dangerous offenders. Additionally, I mean to suggest improvements to the current regulation of supervised release on a more concrete basis, and closer to the current regulation of the measure.

CAPÍTULO I – LAS CAUSAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA DEL DERECHO PENAL Y SU INFLUJO EN LA INTRODUCCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA.

I. Introducción.

En los sistemas jurídicos anglosajones pero también – cada vez más – en los sistemas jurídicos continentales se han producido importantes cambios en la intensidad y el sentido del castigo de determinadas conductas penalmente ilícitas. Hasta ahora, por regla general, predominaba el castigo de las conductas penalmente relevantes en atención al ilícito penal cometido, atendiendo únicamente a la culpabilidad del sujeto imputable. Tal estado de cosas empieza a cambiar a finales de los años 80 cuando se incrementaron de forma considerable las penas a imponer por la comisión de un delito sin atender en modo alguno al principio de proporcionalidad. Incluso, junto a las penas impuestas en atención a la culpabilidad por el hecho cometido, se sumaron sanciones – llámeseles medidas de seguridad o sanciones de carácter civil – imponibles en atención a la (supuesta) peligrosidad criminal que presentan dichos sujetos por el mero hecho de haber cometido una determinada tipología delictiva¹⁹.

Del mismo modo, aunque con un retraso de más de una década, en España se está produciendo este mismo viraje en la política criminal. Podría decirse que las reformas introducidas en el Código Penal español en 2003 constituyen el inicio de este cambio de paradigma que se ha empezado a consolidar en la reforma operada en 2010 y, sobre todo, en la proyectada reforma del Código Penal presentada en el Congreso de los Diputados en octubre de 2013.

¹⁹ Sobre este tipo de medidas dirigidas a hacer frente a la supuesta peligrosidad de determinada delincuencia en el ámbito del derecho comparado, vid. infra los siguientes capítulos de la presente tesis doctoral.

No es éste el lugar para discutir sobre lo novedoso²⁰ del cambio que se ha producido en los últimos veinte o veinticinco años en la política criminal de la gran mayoría de los países más desarrollados. No obstante, sí que puede afirmarse, sin lugar a dudas, que se ha producido un giro en la política criminal desde el paradigma del derecho penal del hecho al paradigma del derecho penal de la peligrosidad. Cada vez más, junto con la imposición de una pena privativa de libertad derivada del ilícito cometido, se imponen tanto sanciones privativas como no privativas de libertad destinadas a hacer frente al riesgo de comisión de nuevos delitos por parte de los sujetos condenados. Ya no es suficiente con castigar *ex post* a quien comete un hecho previsto como delito, sino que es considerado necesario castigar también por lo que pueda cometer en un futuro en pos de la “seguridad” del resto de ciudadanos.

Llegados a este punto, donde la producción de un cambio de rumbo es innegable, resulta, en mi opinión, adecuado comprender las causas que han motivado tal modificación de las bases del derecho penal actual con la finalidad de comprender el porqué del cambio e intentar descifrar si el rumbo actual de la política criminal seguirá en la misma dirección. Asimismo, conocer el origen y las causas de la política criminal actual en los países desarrollados puede servir para tomar consciencia sobre la necesidad de seguir el camino iniciado en los años noventa o rediseñar la política criminal actual. No se pretende en las páginas que siguen tratar de ofrecer una teoría que explique con carácter general el cambio de rumbo, sino ofrecer pautas para comprender las razones que explican la introducción de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁰ Personalmente, considero que el rumbo tomado en la política criminal sí resulta novedoso. Aunque en los tiempos en que el paradigma de la rehabilitación era el modelo a seguir se hacía un uso frecuente de las medidas de seguridad para hacer frente a la peligrosidad de los delincuentes, el uso de las mismas se producía en lugar de la imposición de una pena con una duración determinada por el concreto delito cometido. Por el contrario, en la actualidad las medidas de seguridad no compiten con las penas, sino que las primeras se añaden a las últimas con un resultado completamente distinto.

II. Las (principales) causas del cambio de paradigma del derecho penal actual.

Todo cambio de paradigma en cualquier ámbito con implicaciones de carácter social se debe, evidentemente, a muchos factores que inciden directa o indirectamente sobre el mismo²¹. Entre estos factores, no cabe duda que el modelo de sociedad actual, donde los cambios se producen a una velocidad nunca vista y donde se ha producido un incremento de los riesgos socialmente permitidos (y no permitidos), o la falta de credibilidad del sistema político²² y judicial en sus instancias superiores, han jugado un papel más o menos relevante en el tránsito desde el derecho penal del hecho, basado en la culpabilidad, a un derecho penal de la peligrosidad. No obstante, como han apuntado muchos autores, una de las principales causas que ha comportado este cambio de paradigma deriva del resultado de la influencia de los medios de comunicación en la opinión pública y su relación con los poderes públicos²³.

1. El papel de los medios de comunicación.

Aunque los medios de comunicación parezcan ser sólo un medio de transmisión de la información que se estima de interés por la generalidad de la sociedad y por tanto, a priori, transmisores de los acontecimientos que se producen en un momento determinado, la verdad es que no son solo esto. Como consecuencia de las propias

²¹ Vid., entre muchos otros, GARLAND, D., *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*, op. cit., *passim*; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2007, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., *passim*, aunque refiriéndose más a la expansión del derecho penal en detrimento del principio de ultima ratio.

²² Vid. LARRAURI PIJOAN, E., “La economía política del castigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, p. 12.

²³ En este sentido, vid. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 2; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., p. 41; BERRY, M. / PHILO, G. / TIRIPELLI, G. / DOCHERTY, S. / MACPHERSON, C., “Media coverage and public understanding of sentencing policy in relation to crimes against children”, op. cit., p. 587; PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, op. cit., p. 45; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, op. cit., p. 20.

reglas de los medios de comunicación, no todos los acontecimientos pueden convertirse en noticia, pues hay diversos factores que favorecen que un acontecimiento sea noticiable, tales como, entre otros, el umbral de intensidad, la ausencia de ambigüedad, la relevancia del acontecimiento, la imprevisibilidad o la continuidad en el relato de sucesos similares²⁴. Igualmente hay ciertos temas que es más fácil que lleguen a ser noticia que otros²⁵. Pero es que además, junto a ello, los medios sólo se centran en un listado de temas, aquellos que consideran más importantes, relegando a un segundo plano el resto de asuntos. Esta selección queda aún más reforzada por el hecho que, con carácter general, todos los medios de comunicación de masas tratan los mismos asuntos. De este modo, se consigue crear una única imagen de una pequeña parte de la realidad existente ante la sociedad²⁶.

Entre los distintos temas que tienen suficiente entidad para ser noticia, se encuentra en un lugar destacado la criminalidad o delincuencia, pues cumplen muchos de los factores que favorecen que un hecho sea considerado noticiable²⁷. Así, las noticias sobre criminalidad acostumbran a cumplir con al menos uno de estos factores. Esto es, acostumbran a ser negativas, fácilmente simplificadas, presentan hechos espectaculares, conflictos o violencia, y fácilmente pueden ser conectadas con otros acontecimientos para dar una continuidad en la noticia²⁸. Junto a ello, el hecho que la información sobre delincuencia sea muy barata, fácilmente accesible por los medios y muy aceptada por la audiencia, y que la finalidad última de los medios de comunicación sea la de obtener los mayores beneficios económicos al menor coste posible, coadyuva al hecho que los acontecimientos con una connotación criminal tengan un papel sobredimensionado en los medios de comunicación²⁹. Así se refleja tanto en España como en otros países –

²⁴ En este sentido, vid. RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, Barcelona, Ed. Paidós, 2005, p. 175 y ss.

²⁵ Vid. RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, op. cit., p. 171 y ss., quien indica que, entre otros, los temas con más probabilidades de convertirse en noticia son los que hacen referencia a lo personal, lo novedoso, la violencia y el dolor, la crisis o lo extraordinario.

²⁶ En este sentido, vid. RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, op. cit., p. 75.

²⁷ Detalladamente, vid. JEWKES, Y., *Media & Crime*, Ed. Sage, London, 2011, p. 44 y ss.

²⁸ En este sentido, vid. RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, op. cit., p. 175 y ss; JEWKES, Y., *Media & Crime*, op. cit., p. 45 y ss; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., pp. 17 y 18.

²⁹ En este sentido, vid. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., pp. 15 y 16.

sobre todo anglosajones – a través de los múltiples estudios empíricos realizados donde se ha demostrado que los acontecimientos criminales tienden a recibir un trato privilegiado en los medios de comunicación³⁰.

Consecuentemente, al considerar unos hechos y no otros noticiables, se transmite una imagen parcial de la realidad que se ve reflejada en la opinión que tiene la sociedad sobre los acontecimientos y problemas existentes en un determinado momento, lo que conlleva que la opinión pública considere importantes unos temas y no otros³¹ a pesar de la magnitud real de los acontecimientos convertidos en noticia. Así pues, se produce una correlación entre las prioridades de los medios y las prioridades del público pero, en cambio, no una dependencia entre los acontecimientos reales y el retrato que hacen de ellos los medios de comunicación³². Esta correlación es mayor como menor es el conocimiento directo de un tema por parte del receptor del mensaje³³. La falta de experiencia personal, ya sea directa o indirecta, sobre un asunto hace que el público tenga necesidad de orientación, que busque en otras fuentes información sobre ese

³⁰ Esto es, que los acontecimientos sobre delincuencia, y en especial la delincuencia grave, están sobrerrepresentados por los medios de comunicación. Cfr. PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, op. cit., pp. 240 y ss.; RECHEA ALBEROLA, C. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / BENÍTEZ JIMÉNEZ, Mª J., *Tendencias sociales y delincuencia*, Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), núm. 11, 2004, pp. 35 y ss. Disponible en <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., *passim*; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, op. cit., pp. 33 y ss; GARCÍA ARAN, M., “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, abril de 2008, p. 49. Asimismo, vid. GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 1, 2009, pp. 266-268, quienes citan diversos estudios donde se demuestra la sobrerrepresentación de la delincuencia en los medios.

³¹ Vid. MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006, p. 54; FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 4.

³² Cfr. algunos interesantes ejemplos sobre esta relación en diversos países donde se ha estudiado en MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda*, op. cit., pp. 59 y ss. Una evidencia (que no prueba) de ello en el actual panorama español puede encontrarse, entre muchas otras, a raíz de la trágica muerte de un inmigrante en las aguas de Ceuta, los medios de comunicación han intensificado el número de noticias sobre inmigración conllevando que haya aumentado considerablemente el número de ciudadanos españoles que considere la inmigración como uno de los tres problemas principales que existen en España tal y como puede verse en la variación del barómetro del CIS desde febrero a abril de 2014.

³³ Vid. RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, op. cit., p. 57.

tema³⁴. Es en estos casos donde los medios de comunicación desempeñan una función muy importante, pues son el canal más significativo – si no el único – de obtención de información³⁵ y consecuentemente, como portadores principales de la información, tienen una gran influencia en los estados de opinión y conducta de la sociedad³⁶.

Este proceso comunicativo es explicado por la teoría de la *agenda-setting* o de establecimiento de agenda. A través de ella se explica la contribución de los medios de comunicación de masas en las imágenes que la sociedad se hace de la política y los asuntos públicos. Esto es, la tematización de determinados acontecimientos - y por tanto convertidos en noticias – por parte de los medios de comunicación conduce a que los mismos sean considerados de interés por parte de la opinión pública con independencia de su importancia intrínseca³⁷.

Aplicando la teoría de la *agenda-setting* a la política criminal se puede extraer que, a mayor exposición de asuntos de carácter criminal por parte de los medios de comunicación mayor interés por parte de la opinión pública de los asuntos penales. Además, a diferencia de otros asuntos de interés público, la teoría del establecimiento de agenda adquiere aún más sentido. Primero, porque como se ha indicado anteriormente los acontecimientos de carácter criminal cumplen muchos de los factores que son requeridos para que un acontecimiento sea convertido en noticia³⁸. Segundo, porque a falta de experiencia personal con el delito el público hará un mayor uso de los medios para informarse con lo que el efecto de la agenda-setting aun será mayor³⁹.

³⁴ Vid. MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda*, op. cit., p. 132.

³⁵ Vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, en *Criminal Justice Policy Review*, 2006, p. 266; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 27-28; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., p. 3; FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, op. cit., p. 2.

³⁶ Vid. MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda*, op. cit., pp. 60-61.

³⁷ Sobre el mismo, entre otros, vid. MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda*, op. cit., *passim*.

³⁸ En este sentido, entre otros, vid. JEWKES, Y., *Media & Crime*, op. cit., p. 44 y ss., quien indica algunos de los valores o rasgos que facilitan que un determinado hecho criminal sea convertido en noticia.

³⁹ Vid., sobre esta mayor influencia de los medios en cuestiones criminales, BARATA, F., “Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana”, en MUÑAGORRI LAGUIA, I., *La protección de la seguridad ciudadana*, Ed. Oñati Proceedings, San Sebastián, 1995, p. 88.

A *priori*, el hecho que los medios de comunicación informen sobre los acontecimientos de carácter criminal es del todo legítimo, pues la sociedad tiene derecho a recibir información y en este caso los medios de comunicación ejercen un papel clave, siendo además que con ello se contribuye a una mayor calidad de la democracia española⁴⁰. No obstante, la propia lógica de los medios de comunicación hace que no todos los hechos delictivos sean finalmente noticia, sino que sólo aquellos más espectaculares, extravagantes o crueles lleguen finalmente a pasar el filtro de lo noticioso⁴¹. Consecuentemente, como norma general sólo los crímenes más graves o aquellos que presenten una especial trascendencia por su novedad o por los sujetos implicados serán publicitados por los medios de comunicación de masas y por tanto considerados de interés por la opinión pública⁴².

Junto con este proceso de carácter más objetivo, los medios de comunicación también desempeñan un papel de calado subjetivo en las opiniones del público. Es decir, la tematización de los acontecimientos por parte de los medios no sólo afecta a los temas que posteriormente la opinión pública va a considerar importantes, sino que también influye en la opinión que la sociedad va a tener sobre estos temas⁴³. O lo que es lo

⁴⁰ En este sentido, vid. CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La-Mancha y de la universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 188, quien cita diversas sentencias del TC y el TEDH quienes defienden dicha función de los medios de comunicación.

⁴¹ Es evidente que no sólo compiten para ser noticia acontecimientos de temáticas diferentes, sino que también distintos acontecimientos de la misma temática, pues el espacio que los medios pueden dedicar a estos es limitado, lo que implica que sólo los crímenes más crueles, espectaculares o “novedosos” – dentro de un ámbito temporal concreto – puedan llegar a ser noticia. Así, el hecho de haberse cometido un delito de robo en fuerza en las cosas, a pesar de ser un acontecimiento grave y negativo, no presenta ninguna cualidad diferenciada y por lo tanto difícilmente – a no ser que exista un interés específico en ello o se cometan un desajustado número de delitos de este tipo – los medios de masas van a considerarlo noticia.

⁴² Así, a modo de ejemplo, en el diario El País, puede comprobarse como se produce una desproporción muy significativa entre el porcentaje de noticias relacionadas con delitos de homicidio o delitos sexuales (un 30% en 2002) en relación con otros delitos más habituales como pueden ser lesiones o robo (menos de un 8% en 2002). Vid. SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., p. 13; GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003, op. cit., pp. 267-268.

⁴³ Vid. MCCOMBS, M., Estableciendo la agenda, op. cit., p. 237.

mismo, los medios de comunicación no sólo nos dicen en qué tenemos que pensar, sino también cómo pensar sobre los temas⁴⁴.

Esta influencia es explicada por la teoría del encuadre o el segundo nivel de la *agenda-setting*. Es en este punto donde los medios de comunicación desempeñan un rol, si cabe, más importante en la influencia en la opinión pública sobre los temas que afectan a la política criminal. Encuadrar consiste, tal como lo define ENTMAN, en “seleccionar algunos aspectos de la realidad percibida y hacerlos más destacados en un texto comunicativo, de tal manera que consigan promover una definición de un problema particular, una interpretación causal, una evaluación moral y/o una recomendación de tratamiento para el asunto descrito”⁴⁵. La realidad social es como un calidoscopio de potenciales realidades que según por donde se mire pueden plasmarse unas u otras realidades⁴⁶. Así, según el planteamiento dado por los medios de comunicación sobre un acontecimiento puede deducirse que el problema, las causas del mismo, la valoración social y la solución es una u otra⁴⁷. Del mismo modo que pasa con la tematización de la agenda por parte de los medios, en este caso es importante tener en cuenta que al hacer esta operación periodística de resaltar determinados aspectos de un acontecimiento, a su vez, se omiten otras cuestiones que igualmente están relacionadas con el propio acontecimiento, las causas o una posible solución al mismo, lo que comporta que se dé a la opinión pública una determinada visión de la realidad⁴⁸. Ello no debería ser criticable *per se*, pues sería imposible poder informar de forma inteligible y en un espacio temporal coherente de las noticias de manera completa⁴⁹. Sin embargo, en el caso de las crónicas relacionadas con la criminalidad, los medios de comunicación acostumbran a

⁴⁴ Vid. MCCOMBS, M., Estableciendo la agenda, op. cit., p. 141.

⁴⁵ Traducción propia del inglés. vid. ENTMAN, R., “Framing: towards clarification of a fractured paradigm”, en *Journal of Communication*, vol. 43(4), 1993, p. 52.

⁴⁶ Cfr. EDELMAN, citado en ENTMAN, R., “Framing: towards clarification of a fractured paradigm”, op. cit., p. 54.

⁴⁷ Vid. ENTMAN, R., “Framing: towards clarification of a fractured paradigm”, op. cit., pp. 53-55; MCCOMBS, M., Estableciendo la agenda, op. cit., pp. 141 y ss., quien indican algunos ejemplos de los efectos del encuadre tanto en encuestas como en las noticias sobre la guerra del Golfo y sobre política.

⁴⁸ Vid. ENTMAN, R., “Framing: towards clarification of a fractured paradigm”, op. cit., p. 55.

⁴⁹ Además, todos cuando discutimos o analizamos cualquier cuestión lo hacemos, aunque sea de manera inconsciente, desde un punto de vista determinado, pues la ideología, las experiencias personales u otros factores hacen que demos un determinado encuadre a ello.

enfocar las noticias desde el mismo punto de vista, tendente a generar una preocupación social por la delincuencia. Esto es, las noticias sobre delincuencia que publican los medios están enfocadas a dar una imagen de que la criminalidad aumenta, que los delincuentes son sujetos malvados y las víctimas son personas indefensas o que el sistema de justicia penal y los gobiernos son benévolos con el tratamiento de los delincuentes, ofreciendo además un tratamiento dramático y sensacionalista de los hechos noticiosos⁵⁰. Más peligroso aún es el hecho que a veces los medios maquillan o muestran datos o información que no son del todo ciertos o incluso son directamente falsos, para reforzar así determinados atributos que acentúan el enfoque que se pretende dar en la noticia⁵¹. Por el contrario, difícilmente se publican noticias que analicen el contexto social de la comisión de un delito, las causas económicas o culturales de la delincuencia o que se busque la opinión de expertos⁵². La explicación de ello seguramente se encuentra en la propia lógica empresarial de los medios de comunicación cuyo objetivo prioritario en tanto que entidades mercantiles radica en la obtención de beneficios económicos. Así, aquellos acontecimientos relacionados con la criminalidad que no cumplan con aquellos factores facilitadores para que un hecho sea noticioso, o que para su conversión en noticia requieran de unos altos costes de producción (como por ejemplo pueden ser, por un lado, la normalidad del sistema de justicia penal o, por otro lado, un análisis detallado de las causas de la verdadera situación criminal) no serán de interés para los medios de comunicación⁵³.

⁵⁰ En este sentido, vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., p. 266; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., pp. 22-25; CAVENDER, G., “Media and Crime Policy: a reconsideration of David Garland’s The culture of control”, en *Punishment & Society*, vol. 6, 2004, pp. 345-346; FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, op. cit., pp. 8 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión*, op. cit., pp. 70-72; JEWKES, Y., *Media & Crime*, op. cit., p. 45 y ss; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, op. cit., pp. 47 y ss.

⁵¹ Cfr. FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, op. cit., pp. 8 y ss; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 64.

⁵² En este sentido, vid. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 24.

⁵³ Cfr. CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, op. cit., p. 194, quien indica como los medios sólo les interesa el suceso concreto, sin importarles si finalmente el autor del mismo es absuelto o no o las circunstancias del delito.

2. Las consecuencias en la opinión pública.

Esta sobrerrepresentación de noticias relacionadas con la criminalidad por parte de los medios de comunicación de masas tiene una incidencia directa en la visión de la opinión pública respecto a la delincuencia y al sistema de justicia penal. Así, tal como se deriva de la teoría del *agenda-setting* – y se ha demostrado en multitud de estudios empíricos – a mayor exposición de noticias sobre un determinado asunto, mayor importancia del mismo por parte de la opinión pública. No obstante, como la propia teoría señala, tampoco todos los acontecimientos relacionados con la criminalidad podrán ser noticia, por lo que llegarán a manos de la opinión pública sólo aquellos que tengan una especial gravedad, supongan una especial novedad o impliquen un hecho aislado. En cambio, difícilmente los medios de comunicación de masas informarán sobre los hechos delictivos más habituales en la sociedad española y que por lo general son de escasa gravedad. Además, tal como se ha indicado en el epígrafe anterior, los medios, al contar las noticias, no son íntegramente objetivos ni tratan todos los aspectos de un concreto acontecimiento. Con ello, al mostrarse sólo una parte de la realidad de un hecho noticioso, se limita la información que el lector recibe.

Este proceso produce por si solo que la opinión pública no únicamente considere como un tema importante la delincuencia y el sistema de justicia penal, sino que además puede producir un efecto negativo en los estados de opinión sociales o incluso un efecto de alarma social respecto a la delincuencia y a todo aquello que tenga relación con el sistema de justicia penal. Ello conduce a una demanda política de modificación legislativa o de mano dura frente a los sujetos que no cumplen con las normas sociales básicas.

Este efecto en la sociedad ha sido ampliamente estudiado en el ámbito español⁵⁴ durante el periodo comprendido entre finales de los años noventa y principios del presente

⁵⁴ Sobre estudios realizados en otros países occidentales, cfr. GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, op. cit., p. 267.

siglo⁵⁵. En estos estudios se demuestra que como consecuencia del auge informativo de noticias⁵⁶ relacionadas con un incremento de la delincuencia durante el periodo entre 2002 y 2003⁵⁷ se produjo un aumento de la preocupación por el delito, de tal modo que el porcentaje de ciudadanos que mencionaba la delincuencia como uno de los tres principales problemas pasó a ser de un 8,9% en septiembre de 2001 a un 29,1% en junio de 2003. Juntamente con la oleada de noticias producida entre 2002 y 2003, en 2006 se produjo un fenómeno similar. Esta vez, los medios de comunicación se hicieron eco de un gran número de noticias sobre delitos de robo en viviendas⁵⁸ a pesar del verdadero incremento o disminución de este tipo de robos⁵⁹. Esta atención mediática produjo igualmente una nueva subida del porcentaje de la sociedad española que consideraba la inseguridad como uno de los principales problemas sociales pasando a ser del 12,1% en septiembre de 2005 a un 26,3% de españoles en junio de 2006⁶⁰.

⁵⁵ Así, entre otros, SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit.; RECHEA ALBEROLA, C. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / BENÍTEZ JIMÉNEZ, Mª J., *Tendencias sociales y delincuencia*, op. cit.; FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, op. cit.; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, op. cit. Igualmente, vid. GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, op. cit., p. 271.

⁵⁶ Como se verá más adelante, en este caso provocado por el poder político.

⁵⁷ Vid. SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., pp. 9 y 10, quien muestra la evolución del número de noticias sobre delincuencia en el diario El País durante los años 2001 a 2003, pudiéndose comprobar como el volumen de noticias mensuales pasa de 37 en 2001 a 67 en 2002 y 63 en 2003. Asimismo, RECHEA ALBEROLA, C. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / BENÍTEZ JIMÉNEZ, Mª J., *Tendencias sociales y delincuencia*, op. cit., pp. 47 y 48, quienes muestran como a partir de 1998 se produce un incremento del número de noticias sobre delincuencia y es a partir de 2002 cuando se produce un salto cuantitativo en el número de noticias sobre esta temática, pasando de 44 en 2002 a 185 en 2003 en el periódico El País o VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 14 quien muestra el número de noticias sobre delincuencia de los dos diarios españoles más importantes y la cobertura que presentan ambos según el color del partido gobernante durante el periodo entre 1999 y 2008.

⁵⁸ Vid. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 14, quien, aunque no se refiera a la modalidad concreta de los delitos que aparecieron en la prensa, sí que refleja el incremento del número de noticias relacionadas con la criminalidad en el año 2006 después de tres años de reducción del número de noticias sobre delincuencia.

⁵⁹ Vid. REBOLLO VARGAS, R., “Oleadas informativas y respuesta político-criminal (a propósito de los robos en residencias)”, en GARCÍA ARAN, M. / BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85, donde se indica cómo según las estadísticas oficiales el número de robos en casas en 2006 disminuyó respecto al año anterior.

⁶⁰ Vid. las estadísticas realizadas por el CIS sobre los tres principales problemas que existen actualmente en España. Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

Evidentemente, es muy probable que con anterioridad a la oleada informativa por parte de los medios de comunicación la mencionada preocupación por el delito ya existiera. No obstante, también es cierto que con el incremento de las noticias sobre delincuencia se amplió la percepción de inseguridad de la sociedad y consecuentemente los medios transformaron un supuesto problema en un problema social. Aunque los medios no crean noticias sobre delincuencia de la nada – si bien podría discutirse en determinados casos – sí que al publicarlas las extienden a una dimensión pública, de tal modo que lo convierten en un problema de carácter social⁶¹.

Ante un crecimiento de la preocupación social por el delito, desde la opinión pública se exige una respuesta inmediata ante la delincuencia por parte de aquellos que son responsables de la seguridad pública, el gobierno⁶². Es decir, la reiteración de noticias sobre delincuencia⁶³ por parte de los medios de comunicación de masas produce una sensación de inseguridad en la opinión pública, la cual, consecuentemente, exige a los responsables políticos una solución a dicho problema⁶⁴. Puesto que esta exigencia se produce como consecuencia de un incremento de la preocupación social por el delito, la solución que se demanda conduce de forma inevitable⁶⁵ a una reforma del Código Penal, en el sentido de incrementar las penas a determinados delitos, de reducir la

⁶¹ Aunque con referencia a la alarma social, es interesante el razonamiento sobre la labor de los medios en la producción de la alarma social en RODRIGO ALSINA, M., “El Conocimiento del Sistema Penal: alarma social y medios de comunicación”, en LARRAURI PIJOAN, E. (Dir.), *Política Criminal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁶² Vid., en el mismo sentido, VARONA GÓMEZ, D., “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una Política Criminal racional”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 280-281.

⁶³ Tal como se ha indicado más arriba, en la inmensa mayoría de los casos éstas estarán relacionadas con aspectos negativos sobre la misma. Esto es, un incremento de la delincuencia, la impunidad de ciertos tipos de ilícitos, la falta de protección de las víctimas de delitos así como el mal funcionamiento de los tribunales o del propio sistema de justicia penal. En este sentido vid., entre otros, CAVENDER, G., “Media and Crime Policy: a reconsideration of David Garland’s The culture of control”, op. cit., p. 346.

⁶⁴ En relación con el papel de determinados programas televisivos, cfr. CARMONA SALGADO, C., “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos (especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000)”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 203-204.

⁶⁵ Inevitable porque si los medios, como se ha indicado supra, encuadran las noticias sobre delincuencia en un determinado sentido que termina llevando a considerar al delincuente como único responsable del hecho cometido, no puede exigirse que la sociedad responda de un modo distinto.

discrecionalidad de los jueces penales en la ejecución de la pena de prisión o de castigar conductas que supuestamente el Código Penal no contempla con la finalidad de reducir la sensación de inseguridad generada por los medios.

3. El papel de los poderes políticos.

Junto al papel que desempeñan los medios de comunicación en el cambio de paradigma del derecho penal actual, es justo indicar que en ocasiones no son los responsables últimos de la reforma que se está produciendo en la política criminal ni mucho menos debe considerárselos como los principales instigadores de la misma, pues en última instancia es el Parlamento el responsable de las reformas legislativas y, por tanto, de que se produzca o no un viraje en la política criminal de un determinado país⁶⁶. Así, debe tenerse presente que sin el beneplácito de los poderes políticos este giro punitivo de la política criminal española nunca hubiera sido posible.

Actualmente el poder legislativo se ha desvirtuado hasta tal punto que podría decirse que, en aquellos casos en que se produce una mayoría absoluta de hecho⁶⁷ o de derecho parlamentaria, éste se convierte en un apéndice del poder ejecutivo⁶⁸, de tal manera que el debate y la reflexión que se presupone en un parlamento a la hora de decidir sobre la necesidad de aprobar una reforma legislativa y de plasmar, en su caso, dicha necesidad en un texto legislativo ha quedado reemplazado por la improvisación del poder ejecutivo y la voluntad de contentar a su electorado. A todo esto, el poder ejecutivo, al

⁶⁶ Cfr. entre otros, GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, op. cit., p. 284; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 9.

⁶⁷ Con ello quiero indicar aquellos supuestos en que no se produce una mayoría absoluta por parte de un sólo grupo parlamentario pero que a través de alianzas estables con otros grupos se produce el mismo efecto que en las de derecho. Piénsese, por ejemplo, en las alianzas políticas entre el Partido Popular (PP) y Convergència i Unió (CiU) en la primera legislatura de Aznar o las del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) con CIU y el Partido Nacionalista Vasco (PNV) con Zapatero como presidente del gobierno español.

⁶⁸ En un sentido similar, vid. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 123.

menos en lo que a temas de amplia repercusión mediática se refiere⁶⁹, acostumbra a ser muy receptivo a las demandas que se hacen llegar desde la opinión pública o determinados grupos de presión⁷⁰.

Así, los poderes políticos ejercen una labor clave en este proceso de cambio, ya sea jugando un papel reactivo, dando respuesta al estado social que los medios de comunicación previamente han creado respecto de la delincuencia, ya sea activo, siendo ellos los que de hecho tematizan el problema de la delincuencia en la agenda mediática.

En el primero de los supuestos, los medios de comunicación, con la tematización del problema de la delincuencia, influyen en la opinión pública en el sentido de que ésta última finalmente considere la delincuencia un tema socialmente importante y preocupante. A su vez los medios ejercen una presión directa al poder político, bien por el mero hecho de poner en el primer plano público aspectos negativos sobre la criminalidad, bien al sugerir posibles soluciones frente al delito. Asimismo, los responsables políticos resultan presionados por parte de la opinión pública. Indirectamente, al incrementarse la preocupación social que genera la delincuencia con el consecuente incremento de la inseguridad ciudadana, competencia esencial del Estado de Derecho, o de una forma directa, exigiendo al poder político que solvete el conflicto social que genera determinada delincuencia. En mi opinión, el poder político ante tal situación puede reaccionar de tres maneras distintas. En primer lugar, ignorando el problema. En segundo lugar, evaluando la realidad existente con la finalidad de averiguar la certeza de la información difundida por los medios y así plantear, si fuera el caso, una solución real al problema existente. En tercer lugar, tomando como cierto el problema definido por los medios y reaccionando de forma inmediata ante el supuesto problema con el fin de contrarrestar la aparición de noticias sobre criminalidad en los medios y la preocupación social derivada de la oleada informativa. Parece lógico que en todos los casos el poder político tomare en consideración la segunda de las vías esbozadas. No obstante, el poder político cuando de lo que se está hablando es de cuestiones de política criminal acostumbra a seguir la tercera de las posibilidades

⁶⁹ A lo que podría añadirse en estos últimos tiempos “que afecten a su potencial electorado”.

⁷⁰ A este poder, los grupos de presión, quienes juegan en determinadas ocasiones un papel muy significativo, me referiré posteriormente.

planteadas. Ello se deriva del hecho de que el poder político es muy receptivo a las demandas populares, relegando a un segundo plano la opinión de los expertos. En estos casos, dar una solución al problema planteado se transforma en una oportunidad política para ganar réditos electorales⁷¹. Luego, el objetivo del poder político no es tanto el de resolver el problema existente⁷², sino el de dar una imagen de intransigencia, de que se hace algo frente al problema planteado por los medios y que se protege a la ciudadanía de los malvados. Esto es, pretende apaciguar la llama que los medios han avivado a través de titulares que contrarresten los producidos por éstos con un mensaje claro: que el gobierno va a actuar frente a la delincuencia. Para ello, el ejecutivo utiliza como arma electoral un medio rápido y contundente con la finalidad de transmitir el mensaje pretendido, la reforma del Código Penal⁷³. No importa si ello es o no necesario o si la modificación del Código Penal tendrá un efecto positivo en el número de delitos que se cometen, lo importante es anunciar la voluntad de modificar la legislación penal con el objetivo de incrementar las penas, de introducir nuevos delitos o de reducir los beneficios penitenciarios de los condenados a penas de prisión. Con ello se frena la oleada informativa sobre criminalidad y se aumenta el número de titulares referentes a la solución política planteada. Se reduce la sensación de inseguridad en la población y

⁷¹ Téngase en cuenta que aunque el objetivo principal del poder político es el bien común, en primer lugar está permanecer en el poder, pues sin ello no será posible desarrollar lo primero. No obstante, en no pocas ocasiones, posiblemente la búsqueda del poder ya no es un objetivo medial al bien común sino que se transforma en el objetivo último de todo partido político. En este mismo sentido, vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., p. 266.

⁷² Ya sea porque de hecho no existe tal problema o porque existiendo de hecho no se ha producido variación alguna de la gravedad del mismo.

⁷³ En este sentido, es habitual leer en los medios de comunicación que ante determinados problemas relacionados con la delincuencia el poder político propone como solución al problema una modificación de la legislación penal. A modo de ejemplo, vid. “Duran hace bandera de la mano dura contra los delincuentes reincidentes”, La Vanguardia, 23-08-11, p. 9, haciendo referencia a los sujetos que cometen múltiples faltas de hurto en un contexto en que por parte de los medios se anunciaba el incremento de los delitos patrimoniales de poca monta, en medio de la temporada de verano y antes del inicio de las fiestas del barrio de Gracia de Barcelona donde se junta un elevado número de turistas. En el mismo sentido, vid. “El Gobierno encarga la reforma de 6 leyes para combatir la corrupción”, La Vanguardia, 14-03-13, p. 20 o “El PP se erige en abanderado de la lucha contra la corrupción política”, La Vanguardia, 5-03-11, p. 13, en relación con los casos de corrupción que salpican a los principales partidos políticos. También, “Devuelta a las campañas: El Gobierno presenta un plan contra la violencia de género centrado en la formación y la concienciación en una semana en que han sido asesinadas cuatro mujeres”, La Vanguardia, 26-05-13, p. 40. Mas apoya a Interior y pide más prisión y multas para los vándalos”, La Vanguardia, 03-04-12, p. 9, en relación con el aumento de violencia en las calles entorno a las manifestaciones. Finalmente, a raíz del incremento de los delitos de hurto de cobre, El Código Penal incluirá una nueva tipificación para el robo de cobre” La Vanguardia, 05-06-12, p. 5.

se restaura la credibilidad del sistema político⁷⁴. No es que todas reformas del Código Penal se deriven de la presión mediática, de la opinión pública o con una finalidad electoral, pero sí que cuando ésta existe el resultado, en caso de ser posible⁷⁵, es una reforma de la ley penal o que se aproveche una ya iniciada o planeada para introducir determinadas reformas con rasgos populistas.

En el segundo de los supuestos, el papel que juega el poder político es mucho más intenso y – seguramente – mucho más preocupante por lo que a la calidad democrática de nuestro país se refiere. Es sabido que una de las principales fuentes de información de los medios de comunicación es el poder político⁷⁶. Los medios de comunicación se nutren de la información que sale desde el poder político y el poder político utiliza a los medios para hacer llegar a la sociedad un determinado mensaje, de tal modo que los medios de comunicación se convierten en el medio de transmisión de la información que el poder político quiere transmitir a la sociedad⁷⁷. El proceso es el siguiente: por uno u otro motivo, el poder político, a través de declaraciones, entrevistas a medios o ruedas de prensa, lanza un mensaje relacionado con la delincuencia donde se realzan aspectos negativos o se ofrece soluciones a la misma. Este mensaje vendrá proseguido por una réplica del partido de la oposición. Los medios de comunicación recogen dichos mensajes junto con, en caso de ser posible, otras noticias relacionadas con acontecimientos pasados o estadísticas que amplíen la información ofrecida por el poder político. Finalmente, y en atención a la teoría de la *agenda-setting*, todo ello acaba repercutiendo en la opinión pública en el sentido de percibir la importancia de dicho asunto⁷⁸.

⁷⁴ En este sentido, vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión*, op. cit., p. 75.

⁷⁵ Esto es, que se dé la suficiente mayoría parlamentaria para tirar adelante la tramitación parlamentaria.

⁷⁶ Sobre ello, vid. MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda*, op. cit., pp. 197-198, quien indica como un elevado porcentaje de noticias publicadas en el *New York Times* y el *Washington Post* estaban basadas sustancialmente en notas y ruedas de prensa de instituciones públicas.

⁷⁷ Cfr., entre otros, VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., pp. 11 y 14; CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, op. cit., p. 205.

⁷⁸ Aunque en el supuesto anterior el objetivo es también conseguir un rédito electoral, a diferencia de este caso, el poder político se aprovecha de una situación creada por un tercero pero no es el instigador de todo ello. En un sentido parejo, vid. POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, op. cit., p. 86.

En este caso es de suma importancia, además, conocer la finalidad perseguida con ello. A diferencia del objetivo perseguido por los medios (obtener mayores beneficios económicos), al tematizar un determinado asunto en cuestión, el poder político lo que pretende es conseguir un beneficio electoral⁷⁹. Este proceso puede realizarse por otros diversos motivos mediales. Uno, con la finalidad de decantar a su favor la opinión pública en relación con una determinada política criminal pretendida por el propio poder gubernamental⁸⁰. Dos, con la finalidad de desviar la atención mediática. Y tres, con la finalidad de dañar la imagen pública del gobierno. En todos los casos, el objetivo último es el rédito electoral por parte del partido político que inicia la campaña mediática, pero junto a ello se le añaden otros complementarios que coadyuvan al primero⁸¹.

Tomando como ejemplo las reformas del Código Penal de 2003, tal y como han analizado diversos autores⁸², puede comprobarse este papel activo de los dos principales partidos políticos a nivel estatal. Estas reformas fueron llevadas a cabo con posterioridad a un proceso mediático iniciado por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) a principios de 2002. Así, el PSOE, en aquel entonces en la oposición, inicio

⁷⁹ Junto al beneficio electoral, podría plantearse que el objetivo pretendido por el poder político fuera beneficiar, aunque no sea directamente, a determinados sectores empresariales, sobre todo el relacionado con la seguridad pública.

⁸⁰ Tal y como explica SOTO NAVARRO al referirse a la utilización de los sondeos por parte del poder gubernamental, los gobiernos configuran sus decisiones políticas en el ámbito extraparlamentario; mantienen congelada la publicidad de sus intenciones hasta poder contar con los resultados de una encuesta, previo recurso a los medios de comunicación, para incluir en los temas de preocupación pública el asunto en cuestión y suscitar un giro de la opinión pública favorable a sus propósitos. Vid. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 101.

⁸¹ Así, en relación con el primero, si lo que se pretende es poder aplicar un determinado programa electoral en materia criminal, a sabiendas de su posible oposición, y para ello en primer lugar se inicia una campaña mediática de tal modo que consiga trasladar a la sociedad la necesidad de realizar un cambio legislativo en la dirección querida, en el momento de aprobar la norma, tendrá una repercusión positiva en la sociedad. En relación con el segundo motivo, al desviar la atención para centrarla en la delincuencia, la opinión pública dejara de considerar tan importantes otros temas que afectan de forma negativa al poder político. Finalmente, en relación con el tercero, al perjudicar al partido en el gobierno éste pierde popularidad, luego el partido en la oposición estará mejor visto.

⁸² Entre otros, vid. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., *passim*; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., *passim*; RECHEA ALBEROLA, C. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a J., *Tendencias sociales y delincuencia*, op. cit., *passim*; GARCÍA ARAN, M. / BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, op. cit., *passim*.

una campaña mediática a través del diario El País⁸³ destacando el incremento del número de delitos en España y la mala gestión del partido en el gobierno, introduciendo así en la agenda mediática y consecuentemente en la pública el problema de la seguridad ciudadana que finalmente terminó con la respuesta legislativa por parte del Partido Popular (PP) al gobierno, las reformas penales de 2003. Este es un claro ejemplo en el que los medios de comunicación no fueron los propulsores de la tematización de la agenda, sino que fue el poder político, con la finalidad de desbancar del gobierno a su rival político, quien propició que la preocupación por la delincuencia se convirtiera, como nunca antes había sucedido, en uno de los temas de mayor preocupación por parte de la ciudadanía⁸⁴. Al mismo tiempo, el PP – en el gobierno por entonces – parece que también jugó la misma baza. Así, con la finalidad de aminorar la atención mediática hacía el caso *Prestige*, el gobierno anunció de forma inesperada una reforma del Código Penal dirigida a endurecer el sistema de cumplimiento de las penas de prisión⁸⁵.

4. El papel de los grupos de presión.

El tercer actor que considero es necesario destacar implicado en el cambio de rumbo de la política criminal que se está fraguando a nivel español es el formado por los grupos

⁸³ El hecho que fuera el diario El País el que mostrase un mayor incremento en el número de noticias sobre inseguridad ciudadana (un 232% más en el año 2002 que en 2001) traen a la luz otro de los problemas que están presentes en los medios de comunicación de masas españoles, sus altos niveles de afinidad con determinados partidos políticos. Vid., sobre ello, VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p 14.

⁸⁴ En septiembre de 2001 sólo el 8,9% de los ciudadanos consideraban la inseguridad ciudadana como uno de los tres principales problemas en España que contrasta con el 29,1% de ciudadanos en junio de 2003.

⁸⁵ En este sentido, vid. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., p. 11, quien expone como además, el anuncio de reforma del Código Penal se produjo a la salida de un comité ejecutivo del PP convocado para debatir la crisis del *Prestige* como al hecho que el gobierno basó la necesidad de reforma del Código en datos inexistentes. Igualmente, GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en GARCÍA ARAN, M. / BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, op. cit., p. 163, quienes insinúan que se produjo un proceso idéntico en plena ebullición ciudadana por la entrada de España en la Guerra de Irak, momento en el cual el gobierno anunció una nueva reforma del Código Penal, la que posteriormente estaría integrada en la LO 11/2003.

de presión⁸⁶. Éstos pueden definirse como una “organización o conjunto de personas – físicas o jurídicas – que ante todo buscan influir en política o promover sus ideas dentro de un contexto económico y político determinado, incidiendo en el proceso de toma de decisiones mediante su actuación sobre los poderes ejecutivo, legislativo y/o judicial – directamente o a través de la opinión pública – para intentar moldear la formulación de políticas públicas y condicionar su implementación”⁸⁷. En el concepto deben integrarse también aquellas organizaciones constituidas para ejercer una presión política como los llamados grupos de interés⁸⁸, en tanto que éstos pueden pasar a ser considerados grupos de presión desde el momento en que entran – y durante el tiempo que estén – en la escena política, operando como actor político⁸⁹.

Su principal característica es su pretensión de presionar a las instancias políticas con la finalidad de que éstas dicten una determinada política en el sentido pretendido por el propio grupo de presión o que se mantenga la legislación ya vigente⁹⁰. Para lograr sus pretensiones, los grupos de presión pueden ejercer su influencia en dos momentos. Participando en una fase previa al propio proceso legislativo o posteriormente en la propia tramitación legislativa para que finalmente se adopte una decisión política favorable a sus intereses⁹¹. Así, es habitual que durante la tramitación de una reforma legislativa aquellos grupos de presión con intereses particulares en la reforma comparezcan en el espacio público reivindicando su postura frente a la misma. Ello

⁸⁶ Existen muchísimos tipos distintos de grupos de presión, desde aquellos que defienden los intereses económicos de grandes ámbitos económicos como pueden ser las empresas farmacéuticas, armamentísticas, tecnológicas o agrarias hasta aquellos que defienden intereses sociales, medioambientales o de libertades públicas como sindicatos, asociaciones u organizaciones no gubernamentales.

⁸⁷ Definición extraída literalmente de JEREZ, M., “Los grupos de presión”, en DEL ÁGUILA, R. (ed.), *Manual de ciencia política*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 297.

⁸⁸ Por grupo de interés se entiende como aquel actor del sistema social que desarrolla la función de articulación de las aspiraciones de individuos o colectivos frente a los poderes públicos contribuyendo a proporcionar racionalidad, congruencia y viabilidad a las demandas de cuantos comparten una determinada posición frente a otros sectores del sistema social. Sobre ello, vid. JEREZ, M., “Los grupos de presión”, op. cit., pp. 295-296.

⁸⁹ Cfr. sobre la delgada línea entre los llamados grupos de interés y los de presión en JEREZ, M., “Los grupos de presión”, op. cit., pp. 297-299.

⁹⁰ Ampliamente, sobre las formas de ejercer dicha presión, vid. JEREZ, M., “Los grupos de presión”, op. cit., pp. 308-315.

⁹¹ Aunque aquí no interesa, pueden asimismo actuar en una fase post-parlamentaria, una vez aprobada la ley, expresando su opinión, en contra o a favor, sobre la misma.

puede hacerse a través, entre otras vías, de su presencia en los medios de comunicación o de la realización de actividades en el espacio público⁹² o incluso ofreciendo la posibilidad de que determinados grupos de presión puedan defender su postura ante las Cortes durante el debate parlamentario de las mismas⁹³. En mi opinión, aún es más importante la función que los grupos de presión ejercen o pueden ejercer incluso con anterioridad a que desde el poder político en general, o el ejecutivo en particular, se haya planteado la posibilidad de realizar una reforma legislativa. Así, el modo de participación de los grupos de presión en la etapa pre-legislativa puede ordenarse en dos supuestos distintos. Por un lado, influenciando en el proceso de *agenda-setting*. Esto es, iniciada ya la tematización de la agenda por parte de los medios de comunicación⁹⁴ los grupos de presión aportan su postura sobre ello. Por otro, promoviendo el proceso de tematización, de tal manera que es el propio grupo de presión quien pone en la palestra mediática la necesidad de tomar cartas sobre un determinado asunto público.

Por lo que al ámbito de la política criminal respecta, podrían diferenciarse dos tipológicas de grupos de presión que participan de las decisiones político-criminales⁹⁵. Por un lado, se encuentran los grupos de presión profesionales y, por el otro, los no profesionales. Los grupos de presión profesionales son aquellos que están formados por individuos vinculados a alguna institución, tales como sindicatos de policía o de instituciones penitenciarias, asociaciones de magistrados, fiscales, secretarios judiciales, abogados, procuradores o grupos de expertos en el ámbito del sistema de justicia penal. Todos ellos, aunque sus objetivos principales no sean ejercer una presión en materia de política criminal, sí que en determinadas ocasiones ejercen tal influencia para satisfacer los intereses del grupo en cuestión. Es decir, aunque la finalidad principal por la que fueron creados no sea la de influenciar al poder político, sí que en muy diversas ocasiones éstos, con el objetivo de salvaguardar tanto intereses colectivos como individuales, ejercen presiones al ejecutivo para que éste siga una determinada política

⁹² Piénsese, entre otras, en manifestaciones, huelgas o actos festivos en defensa de sus intereses

⁹³ Como expresamente se prevé (*ex art. 44.4 del Reglamento del Congreso*) en el seno de las comisiones parlamentarias.

⁹⁴ Con indiferencia de quien sea el promotor de dicha tematización.

⁹⁵ Basadas en la distinción utilizada por STOLZ en su trabajo, si bien posteriormente ésta es ampliada por la misma autora. VID. STOLZ, B., “The roles of interest groups in US criminal justice policy making: Who, when, and how”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 2, 2002, p. 53.

criminal⁹⁶. Por el contrario, los grupos de presión no profesionales son aquellos formados por individuos que no tienen una vinculación profesional con el sistema de justicia penal, como pueden ser las asociaciones de víctimas, de presos u otras asociaciones que en un momento determinado puedan defender una determinada postura que afecta a aspectos político-criminales⁹⁷.

Tradicionalmente, los grupos de presión que han tenido una participación más activa – y más exitosa – han sido aquellos grupos profesionales considerados expertos en la materia⁹⁸. El hecho de ser concededores del sistema de justicia penal y de preocuparse por los intereses generales les confiere una posición privilegiada que además debe ser escuchada. No obstante, también es cierto que no siempre pueden considerarse portadores de los intereses colectivos. Un buen ejemplo de ello entre los grupos de presión profesionales, los sindicatos de policía son seguramente uno de los más influyentes tanto en la opinión pública como sobre el poder político. Éstos, además de gozar de una buena imagen pública⁹⁹, acostumbran a ser la fuente de información de los

⁹⁶ Así, por ejemplo, en un nivel prelegislativo tanto las asociaciones de jueces y fiscales como, en menor medida, las asociaciones de abogados o los sindicatos de policía o de funcionarios de instituciones penitenciarias publican notas de prensa a los medios de comunicación o mantienen reuniones con el ejecutivo solicitando o rechazando reformas legislativas en materia político-criminal. Igualmente, una vez iniciada la fase legislativa, algunos de estos grupos inciden en la política criminal a través de su participación en las comisiones legislativas dando su opinión sobre la reforma propuesta por el poder ejecutivo. En este sentido, vid., entre otras, “El Sindicato policial CEP pregunta “qué le parecería al ministro que le orinaran encima””, *Eldiario.es*, 29/11/2003, disponible en http://www.eldiario.es/politica/Sindicato-CEP-pareceria-ministro-orinaran_0_201930580.html; “Sindicatos policiales se suman a protesta contra el fin de la doctrina Parot”, *La Razón*, 24/10/ 2013, disponible en http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/4087347/sindicatos-policiales-se-suman-a-protesta-contra-el-fin-de-la-doctrina-parot#.U7qM8pR_vTo; “El SUP dice ahora que la búsqueda de Marta es un «fracaso policial»”, *ABC de Sevilla*, 23/02/2012, disponible en <http://sevilla.abc.es/20120223/sevilla/sevp-dice-ahora-busqueda-marta-20120223.html>; “25 advocats irrompen a la seu del PP a BCN per protestar per la 'llei mordassa””, *El Periódico*, 27/03/2014, disponible en <http://www.elperiodico.cat/ca/noticias/societat/advocats-irrompen-seu-partit-popular-barcelona-protestar-llei-mordassa-3224411>; “Los jueces no ven en la reforma legal la solución frente a delitos de menores”, *El Mundo*, 20/07/2009, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/20/espana/1248098229.html>.

⁹⁷ Así, las asociaciones en defensa de los animales, medioambientales o en defensa de los derechos humanos, por poner un ejemplo, son asociaciones que aunque no hayan sido configuradas para ejercer presión al legislativo y menos en materia penal sí que han defendido en alguna ocasión la necesidad de reforma del Código Penal.

⁹⁸ En este sentido, vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., pp. 264-265; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, pp. 30-34.

⁹⁹ Téngase en cuenta que “la policía” es la institución pública que genera una mayor confianza por parte de los ciudadanos según las encuestas del CIS.

medios de comunicación en lo que a noticias de criminalidad respecta¹⁰⁰ y, sin embargo, en ocasiones aprovechan su influencia en los medios para hacer reivindicaciones corporativistas con motivo de supuestos incrementos de la delincuencia¹⁰¹.

No obstante, en las últimas décadas la influencia de los grupos considerados expertos ha ido perdiendo dimensión en pos de los grupos no profesionales. Entre estos, las asociaciones de víctimas pueden considerarse como el grupo de presión que actualmente tiene una mayor incidencia en la política criminal¹⁰². No es que todas las asociaciones de víctimas actúen como grupos de presión, pero sí que aquellas que así lo hacen¹⁰³ tienen una influencia considerable en la política criminal contemporánea. Esto es especialmente cierto en aquellos casos en que el detonante de la presión que ejercen determinadas asociaciones de víctimas se basa en un hecho previo que ha tenido una amplia repercusión en la opinión pública¹⁰⁴.

El hecho de que las víctimas hayan llegado a tener un espacio importante en la política criminal actual se explica por los siguientes factores¹⁰⁵. Primero, por la tendencia a que la sociedad se identifique con las víctimas, la cual se ve reforzada por el incremento del

¹⁰⁰ En este sentido, vid. SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., pp. 15-16, quien muestra que los datos sobre delincuencia con que se nutre el diario *El País* son principalmente proporcionados por el sindicato mayoritario de policía; CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, op. cit., p. 193.

¹⁰¹ Vid. SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, op. cit., pp. 19-20. No sólo puede producirse intencionadamente con la manipulación de las estadísticas oficiales sino también por la propia validez de las mismas. Sobre los problemas de las estadísticas policiales españolas, vid. AEBI, M / LINDE, A., “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010, pp. 1-30.

¹⁰² Vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., pp. 265-266; STOLZ, B., “The roles of interest groups in US criminal justice policy making: Who, when, and how”, p. 56; PEREDA BELTRAN N. / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Victimología teórica y aplicada*, Ed. Huygens, Barcelona, 2013, p. 66 o LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, op. cit., p. 62, quien indica además que el asociacionismo de las víctimas es un fenómeno en actual expansión.

¹⁰³ Téngase en cuenta que aunque se pretenda actuar como grupo de presión no todas las asociaciones tienen la capacidad para poder influir en el poder político. Cr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 37-38; TAMARIT SUMALLA, J. M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, en *InDret*, 1/2013, pp. 18 y ss., quien además considera que el caso español ha resultado en la distinción entre víctimas de primera y víctimas de segunda.

¹⁰⁴ ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., p. 265.

¹⁰⁵ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 25 y ss.

miedo al delito, la impresión de que la delincuencia aumenta y la desconfianza con el sistema de justicia penal¹⁰⁶. Segundo, gracias a su institucionalización a través de la creación de asociaciones de víctimas. El hecho de asociarse permite a las víctimas aunar sus intereses en una sola voz a la vez que les facilita la posibilidad de acceder a la opinión pública a través de los *mass media* y así poder legitimar sus propuestas¹⁰⁷. Tercero, por el papel de los medios de comunicación. En este caso, como sucede con el poder político, existe una relación recíproca donde ambos se benefician del otro para sus propios intereses. Por una parte, las asociaciones de víctimas se sirven de los medios de comunicación para exponer sus postulados tanto a la sociedad como al poder político. Tal como se ha mencionado más arriba, hacer uso de los medios confiere un efecto multiplicador al mensaje que se desea transmitir, pues estos son la principal fuente de información de los aspectos relacionados con la criminalidad, de tal forma que, a través del proceso de *agenda-setting*, ello terminará provocando el efecto querido en la opinión pública, el apoyo a sus postulados¹⁰⁸. Por otra parte, a los medios de comunicación también les interesa publicar noticias sobre delincuencia y la posibilidad de introducir en las mismas la visión de las víctimas es, como se ha indicado anteriormente, muy apetitivo por parte de los medios¹⁰⁹. Así, éstos acostumbran a hacerse eco de las manifestaciones que las asociaciones de víctimas. Sin embargo, en no pocas ocasiones, las víctimas terminan siendo manipuladas por los medios en tanto que éstos sólo resaltan aquellos aspectos que consideran más interesantes para el establecimiento de la agenda, desvirtuando así el mensaje que se pretendía publicitar¹¹⁰.

El principal problema de la adquisición de cada vez mayor poder de influencia por parte de los grupos de víctimas es su propia naturaleza. Es cierto que como cualquier grupo

¹⁰⁶ Sobre esta tendencia vid., también, PEREDA BELTRAN N. / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Victimología teórica y aplicada*, op. cit., p. 67.

¹⁰⁷ También, acerca que la institucionalización de las víctimas ha contribuido a incrementar su influencia en la política criminal, vid. ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, op. cit., pp. 264-265.

¹⁰⁸ Sobre la efectiva predominancia de la postura de las víctimas en los discursos penales en los medios de comunicación, vid. GARCÍA ARAN, M., “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, op. cit., pp. 57-59.

¹⁰⁹ Cfr. en CARMONA SALGADO, C., “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos (especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000)”, op. cit., p. 201.

¹¹⁰ Sobre esta última cuestión, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, op. cit., pp. 17-18.

de presión, aquellas asociaciones de víctimas que actúan como tales pretenden presionar sobre las decisiones legislativas en un sentido favorable a sus intereses. No obstante, a diferencia de los grupos de presión de expertos – a quienes se les presume la objetividad y la búsqueda del bien común – las víctimas carecen de toda imparcialidad para poder ser objetivos en sus propuestas¹¹¹. Han sido la parte perjudicada de una conducta ilícita por lo que lógicamente sus intereses, al menos en lo que a materia político-criminal respecta, pueden estar fácilmente en contraposición con los derechos de los victimarios¹¹² lo que inevitablemente conduce a una política criminal dirigida a un incremento de la punición y de la reducción de los riesgos derivados de posibles conductas delictivas.

Junto al papel activo que desempeñan los grupos de presión de víctimas, en ocasiones éstos también son utilizados por el poder político con el fin de defender su propia política legislativa o de conseguir réditos electorales¹¹³. En ambos casos los partidos políticos se erigen como portavoces de los intereses de las víctimas. Con ello, consiguen legitimar sus propuestas políticas frente a la opinión pública y a las propias asociaciones de víctimas, logrando así que en ocasiones éstas terminen siendo manipuladas por los partidos políticos¹¹⁴. Utilizar a las víctimas de delitos para defender una determinada postura político-criminal es muy popular. Además, frecuentemente produce dos consecuencias directas importantes para poder llevar a cabo dicha política. La falta de oposición política por un lado, pues difícilmente el partido de la oposición va a alzarse

¹¹¹ Aunque no se refiera al tema que se está abordando aquí, son interesantes reflexionar también sobre los riesgos que para las propias víctimas puede suponer formar parte de este tipo de estructuras. Sobre ello, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, op. cit.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 38 y ss.

¹¹² Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 35. Más críticamente, cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, op. cit., p. 62 y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm 57, 2006, p. 33.

¹¹³ En este sentido, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 40-41.

¹¹⁴ Vid. LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, op. cit., p. 62; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 78-79; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, op. cit., pp. 10-11. Sobre los motivos que encaminan a las asociaciones de víctimas a la manipulación política, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, op. cit., pp. 17-18.

en contra de la voluntad y los supuestos derechos de las víctimas de delitos y, por otro lado, ayuda a obtener una mayor imagen pública del partido que propone una política criminal orientada a defender a las víctimas de delitos¹¹⁵.

En España, diversas reformas del Código Penal responden, al menos en parte, a la presión que han ejercido determinados grupos de presión de víctimas¹¹⁶. Ejemplos de ello son la reforma del código penal en materia de violencia de género, la reforma de la ley de responsabilidad penal del menor, las distintas reformas del Código Penal en materia de terrorismo, la reforma de los delitos contra la seguridad vial¹¹⁷ o la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos que han cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexual o de terrorismo.

III. Las causas de la introducción de la libertad vigilada.

Llegados a este punto, parece necesario explicar los factores que han influido en la introducción de la primera medida dirigida a hacer frente a la peligrosidad de delincuentes imputables, la libertad vigilada¹¹⁸. Hasta su inclusión en el Código Penal las medidas de seguridad eran aplicadas exclusivamente a sujetos inimputables¹¹⁹ en atención a la falta de culpabilidad por el hecho cometido. No obstante, con la reforma se

¹¹⁵ Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 35.

¹¹⁶ Vid. GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, op. cit., p. 288, quienes indican literalmente: “*Aparecen los lobbys de víctimas (terrorismo, violencia machista, seguridad en el tráfico) que presionan sobre los poderes públicos en demanda de endurecimiento penal.*”. Igualmente, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 47-88., poniendo los ejemplos de la violencia de género, el sistema de justicia juvenil, el terrorismo y los pederastas.

¹¹⁷ Para una explicación detallada de ello, vid. GARCÍA ALBERO, R., “La nueva política criminal de la seguridad vial: Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, pp. 6-8.

¹¹⁸ Medida introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹⁹ O semiimputables si bien de acuerdo con el sistema vicarial.

posibilita que, juntamente con la imposición de una pena derivada del ilícito penal cometido, se pueda imponer otra sanción privativa de derechos a un sujeto plenamente imputable por el mero hecho de existir un riesgo de que vuelva a cometer nuevos delitos. Esta nueva medida de seguridad aplicable a imputables ha supuesto un ulterior paso por parte del legislador español en la deriva punitivista presente en la política criminal contemporánea.

Es importante procurar acotar las causas y la motivación que han llevado al legislador a la introducción de una medida de seguridad aplicable a delincuentes imputables. Ello permitiría realizar una interpretación teleológica de la norma, con el objetivo de comprender cuál es la finalidad real que el legislador pretende que desempeñe la libertad vigilada y al mismo tiempo evaluar si existía una necesidad real para su aprobación. Ciertamente, lo ideal sería conocer los antecedentes sociológicos que han precedido la introducción de la misma por la LO 5/2010. Con dicha finalidad, lo más adecuado sería realizar un estudio tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo de las noticias relacionadas con la delincuencia sexual y todo el debate político y social que se ha originado en torno a éstas. Por desgracia, en el marco de este trabajo no va a ser posible un estudio de estas dimensiones sobre las causas que han influido en la introducción de la libertad vigilada en el derecho penal de adultos, ya que esto desbordaría las pretensiones del mismo. Mi pretensión en el desarrollo del presente capítulo se circunscribe principalmente a dar a conocer algunas de las principales causas que están teniendo una incidencia directa en el cambio de rumbo de la política criminal de los países occidentales, y España en particular, con el objetivo fundamental de poder discernir el porqué de estas políticas y al mismo tiempo poder llegar a intuir el camino que seguirán.

No obstante, sí que es necesario sondear, con la cautela indicada, como las distintas causas del cambio de paradigma del derecho penal analizadas han podido tener un efecto importante en la introducción de libertad vigilada para sujetos imputables. Para ello, voy a limitarme a explicar el papel que han desempeñado los medios, el poder político y los grupos de presión en relación con determinados sucesos criminales en los años previos a la reforma penal de 2010.

Así, en España se han producido distintos sucesos criminales de índole sexual que han tenido una gran repercusión mediática¹²⁰. Entre todos los que se podría destacar, dos son los casos que es necesario señalar, pues son los que han tenido una más amplia repercusión mediática dentro del ámbito temporal previo a la reforma del Código Penal de 2010. El primero de estos supuestos, el motivado por el segundo violador del “Eixample” y el segundo, por Santiago del Valle en el caso “Mari Luz”.

Comenzado por el primero de ellos, Martínez Singul, conocido como el segundo violador del “Eixample”, salió de prisión en mayo de 2007, después de 17 años privado de libertad por la comisión de distintas agresiones sexuales, sin un pronóstico favorable de reinserción. Una vez puesto en libertad volvió a cometer diversos delitos contra la libertad sexual. En relación con el segundo de los casos la gravedad del propio acontecimiento se vio acrecentada por el contexto en que se produjo la triste noticia. Es el caso Mari Luz, quien fue abusada y finalmente muerta por Santiago del Valle. Previamente a la muerte de Mari Luz, Santiago del Valle había sido condenado a casi 3 años de prisión por abusar de su hija; sin embargo, debido a un cúmulo de errores en el seno del proceso penal, en el momento del trágico suceso aún no se había iniciado la ejecución de la pena de prisión pendiente de cumplimiento.

Aunque seguramente fue el caso Mari Luz el que tuvo mayor repercusión mediática, el caso del segundo violador del “Eixample” tuvo un alto impacto tanto en la prensa como en la sociedad española, sobre todo la catalana. Incluso, dado el alto impacto social de la puesta en la libertad en mayo de 2007 de Alejandro Martínez Singul¹²¹, se creó por parte de la Generalitat de Catalunya a finales de julio del mismo año una comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves¹²², conocida

¹²⁰ Así, el violador de Alcàsser, el violador del Eixample, el violador del chándal, el violador de la Vall d’Hebron, el violador del ascensor, el violador de pirámides o el violador del portal, entre otros.

¹²¹ En el documento de conclusiones de la comisión así se indica de un modo indirecto, pues textualmente indica: “La noticia de la excarcelación de un condenado por múltiples violaciones, con un pronóstico de alto riesgo de reincidencia, produjo una razonable reacción social de preocupación y alarma.”

¹²² Vid. CENTRE D’ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA, *Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves*, Departamento de Justicia, Generalitat de

como la “Comisión Mena”, en la que se debatieron propuestas para el tratamiento de aquellos delincuentes de riesgo. Entre las distintas fórmulas debatidas, se planteó, entre otras medidas, la posibilidad de introducir una medida de libertad vigilada de ejecución posterior a la pena de prisión o el uso de tratamientos farmacológicos¹²³.

El caso “Mari Luz” es el que, previa consulta a la prensa escrita de ámbito estatal, parece que fue la chispa que en un primer momento encendió el debate público y posteriormente acabó no sólo con la introducción de la libertad vigilada, sino también en una reforma de los tipos y las penas aplicables a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual¹²⁴. Desde principios de 2008, momento en que se perpetraron los hechos, los medios de comunicación han prestado todo su interés¹²⁵ en este caso, hasta el punto de que la cadena televisiva “Antena 3” realizó un telefilm sobre la muerte de Mari Luz Cortés. Es más, la mediatización del caso Mari Luz llegó a tal punto que incluso, sorprendentemente, algunos medios de comunicación consideraron que el tratamiento por parte de otros medios sobre este caso había alcanzado unos picos inaceptables¹²⁶.

Catalunya, 2008, disponible en http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/comissio_mena_cas.pdf

¹²³ De hecho, actualmente en Catalunya se hace uso, en determinados casos y con el previo consentimiento del penado, de los tratamientos de supresión hormonal reversible. Vid. SUBDIRECCIÓ GENERAL DE PROGRAMES DE REHABILITACIÓ I SANITAT, *El model de rehabilitació a les presons catalanes*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011. Disponible en http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/model_rehabilitacio_presons_catalan_es.pdf, donde se indica que el programa “*está destinado a internos que han cometido uno o más delitos contra la libertad sexual y en la evaluación de los cuales se objetiva un riesgo alto de reincidencia delictiva violenta y / o se establece un diagnóstico de pedofilia, sadismo sexual, trastorno sádico de la personalidad, psicopatía u otros casos, como son los agresores sexuales en serie y reincidentes no clasificables en los apartados anteriores*” (traducción propia).

¹²⁴ Cfr. la postura defendida en CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 83 y ss., quien establece un vínculo directo entre el caso Mari Luz y la reforma del Código Penal en relación con las modificaciones realizadas tanto en la parte general como especial relativas a los delitos contra la libertad sexual.

¹²⁵ Haciendo una búsqueda por los medios escritos fácilmente el número de noticias supera los centenares con tan solo el período del año 2008 y con motivo de la celebración del juicio oral del Caso “Mari Luz” en los últimos meses la prensa española ha vuelto a ilustrar páginas sobre el caso.

¹²⁶ Vid. *El Periodico de Catalunya* (28/02/2011), pág. 2 y ss., donde titulan el tema del día: “El Tribunal de la Televisió” y en el subtítular “El circ mediàtic s’ha tornat a travessar en el camí de la justícia en el procés per la mort de Mariluz” y en la noticia se realiza un extenso debate sobre los límites del periodismo.

A pesar de la tematización de la agenda mediática acerca del caso Mari Luz lo que, consecuentemente derivaría, de acuerdo con la teoría de la *agenda-setting*, en una incidencia directa sobre el sentimiento de inseguridad ciudadana (grafico nº 1). Tan sólo justo durante el mes posterior a la muerte de la menor se produjo un incremento de la sensación de inseguridad por parte de los encuestados por el CIS.

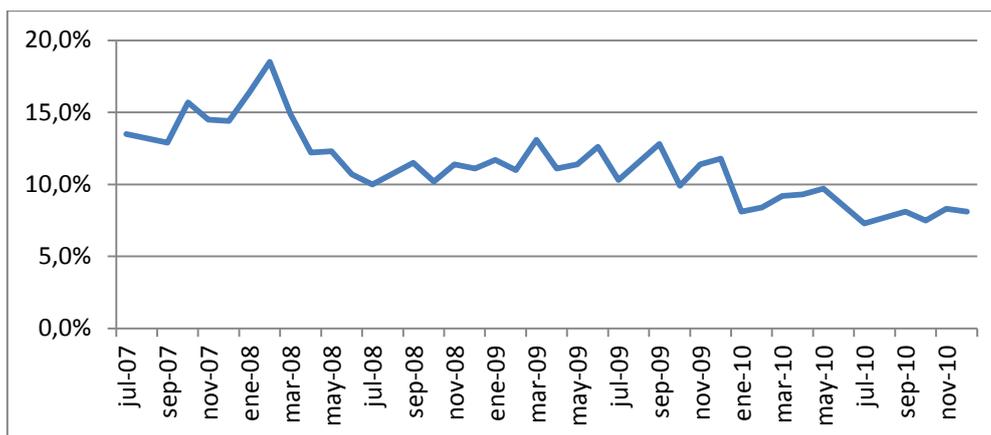


Gráfico nº 1: Variación mensual de la preocupación por el delito

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CIS

No obstante, es posible que el hecho de que esta mayor preocupación por el delito no se reflejara en el barómetro del CIS se explique por dos motivos. El primero, relacionado con la tipología delictiva. Así, aunque muy probablemente se incrementó considerablemente el porcentaje de la población que consideraba que debían tomarse cartas sobre el asunto y castigar más severamente a los delincuentes sexuales, pues en pocos meses el padre de la menor consiguió reunir más de dos millones de firmas a favor de la introducción de la cadena perpetua para pederastas¹²⁷, la inseguridad ciudadana va más ligada a los delitos llamados “callejeros”¹²⁸. El segundo motivo, como consecuencia del inicio de la crisis económica en que nos encontramos, lo que provoca que el desempleo y los problemas de índole económica sean las dos preocupaciones principales de España según el CIS y con una notable diferencia respecto del resto (gráfico nº 2). Ello provoca que difícilmente queden reflejadas otras

¹²⁷ Cfr. por ejemplo la noticia publicada en el diario El Mundo, “Los Cortés entregan a Zapatero 2,3 millones de firmas para endurecer las penas a pederastas”, *El mundo*, 1/10/2008.

¹²⁸ Piénsese, por ejemplo, en delitos contra el patrimonio, delitos de lesiones o delitos contra el orden público.

preocupaciones distintas a las relacionadas con la situación económica aunque, sin embargo, también sean consideradas como importantes por la sociedad española.

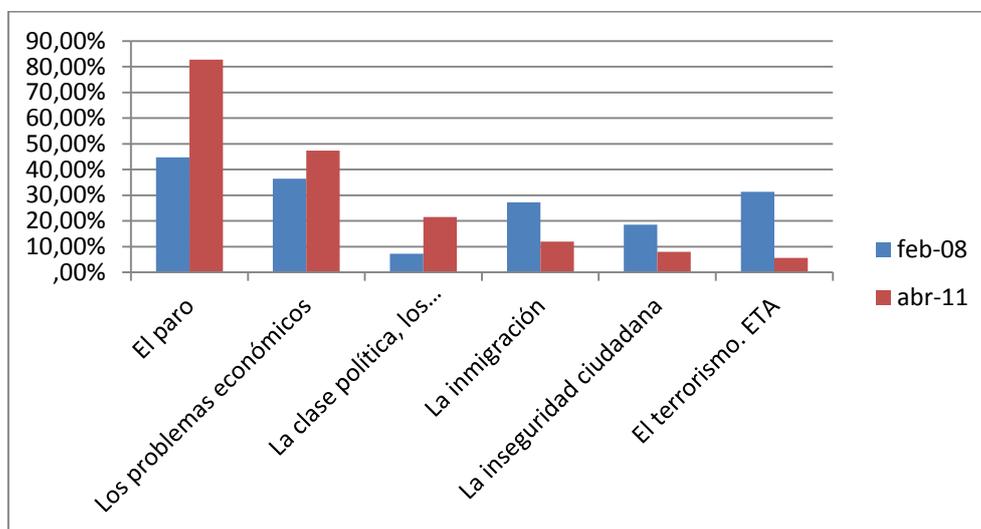


Gráfico n° 2º: variación de los principales problemas del país (febrero 08 – abril 11)

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del CIS

A pesar del escaso reflejo del caso Mari Luz en el barómetro del CIS en el estado de opinión pública, sí que puede decirse que el caso consiguió penetrar en la sociedad. Pues, de no ser así, difícilmente podría explicarse como un amplio número de ciudadanos se volcaron en la causa, y sobre todo como Juan José Cortés, el padre de la menor, consiguió tal número de firmas en defensa de la introducción de la cadena perpetua¹²⁹.

En la introducción de la libertad vigilada los actores que han jugado un papel decisivo han sido el poder político y el padre de la víctima. Así, en parte¹³⁰, los medios de comunicación han sido el canal utilizado tanto por el poder político como por el padre de la menor. Éste último, Juan José Cortés, aun no actuando en nombre de ningún grupo

¹²⁹ En concreto, la introducción de la cadena perpetua y la creación de un registro público de delincuentes sexuales. En este sentido, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 84.

¹³⁰ En parte porque los medios se han aprovechado de la tirada mediática que ocasionó este suceso invitando al padre de la víctima en diversos programas televisivos, haciéndole entrevistas en periódicos o incluso, como se ha mencionado más arriba, realizando un telefilm sobre el caso.

de presión ejerció como tal¹³¹. Participó activamente tanto en la fase pre-legislativa como durante la tramitación de la reforma de 2010. Durante la fase previa al inicio de la tramitación parlamentaria, recogió un elevado número de firmas, acudió a distintos platós de televisión, e incluso se entrevistó personalmente con altos miembros del poder político y judicial a fin de explicar y defender su postura para una reforma del Código Penal¹³². Entre otros, se entrevistó con el propio entonces presidente del Gobierno español, José Luís Rodríguez Zapatero, el presidente del partido de la oposición, Mariano Rajoy, y el entonces presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Francisco José Hernando¹³³. Junto con la presión ejercida por el padre de la menor, algunos miembros importantes de la carrera judicial también ejercieron un papel destacado, pues defendieron la postura del Sr. Cortés en el sentido de considerar necesario reformar el Código Penal para introducir la cadena perpetua. En este sentido se pronunciaron, José Luís Requero, vocal del CGPJ, Enrique López, portavoz del CGPJ y Francisco José Hernando, ya en aquel entonces expresidente del CGPJ y del Tribunal Supremo¹³⁴.

¹³¹ Si bien es cierto que contó con la ayuda de alguna asociación gitana, fue él y no dichas asociaciones quienes tomaron el protagonismo público.

¹³² A modo de ejemplo, vid. SÁNCHEZ-MELLADO, L., “Ciudadano Cortés”, *el País*, 7/06/2009, disponible en http://elpais.com/diario/2009/06/07/domingo/1244346757_850215.html, donde resume el libro con el mismo título que el artículo periodístico cuyo protagonista principal es el Sr. Cortés; “María Antonia Iglesias ataca a los padres de Mari Luz y Sandra Palo”, *Elsemanaldigital.com*, 31/01/2010, disponible en <http://www.elsemanaldigital.com/articulo.asp?idarticulo=104674&tema=&accion=&mes=&ano=ref>

¹³³ Así, “Zapatero promete al padre de Mari Luz un registro de pederastas”, *El País*, 27/05/2008, disponible en: http://elpais.com/diario/2008/05/27/andalucia/1211840528_850215.html; “Rajoy traslada a Cortés el apoyo a un "pacto total" para luchar contra la pederastia”, *Europa Press*, 27/05/2008, disponible en <http://www.europapress.es/sociedad/sucesos-00649/noticia-mari-luz-rajoy-traslada-cortes-apoyo-pacto-total-luchar-contr-pederastia-20080527154355.html>

¹³⁴ En este sentido, “Jose Luis Requero (CGPJ) afirma que "ha tenido que ser un pederasta el que le diga a Bermejo cómo funciona la Justicia"”, *Europa Press*, 7/04/2008, disponible en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-jose-luis-requero-cgpj-afirma-tenido-ser-pederasta-le-diga-bermejo-funciona-justicia-20080407153000.html>, donde se indica que el entonces vocal del CGPJ dijo que el sistema español es excesivamente garantista y que en España a este tipo de debates (refiriéndose a la cadena perpetua) se les tiene alergia, si planteas medidas endurecedoras quedas arrojado a las tinieblas del conservadurismo reaccionario; “López (CGPJ) pide abrir el debate sobre la cadena perpetua y el concepto de peligrosidad social”, *Europa Press*, 27/03/2008, disponible en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-lopez-cgpj-pide-abrir-debate-cadena-perpetua-concepto-peligrosidad-social-20080327155131.html>; “El presidente del Supremo, por la cadena perpetua "revisable"”, *El País*, 16/08/2008, disponible en http://elpais.com/diario/2008/08/16/espana/1218837609_850215.html

Por otra parte, el poder político también ha tenido una intervención esencial en todo ello. En este caso en particular ha tenido un papel reactivo. Así, una vez desatada la polémica sobre la necesidad o no de incrementar las penas a los sujetos condenados por la comisión de un delito sexual por parte del padre de la menor, los dos principales partidos políticos en España defendieron la necesidad de incrementar las penas a estos sujetos. Por su parte, el entonces presidente del Gobierno prometió a Juan José Cortés la creación de un registro de pederastas y el cumplimiento íntegro de las penas impuestas a éstos aunque rechazó la introducción de la cadena perpetua¹³⁵. No obstante, el por aquel entonces principal partido de la oposición fue el que se volcó de una forma más mediática en la causa a pesar de que en su programa electoral para las elecciones generales de marzo de 2008 nada se decía sobre la necesidad de incrementar las penas a los delincuentes sexuales, más que aplicar el cumplimiento íntegro de las penas a éstos¹³⁶. En este sentido, miembros destacados del Partido Popular como Mariano Rajoy, María Dolores de Cospedal o Esperanza Aguirre, defendieron la introducción de la cadena perpetua¹³⁷. Previamente a estas manifestaciones públicas en favor de la cadena perpetua, el grupo parlamentario popular presentó, el 11 de abril de 2008, una proposición no de ley donde se instaba al gobierno a presentar un proyecto de reforma del Código Penal en el que se contemplaran una serie de medidas dirigidas a elevar las penas a los condenados por delitos sexuales entre las que se encontraba la regulación de una sanción penal postpenitenciaria para delincuentes con pronóstico de reincidencia que terminaría influyendo considerablemente en la actual regulación de la libertad vigilada¹³⁸. La utilización de la mediatización del caso y de la presión del padre de la

¹³⁵ En este sentido, vid. “Zapatero promete al padre de Mari Luz un registro de pederastas”, *El País*, 27/05/2008 y

¹³⁶ Vid. en este sentido el programa electoral del PP en las elecciones generales de 2008, p. 74.

¹³⁷ Así, “Esperanza Aguirre, a favor de la cadena perpetua en casos como el de Mari Luz”, *20minutos.es*, 7/04/2008, disponible en www.20minutos.es/noticia/367009/0/aguirre/cadena/perpetua/#xtor=AD-15&xts=467263; “Mariano Rajoy abandera el debate sobre la cadena perpetua”, *El mundo.es*, 26/03/2009, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/26/espana/1238073279.html>, aunque, en este caso, este impulso lo tomó con posterioridad del caso Marta del Castillo.

¹³⁸ La Proposición fue aprobada, aunque con enmiendas, el 3 de junio con 330 votos a favor y 1 en contra. Concretamente, se instaba a que se elevaran las penas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los casos en que la víctima sea especialmente vulnerable de forma ejemplar, a modificar el entonces vigente art. 76 CP relativo a los límites máximos de cumplimiento de las condenas y a introducir medidas que permitan el control de estos condenados una vez puestos en libertad.

menor quedó totalmente patente en esta proposición¹³⁹. Por si ello no fuera suficiente, en marzo de 2010, el PP “fichó” al padre de Mari Luz Cortés como asesor del Partido Popular para la reforma del Código Penal¹⁴⁰.

A falta de un estudio que analice detalladamente todas las posibles causas que han llevado a la incorporación de una medida de seguridad aplicable a determinados delincuentes imputables, de lo indicado se deduce que todos estos actores, los medios de comunicación, los grupos de presión y particularmente el propio padre de la menor y el partido político en la oposición, influyeron en la introducción de la libertad vigilada en el Código Penal. Que la introducción de esta medida vino precedida y motivada, principalmente, por las causas que se han indicado queda respaldado por el propio transcurso legislativo de la reforma del Código Penal. Así, con anterioridad a la muerte de la menor, la libertad vigilada estaba principalmente configurada como una pena dirigida a hacer frente a la delincuencia reincidente o habitual o como sustitutoria de una pena de prisión¹⁴¹. Decaída la legislatura y una vez se produjo el trágico suceso, se aprobó un nuevo Anteproyecto de reforma de Código Penal donde la función de la libertad vigilada cambió radicalmente. Con el nuevo Anteproyecto, la libertad vigilada se configuró como pena accesoria que debía imponerse obligatoriamente y a, y solo a, los delincuentes sexuales y terroristas¹⁴².

¹³⁹ Por más, la misma exposición de motivos de la proposición no de ley literalmente indica: “El crimen recientemente perpetrado con una niña de cinco años por parte de un pedófilo que ya antes había abusado sexualmente de otros menores, [...]”.

¹⁴⁰ Así, en la propia web del PP se indica en una noticia de 15 de marzo de 2010, disponible en <http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-incorpora-juan-jose-cortes-como-asesor-reforma-del-codigo-penal>. Muy crítica con la decisión del PP CARMONA SALGADO, C., “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos (especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000)”, op. cit., p. 205.

¹⁴¹ Vid. art. 88 y 94 del proyecto de reforma del Código Penal publicado en el BOE 15 de enero de 2007.

¹⁴² Vid. 57 bis Anteproyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal, de 14 de noviembre de 2008.

CAPÍTULO II – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS

I. Medidas privativas de libertad.

1. Las leyes *three strikes and you're out*.

1.1. Concepto y antecedentes.

La institución por antonomasia que define la política criminal dirigida a la delincuencia de riesgo es la conocida como “*three strikes and you're out*”. Tal y como su nombre indica, con la aprobación de las leyes de *three strikes* se pretendía apartar socialmente a determinados delincuentes reincidentes mediante la imposición de penas privativas de libertad a cadena perpetua¹⁴³. La aprobación de este tipo de leyes se produjo por primera vez en el estado de Washington en 1993 y al cabo de tan sólo dos años ya eran 24 estados¹⁴⁴ los que regulaban una institución de estas características, siendo actualmente 26¹⁴⁵, incluido el sistema federal, los que han aprobado las llamadas leyes de *three strikes and you're out*.

Con anterioridad a este auge legislativo muchos de los estados que actualmente contemplan leyes de *three strikes* ya regulaban medidas que implicaban la extensión de

¹⁴³ Aunque posiblemente no tengan una relación directa, vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 87 quien ya apuntaba sobre la posibilidad de imponer una pena de duración indeterminada por el tercer delito cometido.

¹⁴⁴ Las fechas de la aprobación de las respectivas leyes en cada uno de los 24 estados pueden consultarse en AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, en *Punishment & Society*, vol. 1, 1999, pp. 132-162.

¹⁴⁵ Washington California, Colorado, Connecticut, Indiana, Kansas, Maryland, Nuevo México, Carolina del Norte, Virginia, Luisiana, Wisconsin, Tennessee, Georgia, Arkansas, Florida, Montana, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Pennsylvania, Carolina del Sur, Utah, Vermont, Arizona y Massachusetts.

la pena privativa de libertad a determinados delincuentes reincidentes¹⁴⁶. Por ello, es posible ya en este momento apuntar que la aprobación de las mismas ha tenido más un efecto simbólico¹⁴⁷ que práctico para el sistema de justicia penal. Dicho apunte se fundamenta en dos razones. La primera, porque, tal y como se ha indicado, muchos de los estados que actualmente prevén leyes de *three strikes* anteriormente ya prevenían medidas dirigidas al incremento de las penas de prisión para los delincuentes reincidentes¹⁴⁸. La segunda, porque tal como se indicará más adelante, en la práctica no se ha aplicado a un gran número de delincuentes¹⁴⁹.

Así, lo que realmente motivó a los legisladores estatales a aprobar unas leyes con una denominación tan ilustrativa fue, como acostumbra a pasar¹⁵⁰, la comisión de determinados delitos que finalizan con la muerte de menores o jóvenes por parte de delincuentes reincidentes.

A título ilustrativo, la primera de las leyes de *three strikes and you're out*, que fue aprobada en 1993 por el estado de Washington¹⁵¹, vino precedida por la muerte de Diane Ballasiotes en 1988 por parte de un sujeto con múltiples antecedentes penales. En un primer momento, los padres de la joven junto con otros padres impulsaron una campaña para incrementar las penas privativas de libertad a los delincuentes peligrosos en Washington si bien no pudieron reunir el suficiente número de firmas necesarias para

¹⁴⁶ Vid. BERES, L. S. / GRIFFITH, T. D., "Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation", en *The Georgetown Law Journal*, vol. 87, 1998-1999, pp. 110-111; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, Ed. Greewood Press, London, 2007, pp. 20-21; SHAPIRO, J. C., "Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state", en *Seattle University Law Review*, vol. 34, 2010-2011, p. 939.

¹⁴⁷ En este sentido, vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., "The impact of 'three strikes and you're out'", cit., p. 138, al analizar la regulación anterior y posterior a la aprobación de las leyes de *three strikes*.

¹⁴⁸ Vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., "The impact of 'three strikes and you're out'", cit., pp. 139-141; CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., "'Three strikes and you're out': a review of state legislation", National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1997, pp. 10-11; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 125.

¹⁴⁹ Pese a ello, sí ha tenido un gran impacto en el sistema de justicia penal la ley aprobada en el estado de California.

¹⁵⁰ Tal y como se podrá comprobar más adelante todas las leyes que se han aprobado en Estados Unidos y que están dirigidas al control o incouización de la delincuencia peligrosa están motivadas por la muerte de jóvenes en manos de delincuentes con antecedentes penales.

¹⁵¹ Vid. SHAPIRO, J. C., "Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state", op. cit., p. 942.

poder realizar la iniciativa popular¹⁵². Posteriormente, una asociación de víctimas del estado de Washington y con la ayuda de la Asociación Nacional del Rifle¹⁵³ pudieron impulsar la celebración de una iniciativa popular en 1993 para la aprobación de una ley llamada *three strikes and you're out* la cual, finalmente, se aprobó por el voto afirmativo de una amplia mayoría de la sociedad civil¹⁵⁴.

Del mismo modo, en California, la aprobación de la ley *three strikes and you're out* fue precedida por motivos muy similares aunque con nombres distintos, que los que motivaron la aprobación de la ley en el estado de Washington. En 1992, un individuo con antecedentes penales mató a una chica de 18 años llamada Kimber Reynolds. El padre de la chica, Myke Reynolds, inició junto con un representante del partido republicano una campaña¹⁵⁵ para que se aprobara una versión más extrema de la ley de *three strikes* que la que se pretendía aprobar en Washington. Lo intentaron tanto por vía parlamentaria como por vía referéndum pero, la primera fue rechazada y, por la segunda no consiguieron el número necesario de firmas¹⁵⁶. Finalmente y después de algún que otro intento más, la atención mediática¹⁵⁷ de la agresión sexual con resultado de muerte de la menor de 12 años Polly Klaas por un sujeto con antecedentes penales por un delito de detenciones ilegales forzó que, en marzo de 1994, el gobierno de California aprobara, analizadas diversas opciones, la versión de *three strikes* inicialmente propuesta por Sr.

¹⁵² Vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 35.

¹⁵³ En este sentido, vid. JONES, T. / NEWBURN, T., “Three strikes and you're out. Exploring symbol and substance in American and British crime control politics”, en *British Journal of Criminology*, vol. 46, 2006, p. 783; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 36.

¹⁵⁴ Vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you're out’”, cit., p. 131.

¹⁵⁵ Una exposición detallada del proceso legislativo de la ley de *three strikes and you're out* en California puede encontrarse en ZIMRING, F. E. / HAWKINS, G. / KAMIN, S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Ed. Oxford University Press, New York, 2001, pp. 4-7; JONES, T. / NEWBURN, T., “Three strikes and you're out. Exploring symbol and substance in American and British crime control politics”, cit., p. 783-784; AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you're out’”, cit., p. 142; SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, op. cit., p. 941; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 37-42.

¹⁵⁶ Vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 38.

¹⁵⁷ Vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 42-44. Es interesante constatar que, si bien la comisión de este delito ayudara a que los poderes políticos apoyaran la necesidad de aprobar una ley de *three strikes*, el propio padre y abuelo Polly Klass estaban en contra de la propuesta de ley planteada por Myke Reynolds. En este sentido, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 65.

Reynolds¹⁵⁸. Además, una vez aprobada la ley de *three strikes*, Myke Reynolds presentó el doble de firmas de las necesarias para celebrar un referéndum con la finalidad de aprobar una nueva ley de *three strikes*, idéntica a la que había sido aprobada por el parlamento, con la finalidad de dificultar que posteriormente el poder legislativo derogara la ley de *three strikes*¹⁵⁹ previamente aprobada, pues al ser refrendada a través del voto directo de la sociedad sería necesario para poder ser modificada una amplia mayoría del parlamento o impulsar una nueva iniciativa popular. En noviembre de 1994 se celebró el referéndum que finalizó con la aprobación por una amplia mayoría¹⁶⁰ de una nueva ley de *three strikes*.

1.2. La aprobación de las leyes de *three strikes and you're out*.

La finalidad del análisis del derecho comparado, en general, y de la legislación de *three strikes and you're out* en Estados Unidos, en particular, es proveerse de las herramientas suficientes para conocer el tratamiento de la delincuencia considerada de riesgo para, luego, analizar su aplicabilidad en el sistema de justicia español. Por ello, se abordará, por un lado, la regulación de las leyes de *three strikes* aprobadas en Washington y en el sistema federal y, por el otro y de forma separada dada su peculiaridad respecto del resto de estados, la normativa de *three strikes and you're out* en California¹⁶¹.

¹⁵⁸ Vid. Capítulo 12, Statutes of 1994 (AB 971), California.

¹⁵⁹ En este sentido, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 42; HEYER, C. F., “Comparing the strike zones of ‘three strikes and you’re out’ laws for California and Georgia, the nation’s two heaviest hitters” en *Suffolk University Law Review*, vol. 45, 2011-2012, pp. 1230-1231.

¹⁶⁰ LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, The ‘three strikes and you’re out’ law’s impact on state prisons: An update, 1999, p. 1, disponible en http://www.lao.ca.gov/1999/cal_update/oct_99_calupdate.pdf [última visita: 16/05/2013]. Puede consultarse el resultado del referéndum de la iniciativa popular 184 relativa a la ley *three strikes* en <http://ballotpedia.org>

¹⁶¹ En relación con su peculiaridad, vid. ZIMRING, F. E. / HAWKINS, G. / KAMIN, S., *Punishment and democracy: Three strikes and you’re out in California*, cit., p. 4; AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., pp. 142-143.

1.2.1. La ley *three strikes* del estado de Washington.

La idiosincrasia de la ley de *three strikes and you're out* del estado de Washington¹⁶² es ser la primera ley aprobada en los Estados Unidos¹⁶³ y, al mismo tiempo, que su desarrollo normativo se ha convertido en el modelo para el resto de estados que han aprobado dichas leyes¹⁶⁴.

El artículo 9.94A.570 del Revised Code of Washington (RCW) establece que todos aquellos sujetos considerados delincuentes persistentes serán condenados, con carácter general, a cadena perpetua sin posibilidad de que les sea concedida la libertad, y a pena de muerte en aquellos casos en que cometan un delito de asesinato en primer grado¹⁶⁵. Junto a ello, se establece que los delincuentes considerados persistentes, y por tanto aquellos a quienes les es de aplicación la ley de *three strikes*, no podrán gozar de ningún beneficio penitenciario, excepto cuando ello sea necesario para recibir tratamiento médico con carácter urgente.

La propia legislación de Washington establece un concepto normativo de delincuente persistente en el RCW 9.94A.030 (37) (a). Recibirán esta etiqueta aquellos sujetos que cometan un delito muy grave y tengan antecedentes por la comisión de, al menos, dos delitos muy graves que no hayan sido condenados en un mismo procedimiento¹⁶⁶, cometidos tanto en el propio estado de Washington como en cualquier otra jurisdicción estatal o federal¹⁶⁷. Por su parte, el apartado 32 del artículo 9.94A.030 del Revised Code

¹⁶² Aprobada el 2 de noviembre de 1993 a través de la Initiative 593.

¹⁶³ Vid. ZIMRING, F. E. / HAWKINS, G. / KAMIN, S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, cit., p. 4.

¹⁶⁴ Debe de dejarse al margen la regulación del estado de California, pues es la excepción que confirma la regla general.

¹⁶⁵ La pena impuesta por la comisión de un delito de asesinato en primer grado por parte de un sujeto sin antecedentes penales es la cadena perpetua e, incluso, en algunos casos la pena de muerte (RCW 10.95.030).

¹⁶⁶ El RCW 9.94A.030 (37) establece literalmente: [...] (ii) Has, before the commission of the offense under (a) of this section, been convicted as an offender on at least two separate occasions [...].

¹⁶⁷ Cuando los delitos antecedentes hayan sido cometidos en un estado diferente o juzgados por la jurisdicción federal, éstos deberán ser comparables con los delitos objeto de aplicación del *three strikes* en Washington. En este sentido, vid. RCW 9.94A.030 (37) (iii).

of Washington enumera un listado de todos aquellos delitos considerados más graves¹⁶⁸, entre los que se encuentran todos los delitos consumados o en grado de tentativa de clase A¹⁶⁹, el delito de detenciones ilegales en segundo grado, el delito de extorsión y todos aquellos delitos de clase B¹⁷⁰ en los que exista una finalidad sexual.

En el segundo apartado del RCW 9.94A.030 (37) se establece una regla especial llamada *two strikes*. En estos casos tan sólo es necesario que un sujeto tenga antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual¹⁷¹ o de otros delitos que tengan una finalidad sexual¹⁷² y cometa un nuevo delito de la misma consideración para que sea condenado a una pena de cadena perpetua.

Por su parte, los datos sobre la aplicación de las leyes de *three strikes* y los sujetos afectados son reveladores de la dureza de la misma. En 2008 el número de sujetos condenados bajo la aplicación de la ley de *three strikes* en el estado de Washington¹⁷³ era de 314 individuos encarcelados por la comisión de un tercer strike y 74 por la comisión de un segundo strike. En relación con el tipo de delitos cometidos que han supuesto un tercer strike, más de un tercio de ellos fueron por la comisión de un delito contra la propiedad. Además, en la mitad del total de condenados por un tercer strike los delitos previos que motivaron su imposición fue la previa comisión de delitos contra la propiedad, lo que en muchos casos significa la comisión de delitos de robo con

¹⁶⁸ Puede consultarse el listado de delitos que conllevan la imposición de la cadena perpetua en CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., “Three strikes and you’re out”: a review of state legislation”, cit., p 2.

¹⁶⁹ Los delitos de clase A son aquellos castigados con una pena máxima de cadena perpetua, según el RCW 9A.20.021, entre los que se encuentran el delito de asesinato y homicidio, el delito de incendio en primer grado, el delito de violación, los abusos sexuales a menores, el delito de lesiones en primer grado, el delito de robo con violencia o intimidación cualificado, o cualquier otro delito en el que se utilice una arma de fuego para perpetrarlo, entre otros.

¹⁷⁰ Los delitos de clase B están castigados con una pena máxima de 10 años de prisión.

¹⁷¹ Todos los delitos de carácter sexual que conllevan la imposición de cadena perpetua por el segundo delito cometido son de clase A y básicamente se refieren a agresiones y abusos sexuales.

¹⁷² Delito de asesinato, detenciones ilegales, lesiones graves y determinados robos con violencia, como cualquiera de ellos en grado de tentativa siempre que la finalidad sea sexual.

¹⁷³ Vid., ampliamente, Washington sentencing guidelines commission, Two-strikes and three-strikes: persistent offender sentencing in Washington state through june 2008, 2009. Disponible en: http://www.cfc.wa.gov/PublicationSentencing/PersistentOffender/Persistent_Offender_asof20080630.pdf [última visita: 11/06/2013]

violencia o intimidación que, en caso de no aplicarse la ley de *three strikes* hubieran sido castigados con penas de prisión relativamente leves¹⁷⁴.

A todo ello, en 2009 se presentó una propuesta de reforma de la ley de *three strikes*¹⁷⁵ en el sentido de eliminar el delito de robo en segundo grado del listado de delitos considerados más graves enumerados en el RCW 9.94A.030 (32)¹⁷⁶. La propuesta legislativa fue precedida por la otorgación del primer indulto en 2009 a un sujeto condenado a cadena perpetua en 1994 por la aplicación de la ley de *three strikes* por robar un bolso como consecuencia de su adicción a la cocaína, con antecedentes penales por la comisión de otros dos robos en 1979 y 1988, y que durante los 15 años que estuvo en prisión tuvo un comportamiento ejemplar¹⁷⁷. No obstante, la propuesta legislativa fue rechazada por el senado¹⁷⁸. Posteriormente, en 2011 se propuso una nueva reforma¹⁷⁹, que igualmente fue rechazada, en el sentido de reducir la duración de las penas de prisión para aquellos sujetos que habiendo cometido un tercer delito considerado muy grave, ninguno de los cometidos fuese un delito de clase A o un delito de carácter sexual. En estos casos, la duración de la pena debería ser de entre 15 años y cadena perpetua, de tal manera que una vez cumplidos los 15 años se celebrara una vista para poder optar a la libertad condicional¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Puede consultarse la duración de la pena por la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en segundo grado en la guía de condenas de Washington (Adult Sentencing Guidelines) que varía entre 1 y 3 meses en aquellos casos en que el sujeto es un delincuente primario a hasta 51 a 68 meses de prisión en aquellos casos en que los sujetos gozan de una amplísima carrera delictiva.

¹⁷⁵ Senate Bill 5292 (2009).

¹⁷⁶ Vid. SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, op. cit., p. 956.

¹⁷⁷ Vid. SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, op. cit., pp. 935-937.

¹⁷⁸ Vid. SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, op. cit., p. 957, quien, además, apunta a que los motivos para que no fuera aprobada fueron únicamente políticos a pesar de la injusticia que castigar a un sujeto con penas de cadena perpetua por la comisión de delitos que no eran graves.

¹⁷⁹ Senate Bill 5236 (2011).

¹⁸⁰ Vid. SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, op. cit., p. 958. Igualmente, en 2012 (SB 5053) y 2013 (SB 5708) se han vuelto a presentar otras proposiciones de ley de reforma pero han sido igualmente rechazadas.

1.2.2. La regulación federal de la ley *three strikes and you're out*.

La institución de *three strikes and you're out* federal¹⁸¹ se materializó a través del título VII, denominado “Mandatory life imprisonment for persons convicted of certain felonies”, de la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994¹⁸² por el cual se modificó el art. 3559 del título 18 del United States Code (USC)¹⁸³.

El US Code establece que se impondrá una pena de cadena perpetua a aquellos sujetos que cometan un delito de carácter violento y grave siempre y cuando tengan antecedentes por la comisión de determinados delitos. Así, aquellos sujetos que hayan cometido dos o más delitos considerados graves y violentos o uno o más delitos de carácter grave y violento junto con uno o más delitos graves de tráfico de drogas y cometan nuevamente otro delito de carácter violento y grave, serán castigados a una pena de cadena perpetua.

El propio artículo 18 USC 3559 (c) establece un concepto de aquellos delitos que deben considerarse graves y violentos y del delito de tráfico de drogas grave. Por un lado, se indica que todos aquellos delitos castigados con una pena de prisión superior a 10 años en los que se haga uso o se amenace con hacer uso de violencia física o impliquen, por su naturaleza, un riesgo de violencia física contra una persona¹⁸⁴ deberán ser considerados delitos graves y violentos. Además se establece un listado taxativo de determinados delitos que deben considerarse graves y violentos entre los que se incluyen el delito de homicidio, determinados delitos de carácter sexual, detenciones ilegales, robo con violencia, el delito de lesiones con finalidad de atentar contra la vida o contra la libertad sexual, etc. Por otro lado, el artículo 18 USC 3559 (c) establece que

¹⁸¹ Un análisis más extenso puede encontrarse en DOYLE, C., “Three strike mandatory sentencing (18 U.S.C. 3559(c)): An overview”, en WILLIAMS, O. (editor), *Federal crimes sentencing, supervised release and restitution*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2011, pp. 53-67.

¹⁸² Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103hr3355enr/pdf/BILLS-103hr3355enr.pdf> [última visita: 28/05/2013].

¹⁸³ En adelante, 18 USC 3559.

¹⁸⁴ El 18 USC 3559 (c) (3) establece que el delito cometido no deberá considerarse como grave y violento en aquellos casos en que no se haya utilizado, ni amenazado con la utilización, de una arma de fuego u otras armas peligrosas siempre y cuando no se haya producido la muerte o la comisión de lesiones graves a otro individuo.

por delito grave de tráfico de drogas deben entenderse todos aquellos delitos de tráfico de drogas que sean castigados con una pena de prisión superior a 10 años.

1.2.3. Especificidades del resto de estados con leyes *three strikes*.

El resto de estados que han aprobado leyes de *three strikes and you're out* han seguido como modelo la regulación de Washington en los delitos afectados (*strike zone*), el número de delitos necesarios y la pena que se impone¹⁸⁵. En relación con los delitos afectados, todos los estados consideran que sólo los delitos más graves deben considerarse como tales¹⁸⁶, aunque algunos prevén que también se tengan en consideración determinados delitos de tráfico de drogas¹⁸⁷, de cohecho y malversación¹⁸⁸ o incluso cualquier delito si se tiene antecedentes por la comisión de determinados delitos graves¹⁸⁹. En relación con el número de delitos necesarios para la aplicación de los *three strikes* varía de dos¹⁹⁰ a cuatro siendo lo más común – hasta en veinte estados – que sea el tercer delito cometido el que implique su aplicación, aunque en algunos de estos estados también se prevé un incremento de la duración¹⁹¹ de las penas por el segundo delito cometido. Finalmente, en relación con la consecuencia jurídica que implica la aplicación de las respectivas leyes de *three strikes*, en la mitad de los estados su aplicación implica directamente la imposición de una pena de cadena

¹⁸⁵ Vid. CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., “Three strikes and you're out: a review of state legislation”, cit., pp. 7-9

¹⁸⁶ Cfr. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you're out’”, cit., pp. 134-136; CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., “Three strikes and you're out: a review of state legislation”, cit., pp. 7-9.

¹⁸⁷ Por ejemplo como sucede en Indiana, Luisiana o California.

¹⁸⁸ Por ejemplo Carolina del Sur.

¹⁸⁹ Vid. infra la regulación de *three strikes and you're out* en el estado de California.

¹⁹⁰ En Carolina del Sur y Dakota del Norte solo es necesario tener antecedentes penales por la comisión de un delito específico para que sea impuesta una pena de cadena perpetua por el segundo delito. En este sentido, vid., entre otros, WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 49.

¹⁹¹ Que puede implicar que se imponga el doble de la pena que correspondería por el delito cometido o una pena no inferior a diez años.

perpetua sin posibilidad de ser revisada y, en el resto, penas privativas de libertad de entre los 25 hasta los 40 años, en todos los casos¹⁹².

1.2.4. La finalidad de las leyes de *three strikes and you're out*.

Tal y como puede desprenderse de la propia regulación de la ley de *three strikes* de Washington y del sistema federal, y por ende del resto de leyes estatales, pues se basan en la regulación del primero, la aprobación de estas leyes tienen una finalidad de prevención especial negativa en su vertiente de inocuización¹⁹³ respecto de los sujetos que cometan este tipo de delitos¹⁹⁴ y de prevención general negativa¹⁹⁵ *sui generis* respecto del resto de delincuentes¹⁹⁶. La idea es que, si se castiga a los delincuentes reincidentes por la comisión de delitos graves a penas privativas de libertad a perpetuidad se reducirá el número de delitos que se cometen y se incrementará la seguridad pública. Del mismo modo, con el establecimiento de la cadena perpetua por la comisión de tres o más delitos graves se pretende prevenir que delincuentes primarios cometan más delitos.

¹⁹² Cfr. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 134-136; CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., “‘Three strikes and you’re out’: a review of state legislation”, cit., pp. 7-9.

¹⁹³ En Estados Unidos para referirse a aquellas sanciones que tienen como finalidad impedir, hacer imposible, la comisión de otros delitos, entendido como prevención especial negativa, se utiliza el concepto de incapacitación. Un concepto de incapacitación puede encontrarse en MALSCH, M. / DUKER, M. (eds.), *Incapacitation. Trends and new perspectives*, Ed. Ashgate, 2012, p. 2.

¹⁹⁴ En este sentido, vid. WORRALL, J. L., “The effect of three-strikes legislation on serious crime in California”, en *Journal of Criminal Justice*, vol. 32, 2004, p. 283; BERES, L. S. / GRIFFITH, T. D., “Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation”, cit., pp. 103; SUTTON, J. R., “Symbol and substance: effects of California’s three strikes law on felony sentencing”, en *Law & Society Review*, vol. 47, 2013, p. 38; AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 132; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 129.

¹⁹⁵ Si bien, tal y como es sabido, la finalidad preventivo general negativa de las penas va dirigida a la sociedad como colectivo, también lo es que con la finalidad preventivo general negativa se pretende un efecto muy concreto: intimidar a posibles infractores de la norma, y las leyes *three strikes* sólo pueden tener un carácter intimidador suficiente respecto de aquellos delincuentes primarios por la comisión de un delito de carácter grave o violento.

¹⁹⁶ En este sentido, vid. SUTTON, J. R., “Symbol and substance: effects of California’s three strikes law on felony sentencing”, cit., p. 38; AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 132; SHAPIRO, J. C., “Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state”, , p. 940; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 129.

Si tal y como se desprende de las leyes de *three strikes*, el incremento de las penas de prisión a los delincuentes reincidentes tiene una finalidad de prevención general negativa y de prevención especial negativa, su función sería, como toda norma penal, la de tutela jurídico-penal de los bienes jurídicos dignos de protección penal. Sin embargo, los propios antecedentes y el proceso legislativo de las leyes de *three strikes* en el Estado de Washington y de California ofrecen ya una idea de que la única finalidad perseguida es la inocuización de todos aquellos sujetos que hayan cometido un delito grave y vuelvan a cometer un nuevo delito. Junto a ello, los estudios empíricos realizados en Estados Unidos consideran, con carácter general, que las leyes de *three strikes* no tienen un efecto preventivo general y tampoco un efecto preventivo especial¹⁹⁷, pues, en primer lugar, no han conllevado una reducción de la delincuencia grave y violenta y, en segundo lugar, difícilmente pueden tener una incidencia destacable respecto de aquellos sujetos que ya cumplen penas de prisión de una duración considerablemente larga¹⁹⁸. Incluso, hay algún estudio que indica que la aprobación de las leyes de *three strikes* ha incrementado el número de homicidios¹⁹⁹ como consecuencia de la aprobación de las leyes de *three strikes* al imponerse la misma pena por la comisión del tercer delito considerado grave o violento sea cual sea el delito²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vid. ampliamente WORRALL, J. L., “The effect of three-strikes legislation on serious crime in California”, cit., pp. 283-296; CHEN, E. Y., “Impacts of ‘Three strikes and you’re out on crime trends in California and throughout the United States”, en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 24, 2008, pp. 345-370. Contrariamente, vid. GOODNO, N. H., “Carrer criminals targeted: the verdict is in, California’s three strikes law proves effective”, en *Golden Gate University Law Review*, vol. 37, 2006-2007; JONES, B., “Why the three strikes law is working in California”, en *Stanford Law & Policy Review*, vol. 11, 1999-2000; WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 134-145.

¹⁹⁸ Respecto a ésta última, vid. BERES, L. S. / GRIFFITH, T. D., “Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation”, cit., pp. 138.

¹⁹⁹ Vid. MARVELL, T. B. / MODDY, C. E., “The lethal effects of three-strikes laws”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 30, 2001, pp. 89-106.

²⁰⁰ Piénsense, e. g., en un sujeto con antecedentes penales por la comisión de dos delitos graves y que comete un nuevo delito de abusos sexuales. Para evitar que la víctima del delito o un testigo del mismo delate al autor decide matarlos con el objetivo de evitar ser descubierto, a sabiendas de que si fuera descubierto la pena que le será impuesta será la misma que la pena que le sería impuesta por el delito de abusos sexuales cometido.

1.3. La regulación de la ley *three strikes and you're out* en el estado de California.

1.3.1. La legislación aprobada en 1994.

California es el estado que ha aprobado la ley *three strikes and you're out* más dura contra los delincuentes reincidentes. La singularidad de la ley californiana consiste en que, respecto de las leyes aprobadas en el resto de estados y en el sistema federal, se aplica a sujetos que cometen cualquier delito siempre que, con anterioridad, hubieran cometido uno o más delitos considerados violentos²⁰¹ o graves²⁰². Así mismo, se establece que los delitos cometidos por un sujeto que se hayan enjuiciado en un mismo procedimiento no deben considerarse como un único *strike* sino como tantos como delitos se hayan cometido.

Así, aquellos sujetos que con anterioridad hubieran cometido un delito de carácter violento o grave y cometan de nuevo un delito, cualquiera que sea su clase, verán duplicada la duración de la pena que deberían cumplir por el delito cometido²⁰³. Aquellos que con anterioridad hubieran cometido dos o más delitos considerados graves o violentos y cometan un nuevo delito, sea cual fuere su gravedad, serán condenados a la más grave de las penas entre el triple de la pena que correspondería por el delito cometido o a la pena 25 años de prisión por cada uno de los delitos cometidos.²⁰⁴

Establecer en la legislación que cualquier delito puede acarrear la aplicación de una ampliación de la pena, en el caso del segundo *strike*, o de la cadena perpetua, por el tercero, conlleva principalmente dos consecuencias diferenciales respecto del resto de estados. En primer lugar, la ley californiana de *three strikes* se aplica a muchos más

²⁰¹ Son un total de 21 delitos tal y como se establece en el art. 667.5 (c) California Penal Code, que básicamente se refieren a delitos contra la vida o la libertad e indemnidad sexual. En este sentido, vid. CHEN, E. Y., "Impacts of 'Three strikes and you're out on crime trends in California and throughout the United States", cit., p. 349.

²⁰² Son un total de 42 delitos definidos en el art. 1192.7 (c) California Penal Code entre los que se incluyen el delito de detenciones ilegales o el delito de robo en casa habitada. En este sentido, vid. CHEN, E. Y., "Impacts of 'Three strikes and you're out on crime trends in California and throughout the United States", cit., p. 349.

²⁰³ Vid. art. 667 (e) (1) California Penal Code.

²⁰⁴ Vid. art. 667 (e) (2) California Penal Code.

sujetos. En segundo lugar, implica una desproporcionalidad desmesurada²⁰⁵ de la duración de la pena por los hechos cometidos y una injusticia en función del orden en la comisión de los delitos necesarios para que sea aplicada la ley de *three strikes and you're out*. Ésta última porque habiendo cometido el mismo número y tipo de delitos, según el orden de comisión de los mismos, un sujeto puede ser castigado al doble de la pena que correspondería al último de los delitos o a una pena mínima de 25 años de prisión²⁰⁶.

A ello debe añadirse que el art. 667 (c) California Penal Code establece unas reglas específicas de ejecución de las penas impuestas a aquellos sujetos condenados bajo la legislación de *three strikes*. En primer lugar, se establece que los antecedentes penales deberán tenerse en cuenta aunque éstos hayan sido cancelados. En segundo lugar, que no podrá suspenderse ni sustituirse ninguna parte de la pena impuesta por una pena de *probation*. En tercer lugar, se establece que, en el caso de haber cometido más de un delito, la ejecución de las penas se realizará de manera acumulativa, sin límite alguno en la duración de la condena²⁰⁷. Finalmente, los sujetos condenados bajo la regla de *three*

²⁰⁵ Si bien en el resto de estados que establecen legislaciones de *three strikes* la desproporcionalidad ya es de una magnitud considerable, al aplicarse a sujetos que deben haber cometido delitos, en la mayoría de las ocasiones muy graves, tanto el incremento de la duración de las penas como la posibilidad de aplicarse a muchos delincuentes se ve reducida.

²⁰⁶ Tal como ejemplifica ZIMRING, F. E. / HAWKINS, G. / KAMIN, S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, cit., p. 10, en relación con sujetos que hayan cometido un total de dos delitos de robo en casa habitada y uno de hurto con un orden distinto. Por ejemplo, el sujeto A con antecedentes penales por la comisión de un delito de hurto que cometiera un delito de robo en casa habitada se le impondría por este segundo delito la pena correspondiente por el delito de robo y si una vez cumplida ésta cometiera otro delito de robo se le impondría una nueva pena del doble de duración de la que correspondería por el último delito de robo cometido. El sujeto B con antecedentes penales por la comisión un delito de robo que cometiera un delito de hurto se le impondrá una pena con una duración doblada de la que le correspondería por el delito de hurto y si una vez cumplida ésta cometiera otro delito de robo recibiría una pena doblada a la del robo. Finalmente, el sujeto C con antecedentes penales por la comisión de un delito de robo que cometiera un nuevo delito de robo se le impondría una pena con una duración del doble de la que le correspondería por la comisión del delito de robo y si posteriormente cometiera otro nuevo delito de robo se le impondría una pena de 25 a cadena perpetua por la comisión de éste último. Vid., también, LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, *A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade*, California, 2005, p. 8, disponible electrónicamente en http://www.lao.ca.gov/2005/3_Strikes/3_strikes_102005.pdf [última visita: 25/05/2013], donde se ejemplifica con la duración de las penas tanto el incremento en la duración de las penas con la aplicación de la legislación de tres strikes como las diferencias según el orden de los delitos cometidos.

²⁰⁷ Esto implica que la duración mínima de la condena en caso de haber cometido dos delitos, y siendo aplicable la regla del tercer strikes, será de 50 años de prisión como mínimo.

strikes no podrán ver reducida su condena en un porcentaje superior al 20% por la obtención de beneficios penitenciarios.

Junto a los requisitos de ejecución de las penas por aquellos sujetos sometidos a *three strikes*, la ley establece la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda no considerar como *strike* algún delito previo cuando ello sea adecuado en beneficio de la justicia²⁰⁸ o cuando no hubiera quedado suficientemente probado el carácter grave o violento de alguno de los hechos delictivos que configuran los antecedentes penales del sujeto²⁰⁹.

La peculiaridad de la normativa californiana respecto a la expansión de los sujetos activos afectados y al número de delitos necesarios para expandir la duración de las penas privativas de libertad se vio reforzada tanto por parte del Tribunal Supremo del estado de California como por el de los Estados Unidos en diversas sentencias. Por un lado, en el caso *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003) el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que la aplicación de la ley de *three strikes* a un sujeto condenado por la comisión de un delito de robo de unos palos de golf no implica la imposición de una pena cruel e inusual, y que ésta está justificada por el interés público de incapacitar a aquellos sujetos reincidentes. En el caso *People v. Fuhrman* (1997) el Tribunal Supremo de California consideró que los delitos previos no tienen por qué haberse juzgado en procedimientos distintos y, por tanto, si un sujeto ha sido juzgado por más de un delito violento en un procedimiento anterior y comete un nuevo delito debe considerarse, éste último, como el tercer *strike*. El Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Locker v. Andrade*, 538 U.S. 63 2003, consideró que la aplicación de la ley de *three strikes* a un sujeto, con antecedentes penales por la comisión en 1982 de tres delitos de robo en casa habitada²¹⁰ y la comisión en 1995 de dos faltas²¹¹ de

²⁰⁸ Vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 63. También, WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 71-75, donde se analiza el progresivo uso de esta figura por parte de los jueces i los fiscales para evitar la aplicación desmesurada de la ley de *three strikes* en California.

²⁰⁹ Vid. art. 667 (f) (2) California Penal Code.

²¹⁰ Tenía antecedentes por otros delitos no tenidos en cuenta para la aplicación de la legislación de *three strikes and you're out* por la posesión de marihuana o la violación de la libertad condicional.

²¹¹ En el estado de California los hurtos de menor cuantía son considerados como *wobblers*, ilícitos penales que pueden considerarse como faltas – o delitos menores – o como delitos cuando el sujeto sea reincidente.

hurto²¹², a una pena de 50 años²¹³ de prisión no era desproporcionada e injusta. Por otro lado, el Tribunal Supremo del estado de California, en la sentencia *People v. Superior Court* (Romero) estableció que la facultad de no considerar como *strike* un delito previo cuando así se considere en beneficio de la justicia es una facultad que también debe ser de los jueces²¹⁴.

1.3.2. Implicaciones de la ley de California y comparación con el resto de estados.

Los sujetos encarcelados en California bajo la ley de *three strikes* representan más del 25% de la población penitenciaria en ese estado según datos de 2004²¹⁵, lo que significa que unos 42,000 sujetos están encarcelados bajo la aplicación de la ley de *three strikes* en California respecto a un total de 10,624 sujetos encarcelados en el resto de estados que contemplan estas leyes²¹⁶. En cuanto al resto de estados, el número de sujetos encarcelados por la aplicación de las leyes de *three strikes* se debe básicamente a los 7,600 sujetos en prisión en Georgia y los 1,600 en Florida. El número de condenados en el resto de estados varía de unos 300 a 20 sujetos e incluso en algún estado no se ha llegado a condenar ningún sujeto²¹⁷.

²¹² Los delitos de hurto consistieron en la sustracción de unas cintas de video por valor de unos 130 dólares para poder comprar heroína.

²¹³ 25 años por cada uno de los dos delitos de hurto.

²¹⁴ Vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 63.

²¹⁵ Vid. LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., donde además se distingue entre el número de sujetos a los que se les ha condenado por un segundo o un tercer strike. Se utilizan datos de 2004 para poder realizar una comparación con el resto de estados. No obstante, en 2012 el número de sujetos condenados bajo la aplicación de la ley de *three strikes* se ha mantenido estable debido, en gran medida, al uso de la discrecionalidad por parte de los jueces y fiscales. En este sentido, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 71-73. En relación con el número de sujetos condenados bajo la ley de *three strikes*, vid. CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION, *Second and third striker felons in the adult institution populations*, 2012. Disponible en: http://www.cdcr.ca.gov/reports_research/offender_information_services_branch/Quarterly/Strike1/S TRIKE1d1206.pdf [última visita: 12/06/2013].

²¹⁶ SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, A Policy Brief by the Justice Policy Institute, 2004, p. 5.

²¹⁷ SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, A Policy Brief by the Justice Policy Institute, op. cit., pp. 13-16.

Así mismo, estos números, en términos porcentuales, suponen que en California están encarcelados 119.3 sujetos por cada 100,000 habitantes respecto a 6.7 encarcelados de media por cada 100,000 habitantes en el resto de estados que contemplan la aplicación de las leyes de *three strikes*²¹⁸.

Del total de sujetos encarcelados en el estado de California en 2004 bajo la aplicación de la legislación de *three strikes*, menos de la mitad habían cometido delitos graves o violentos²¹⁹. Atendiendo al delito cometido, un 37% habían sido condenados bajo la ley *three strikes* por la comisión de un delito contra las personas, un 30% por la comisión de un delito contra la propiedad, un 23% por la comisión de un delito de posesión o tráfico de drogas y un 10% por la comisión de otros delitos como poseer una arma de fuego o conducir bajo los efectos del alcohol²²⁰.

La diferencia de los tipos de delitos cometidos respecto al estado de Washington es realmente trascendente. En 1998 había 115 sujetos condenados por la comisión de un tercer strike en el estado de Washington de los cuales un 94% estaban condenados por la comisión de un delito contra las personas. En California había 4613 personas en prisión por la comisión de un tercer *strike* de las cuales sólo un 39% habían cometido un delito contra las personas. Además también estaban encarcelados 37,271 sujetos por la comisión de un segundo *strike*, de los cuales sólo un 19,5% habían cometido un delito contra las personas frente a más de un 40% de los 32,271 que estaban encarcelados por la comisión de un delito contra la salud pública u otros delitos menores²²¹. Según el sujeto activo de los delitos, tanto en Washington como en California la gran mayoría –

²¹⁸ SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, A Policy Brief by the Justice Policy Institute, op. cit., p. 6.

²¹⁹ Vid. LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., p. 17.

²²⁰ Cfr. LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., p. 17. Pueden verse los datos referidos a 2006 en LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, California's Criminal Justice System. A Primer, California, 2007 disponible en: http://www.lao.ca.gov/2007/cj_primer/cj_primer_013107.pdf [última visita: 05/06/2013]. Más extensamente, aunque con datos de 1998, vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., "The impact of `three strikes and you're out'", cit., p. 153.

²²¹ Vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., "The impact of `three strikes and you're out'", cit., p. 152. Pueden encontrarse datos de 1996 en CLARK, J. / AUSTIN, J. / HENRY, D. A., "Three strikes and you're out: a review of state legislation", cit., p. 5.

más del 95% de los casos – de los delincuentes son hombres y la edad media de éstos en el momento de cometer el tercer delito se sitúa entre los 36 y 38 años²²².

El hecho de incrementar la duración de las penas de prisión y, al mismo tiempo, incrementar el número de sujetos que están en prisión genera, a su vez, un incremento de los costes de mantenimiento del sistema de justicia penal. Se estima que en el estado de California el gasto derivado de mantener encarcelados los sujetos condenados bajo la ley de *three strikes* suponen alrededor de 500 mil millones de dólares anuales²²³. A éstos deben sumarse otros costes relativos a la reducción del número de acuerdos entre la acusación pública y el acusado – *plea bargainings* – previos al inicio del proceso penal²²⁴ o al incremento de presos en situación de prisión preventiva derivado de la reducción de declaraciones de culpabilidad²²⁵.

El mayor de los problemas se presenta cuando se analizan los datos relativos a la reducción de la delincuencia respecto de aquellos estados que contemplan una ley de *three strikes* y aquellos que no. Así, durante el período entre 1993 y 2002 los estados con una ley de *three strikes* redujeron los índices de criminalidad grave en un 26,8% respecto del 22,3% de media en el resto de estados²²⁶. No obstante, si se clasifican los

²²² Vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 152, en el que también se indican datos en relación con la etnia de los sujetos condenados. Vid, también, LEE, M., “Washington’s three strikes law. Public Safety & cost implications of life without parole”, disponible en <http://www.columbialegal.org/files/3Strikes.pdf> [última visita: 06/06/2013] con datos relativos a 2009.

²²³ Ello se debe al incremento en la duración de las penas de prisión y al mayor número de sujetos que son condenados a penas de prisión por delitos que sin la aplicación de la ley de *three strikes* no hubieran sido condenados a ella. En este sentido, Cfr. LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., p. 23. Es también interesante la comparación del coste de la pena de prisión por cada sujeto según se haya aplicado o no la ley de *three strikes*, vid. AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 155.

²²⁴ LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., pp. 25-26. En relación con la reducción de *pleas bargaining* derivado de la aplicación de la ley de *three strikes* en Washington, vid. LEE, M., “Washington’s three strikes law. Public safety & cost implications of life without parole”, cit., pp. 11-12. Sólo cuatro estados prevén la posibilidad de poder llegar a acuerdos y con ello evitar la aplicación de las leyes de *three strikes*. En este sentido, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 107.

²²⁵ Vid. LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., pp. 26-27.

²²⁶ Vid. SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., *3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment*, cit., p. 8.

índices según la categoría delictual, los estados que habían aprobado una ley de *three strikes* habían reducido el número de delitos contra la propiedad en un porcentaje mayor respecto del resto de estados. Sin embargo, el resto de estados habían reducido en un porcentaje mayor el número de delitos violentos y los homicidios²²⁷. No sólo afecta o no el hecho de haber aprobado una ley de *three strikes* sino también la dureza de la ley. Así, si se tienen en cuenta los datos de California y Nueva York, ambos con leyes de *three strikes*, puede observarse como en California, durante el período entre 1993 y 2002, se redujo la delincuencia grave en un 38,8% pero por el contrario se incrementó la población penitenciaria en un 17,7% y en Nueva York, durante el mismo periodo, la delincuencia se redujo en un 49,6% y la población penitenciaria también se vio disminuida en un 5,7%²²⁸.

Dentro del propio estado de California también puede comprobarse una tendencia similar, pues no todos los condados han hecho uso de la legislación de *three strikes* con la misma intensidad. Así, podemos encontrar condados que han sido muy estrictos con la aplicación de la legislación como son San Diego o Los Ángeles, y otros que han hecho un uso más moderado de la misma, como San Francisco o Alameda²²⁹. A pesar de las grandes diferencias en la aplicación de la ley de *three strikes*, la reducción de la delincuencia violenta durante los años 1993 a 2003 ha sido exactamente la misma²³⁰ en unos y otros condados.

²²⁷ En concreto, los estados que contemplan leyes de *three strikes* redujeron el número de delitos de carácter violento en un 33%, los delitos contra la propiedad en un 25,9% y los homicidios en un 38,2%. Los estados que no habían aprobado dichas leyes redujeron los delitos violentos en un 34,3%, los delitos contra la propiedad en un 20,4% y los homicidios en un 43,9%. En este sentido, vid. SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, cit., p. 8.

²²⁸ Cfr. SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, cit., p. 10. Puede verse la variación de la delincuencia durante el periodo entre el 1993 y 2002 en el resto de estados de Estados Unidos en SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., 3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, cit., pp. 17-18.

²²⁹ LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., p. 26.

²³⁰ Vid. LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., pp. 32-33.

El incremento de la población penitenciaria y los costes económicos que ello representó para el estado de California como consecuencia de la dureza de la legislación de *three strikes* californiana que castigaba con penas desproporcionadas a todo aquel que cometiera cualquier delito si con anterioridad, sea cual fuere la lejanía de dicha anterioridad, hubiera cometido un delito de carácter “grave” o violento, junto con la evidencia de que todo ello no había conllevado a una mayor reducción de la delincuencia grave respecto del resto de estados que contemplaban, y tampoco respecto de los que no, una ley de *three strikes* implicó que, en 2004, se propusiera una reforma de la ley de *three strikes and you’re out*²³¹.

La propuesta de reforma, que fue realizada a través de una iniciativa popular²³², fue impulsada por diversas asociaciones e individuos entre los que se encontraba Joe klass²³³, el abuelo de la joven asesinada en 1993 por un individuo con antecedentes penales por la comisión de delitos graves. El objetivo era reformar la entonces en vigor ley de *three strikes* en el sentido de reducir el número de delitos considerados graves o violentos, requerir que los delitos que fueran juzgados en un mismo procedimiento sólo pudieran contar como un *strike* y, la reforma más importante, establecer que sólo podrá ser aplicable la ley cuando el último delito cometido también sea un delito grave o violento. Además, se pretendía que la reforma tuviera efectos retroactivos, por lo que todos aquellos sujetos condenados con anterioridad bajo la ley de *three strikes* por un delito no considerado grave o violento se les debía revisar su condena. Junto a ello, se pretendía aumentar las penas por la comisión de delitos de carácter sexual en aquellos casos en que la víctima fuera menor de edad indiferentemente de si el autor del delito fuera un delincuente primario o con antecedentes penales. Con ello, se pretendía que la ley de *three strikes* californiana se reformara en un sentido similar a la regulación de la

²³¹ Ampliamente, sobre la propuesta de reforma de la ley de *three strikes*, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., pp. 154-158.

²³² California proposition 66 de 2004. Disponible en:

http://www.lao.ca.gov/laoapp/ballot_source/propositions.aspx?d=11/2/2004%2012:00:00%20AM

²³³ https://www.aclunc.org/news/press_releases/proposition_66_supporters_launch_campaign_to_fix_three_strikes.shtml

ley del estado de Washington. El resultado de la votación, aunque muy ajustado²³⁴, resultó en el rechazo de la modificación de la ley de *three strikes* de 1994.

1.3.3. La regulación de la ley californiana de *three strikes* a partir de la reforma de 2012.

En el año 2012 se ha propuesto una nueva iniciativa popular de reforma de la ley de *three strikes* que ha finalizado con la reforma de la legislación de *three strikes* en California. La iniciativa popular 36 con título *Three strikes reform act*²³⁵, aunque no tan ambiciosa como su antecesora de 2004, tenía la finalidad de reducir el campo de aplicación de la anterior legislación de *three strikes* californiana.

La principal reforma se ha producido respecto a los tipos de delitos que pueden desencadenar la aplicación de la legislación de *three strikes and you're out*. En primer lugar, se ha eliminado la posibilidad de imponer el doble de la pena a aquellos sujetos que aun teniendo antecedentes por la comisión de un delito grave o violento, no cometen ulteriormente un delito igualmente violento o grave. En segundo lugar, en aquellos casos en que un sujeto tenga antecedentes por la comisión de dos o más delitos considerados graves o violentos y cometa un nuevo delito que no sea grave o violento deberá imponerse una pena del doble de duración de la que le correspondería por el delito cometido²³⁶, siempre y cuando no sea por la comisión de determinados delitos de tráfico de drogas, un delito de carácter sexual u otros que conlleven la obligatoriedad de registrarse como delincuente sexual, cuando se haya utilizado una arma de fuego o peligrosa para cometer el delito o cuando se intente causar un daño físico grave a la víctima del delito. En aquellos casos en que un individuo cometa un delito que no sea grave o violento, pero que con anterioridad sí hubiera cometido alguno de los delitos considerados como graves o violentos tales como el delito de carácter sexual violento, de asesinato, u otros castigados con cadena perpetua o pena de muerte, tampoco podrán

²³⁴ El resultado fue 52,7% a favor del no y 47,3% a favor del sí. Puede consultarse en [http://ballotpedia.org/wiki/index.php/California_Proposition_66,_Changes_in_the_%22Three_Strike_s%22_Law_\(2004\)](http://ballotpedia.org/wiki/index.php/California_Proposition_66,_Changes_in_the_%22Three_Strike_s%22_Law_(2004))

²³⁵ La *Three strikes reform act of 2012* puede encontrarse en formato pdf. en la web <http://vig.cdn.sos.ca.gov/2012/general/pdf/text-proposed-laws-v2.pdf#nameddest=prop36>

²³⁶ Vid. art. 667 (e) (2) (C) California Penal Code.

beneficiarse de dicha reforma y por tanto serán condenados a la pena más grave entre el triple de la pena por el delito cometido o a la pena de 25 años de prisión.

1.4. Recapitulación.

Aunque podría pensarse que las leyes de *three strikes and you're out* tienen un objetivo legítimo, castigar más duramente a aquellos sujetos que infringen las normas sociales más elementales con carácter habitual, tanto el análisis jurídico como los datos empíricos conducen, en este estadio, a rechazar la plausibilidad de tal base.

Las leyes de *three strikes* constituyen un ejemplo de uno de los mayores ataques a los principios de proporcionalidad y resocialización en lo que a penas aplicables a delincuentes peligrosos se refiere. Con su aplicación, y consecuentemente castigando con una pena de cadena perpetua a un sujeto, no se tiene en cuenta el concreto delito cometido, sino una carrera delictiva por la comisión de delitos de una cierta gravedad. Ello se evidencia en la ley californiana, pues se castiga con mayor severidad aquél que con anterioridad haya cometido delitos más graves y cometa un tercer delito de menor trascendencia que aquél que vaya aumentando la gravedad de los delitos que comete durante su actividad criminal.

Junto a ello, los resultados de los estudios empíricos realizados demuestran que las leyes de *three strikes* no han servido a las finalidades a las que formalmente estaban orientadas. Evidentemente, si la única finalidad fuera la inocuización de los delincuentes reincidentes, su objetivo sí que se hubiera cumplido, al menos parcialmente. No obstante, en la gran mayoría de los estados en que las leyes de *three strikes* se dirigen exclusivamente a aquellos sujetos que cometen los delitos más graves, la aplicación de las mismas tendrá un efecto muy relativo en la prevención especial negativa, pues será necesario que un sujeto haya cometido previamente dos delitos graves, haya cumplido con las respectivas penas de prisión y cometa un nuevo delito muy grave – por el que seguramente, aunque no fuera de aplicación la ley de *three*

strikes, ya recibiría una pena con una duración muy elevada – para que sea castigado a una pena de cadena perpetua.

Asimismo, la aprobación de leyes de *three strikes* no ha tenido un efecto de prevención general, pues, en los estados en que se han aprobado estas leyes no se ha producido una mayor reducción de la delincuencia grave respecto del resto de estados. Además, esta tendencia en la reducción del número de delitos en California – y en los Estados Unidos – ya se había iniciado con anterioridad a la aprobación de estas leyes²³⁷. De la misma forma, por lo que en el estado de California se refiere, si bien desde la aprobación de la ley de *three strikes and you're out* en 1994 se ha reducido la delincuencia grave, dicha disminución no ha sido mayor en aquellos condados en que se hace un uso más severo de la ley respecto de aquellos que son más blandos en su aplicación.

No obstante, las leyes de *three strikes* sí que cumplen una finalidad, la simbólica²³⁸, aunque sin cumplir con ninguna finalidad instrumental dirigida a la evitación de la comisión de delitos. Con su aprobación se produce un estado de opinión en la ciudadanía proclive a considerar que el legislador está cumpliendo con su labor, esto es, que se está luchando contra la delincuencia peligrosa a través del incremento de las penas de prisión²³⁹.

²³⁷ Vid. BERES, L. S. / GRIFFITH, T. D., “Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation”, cit., pp. 104; LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, cit., pp. 29-30.

²³⁸ En este sentido, vid., entre otros, AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, cit., p. 158; JONES, T. / NEWBURN, T., “Three strikes and you’re out. Exploring symbol and substance in American and British crime control politics”, cit., pp. 783-784.

²³⁹ En este sentido, vid. JONES, T. / NEWBURN, T., “Three strikes and you’re out. Exploring symbol and substance in American and British crime control politics”, cit., p. 791, que textualmente indica: “most penal laws are deliberately designed to ‘bark louder than they bite’, and to provide the necessary symbolic ‘get tough’ message to attract votes, without having major resource implications. It seems that much of the ‘three strikes’ reform in the United States came under this category, being focused primarily on a small number of violent or dangerous offenders, many of whom may well have received long prison sentences in any case. Furthermore, despite the rapid spread of ‘three strikes’ rhetoric in the United States, it is important to note that this particular example of populist punitiveness was implemented in slightly under half of all states”. En el mismo sentido, vid. WALSH, J. E., *Three strikes laws*, op. cit., p. 50.

2. El *civil commitment*.

2.1. *Civil commitment* tradicional.

En Estados Unidos, tal y como sucede en España, se prevé la posibilidad de aplicar determinadas medidas a aquellos sujetos que han cometido un delito y son declarados inimputables como consecuencia del padecimiento de una anomalía o alteración psíquica de la que se deriva un riesgo para ellos mismos o para otras personas²⁴⁰. Si bien todos los estados prevén sus propias particularidades, el *civil commitment* es el proceso por el que se establece el internamiento en un centro psiquiátrico o el tratamiento psiquiátrico externo de aquellos sujetos que presentan un riesgo de comisión de futuros delitos derivado de una enfermedad mental (*insanity defense*)²⁴¹. Así, en aquellos casos en que el tribunal declare que un sujeto padece una enfermedad mental grave de la que se derive un riesgo de reincidencia, éste será declarado inimputable y, por lo tanto, se le impondrá una medida de seguridad en lugar de una pena por el hecho cometido. En teoría, la duración del *civil commitment* es indeterminada²⁴² aunque en la práctica es de corta duración y está limitada para casos excepcionales debido, básicamente, a motivos económicos²⁴³.

Pese a ser éste el régimen tradicional del *civil commitment*, a partir de los años 90 se produjo un salto en el uso de medidas de seguridad privativas de libertad²⁴⁴ con la denominada *Sexually Violent Predator (SVP) civil commitment*, aplicable a determinados sujetos que han cometido un delito de carácter sexual violento. Las

²⁴⁰ Vid., por ejemplo, 18 USC § 4243.

²⁴¹ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, en MCSHERRY, B. / KEYZER, P. (ed.), *Dangerous people. Policy, prediction, and practice*, Ed. Routledge, New York, 2011, p. 51; PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, en MCSHERRY, B. / KEYZER, P. (ed.), *Dangerous people. Policy, prediction, and practice*, Ed. Routledge, New York, 2011, p. 64.

²⁴² Vid. 18 USC § 4243 (f) y *Jones v United States*, 463 US 354 (1983) donde se establece que la duración del *civil commitment* puede ser incluso superior a la duración máxima si aquella persona hubiera sido condenada a una pena de prisión.

²⁴³ Vid. PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., pp. 64 y 65; BLOOM, J. D., “Civil commitment is disappearing in Oregon”, en *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 34, 2006, pp. 534 – 537.

²⁴⁴ Vid., entre muchos otros, JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2008, p. 3.

novedades más importantes – o más impactantes – son, en primer lugar, que ya no es necesario que se demuestre el padecimiento de una enfermedad mental que impida comprender la ilicitud de los hechos cometidos. En segundo lugar, que se aplica a sujetos declarados imputables. En tercero lugar, que la reclusión psiquiátrica no se produce en sustitución de una pena privativa de libertad sino acumulativamente a ésta²⁴⁵.

Esta nueva medida de seguridad – o medida de naturaleza civil en el sistema de justicia penal norteamericano – aplicable a sujetos imputables y de ejecución posterior a una pena privativa de libertad, constituye nuevamente, tal como se verá, una de las máximas manifestaciones del derecho penal de la peligrosidad.

2.2. Antecedentes al SVP's *civil commitment*.

El hecho de considerar a determinados delincuentes sexuales susceptibles de ser internados en centros psiquiátricos debido al padecimiento de trastornos mentales que inciden en su peligrosidad criminal no es una opción surgida de la nada. Es más, hasta principios de los años ochenta más de la mitad de los estados de Estados Unidos recogían en sus respectivas legislaciones las llamadas leyes de psicópatas sexuales²⁴⁶. La primera ley fue aprobada en 1937²⁴⁷ por el estado de Massachusetts como consecuencia, básicamente²⁴⁸, de la comisión de escasos delitos, aunque de extrema

²⁴⁵ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 51.

²⁴⁶ También llamadas leyes de sujetos sexualmente peligrosos o leyes de delincuentes sexuales con trastornos mentales. Vid. FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, en *Criminal Justice Review*, vol. 27(2), 2002, p.258.

²⁴⁷ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52.

²⁴⁸ Debe tenerse en cuenta, también, la influencia que empezó a tener el ideal rehabilitador en el sistema de justicia penal. En este sentido, vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 18, 2000, p. 157; HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, en WRIGHT, R. G., *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, Ed. Springer, New York, 2009, p. 342; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 5.

gravedad, de carácter sexual en que las víctimas eran menores de edad²⁴⁹. Estos hechos tuvieron una gran repercusión mediática a la par que sensacionalista por parte de los medios de comunicación. A su vez, las víctimas y sus familiares realizaron una importante presión social para que el parlamento aprobara nuevas leyes que frenasen la comisión de este tipo de delitos²⁵⁰. Junto a la presión ejercida por las víctimas y sus familiares, debía sumarse la presión ejercida por parte de la psiquiatría. Ésta postulaba que estos sujetos eran psicópatas que no podían controlar sus impulsos sexuales²⁵¹ debido a la existencia de un trastorno mental denominado psicopatía sexual que les generaba una mayor propensión a cometer delitos sexuales. Además, según ellos, era posible ofrecer una solución, pues la psicopatía sexual era fácilmente diagnosticable y existía un tratamiento efectivo²⁵². El resultado de este cúmulo de sucesos junto con el auge del modelo rehabilitador instaurado en el sistema de justicia penal en Estados Unidos²⁵³ concluyó con la aprobación de leyes de psicópatas sexuales por parte de unos 28 estados²⁵⁴.

Estas leyes establecían que aquellos sujetos que hubieran cometido un delito de carácter sexual y padecieran una enfermedad²⁵⁵ que les hiciera muy difícil controlar sus

²⁴⁹ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011, p. 6.

²⁵⁰ Para una explicación detallada de los sucesos que motivaron la aprobación de las leyes de psicópatas sexuales en los años 30 y siguientes en Estados Unidos, vid. SUTHERLAND, E. H., “The diffusion of sexual psychopath laws”, en *American Journal of Sociology*, vol. 65, núm. 2, 1950.

²⁵¹ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 7; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, en *California Law Review*, vol. 98, 2010, p. 2096.

²⁵² Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 5.

²⁵³ Vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 157.

²⁵⁴ No es claro el número de estados que aprobaron leyes de psicópatas sexuales puestos que en la mayoría de la bibliografía se establece que fueron más de la mitad de los estados y sólo en tres se cita el número exacto de ellos. En este sentido, vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 343; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 7; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 5; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2096.

²⁵⁵ Dentro de las posibles enfermedades, ser homosexual era considerado como un desorden psiquiátrico. En este sentido, vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 343.

estímulos sexuales debían ser internados en centros psiquiátricos con la finalidad de ser tratados por un periodo indeterminado hasta su sanación²⁵⁶. No obstante, la posibilidad de que un sujeto considerado psicópata sexual fuera liberado era francamente escasa. Principalmente por la más que probable oposición social ante la liberación de un sujeto etiquetado como psicópata sexual que, aunque se considere que ya está sanado, se le seguirá presuponiendo un riesgo de cometer un nuevo delito²⁵⁷. Algunos psiquiatras, incluso, fueron críticos con la propia definición de psicópata sexual y consideraron que los sujetos a los que se les aplicaban estas leyes no padecían ninguna enfermedad mental y que realmente, con la aplicación de este tipo de leyes, se procedía a “almacenar” aquellos sujetos que habían cometido un delito de carácter sexual²⁵⁸.

Estos factores, junto con los costes derivados de la aplicación de las leyes de psicópatas sexuales, el apogeo de la defensa de los derechos civiles²⁵⁹ y – en mi opinión – el cambio de paradigma en el sistema de sanciones penales²⁶⁰, de un sistema de condenas indeterminadas y de defensa del modelo rehabilitador a un sistema de condenas determinadas, propició que los propios psiquiatras adoptaran una posición formal de rechazo frente a la institución. En este sentido, El *Group for the Advancement of Psychiatry* rechazó el papel de la psiquiatría en las leyes de psicópatas sexuales advirtiendo de las limitaciones que existían en el tratamiento de estos sujetos y sugiriendo que el medio más adecuado para hacer frente al problema de la peligrosidad de los delincuentes sexuales era el sistema de justicia penal²⁶¹.

²⁵⁶ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52; LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 157; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 5.

²⁵⁷ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 8.

²⁵⁸ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 8; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2097.

²⁵⁹ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 343.

²⁶⁰ Ello puede deducirse en JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 6.

²⁶¹ HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 343; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 9; LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 6.

Como consecuencia de todo ello, la totalidad de los estados derogaron o dejaron en el olvido las leyes de psicópatas sexuales durante la década de los 80²⁶².

2.3. La introducción del *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos.

2.3.1. El contexto sociopolítico.

A pesar de las críticas que habían recibido las leyes de psicópatas sexuales en la década de los 70 y 80, con la consecuente derogación o desuso de las mismas, el panorama volvió a modificarse repentinamente. Durante los años 1988 y 1989 se produjeron tres delitos de carácter sexual, dos de ellos contra menores de escasa edad, por parte de sujetos reincidentes que justo habían cumplido su anterior condena²⁶³. Estos hechos suscitaron una gran presión por parte de la sociedad y de determinados agentes sociales con la finalidad de que los poderes políticos promovieran una solución rápida y viable al problema que planteaban aquellos delincuentes que una vez cumplida su condena todavía manifestaran un riesgo de reincidencia²⁶⁴. El caso paradigmático se produjo en el estado de Washington en relación con un individuo, Earl Shriner, que justo cuando hacía apenas dos años que había sido liberado de una anterior condena²⁶⁵ agredió sexualmente, estranguló y finalmente mutiló el órgano sexual de un menor de siete

²⁶² Vid, por todos, HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 343; Vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 158 (en nota a pie de página núm. 20).

²⁶³ Para una explicación detallada de los sucesos, EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 9-10; vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 344; LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, en *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2011, pp. 213-214.

²⁶⁴ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 344; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 10; GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, en *UCLA Women’s Law Journal*, vol. 5, 1994-1995, p. 277. Es interesante, tal como apunta Harris, tomar en consideración la vigencia de la teoría apuntada por Sutherland en el contexto social y político que rodea la aprobación de las leyes de psicópatas sexuales así como respecto del resto de medidas aprobadas que son aplicables a la delincuencia sexual e incluso a toda aquella considerada peligrosa.

²⁶⁵ El autor de estos hechos había sido condenado anteriormente por el secuestro y agresión sexual de dos menores. En este sentido, vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 3-4.

años. Este caso originó un intenso debate, pues previamente al cumplimiento de su anterior condena se habían iniciado los trámites del *civil commitment* tradicional para su internamiento civil pero el tribunal decidió que debía ser liberado al no poderse acreditar su condición de enfermo mental grave²⁶⁶. Podría decirse que el cambio de paradigma del sistema de justicia penal iniciado a finales de los 70, que había implicado una concreción en la duración de las condenas así como una reducción del uso de la libertad condicional y del tratamiento de los reos, unido al incremento de la delincuencia durante la década de los 80, propició el inicio de una evolución (o decadencia) del sistema con base en la incapacitación de determinados grupos de delincuentes²⁶⁷, afectando especialmente a la delincuencia sexual. Todo ello condujo, entre otras medidas, a la regulación de una medida de *civil commitment* para delincuentes sexuales en varios estados.

2.3.2. La regulación del SVPs *civil commitment* en el estado de Washington.

La respuesta por parte del legislador fue clara y contundente²⁶⁸. En 1990 el estado de Washington aprobó la *Community Protection Act*, que junto con los registros de delincuentes sexuales²⁶⁹, introducía, por primera vez y con plena vigencia, el *civil commitment* para “depredadores” sexuales violentos (SVPs)²⁷⁰.

²⁶⁶ Vid. GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., p. 277; LIEB, R., “State policy perspectives on sexual predator laws”, en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, Ed. American Psychological Association, Washington DC, 2003, pp. 43-44.

²⁶⁷ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., pp. 346-347.

²⁶⁸ Al cabo de nueve meses ya fue aprobada la nueva ley. En este sentido, vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 214.

²⁶⁹ Vid. *infra* el apartado dedicado a las leyes de registro y notificación.

²⁷⁰ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 339; LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52; GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., p. 277; FITCH, W. L. / HAMMEN, D. A., “The new generation of sex offender commitment laws: which states have them and how do they work?”, en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, op. cit., p. 28; CARAZO JOHANNING, A. T., “Tratamiento de la delincuencia sexual en EEUU”, en ROIG TORRES, M. (Dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

Previamente a su aprobación, se valoró la opción de utilizar el *civil commitment* tradicional para sujetos inimputables a los “depredadores” sexuales violentos. No obstante, esta opción fue descartada por el estado de Washington²⁷¹ principalmente por tres motivos. En primer lugar, por la necesidad de acreditar que los sujetos padecen una enfermedad mental. En segundo lugar, por la necesidad de acreditar la comisión de un delito recientemente, y finalmente, porque el *civil commitment* tradicional está diseñado para ofrecer un tratamiento de corta duración para posteriormente liberar al sujeto internado. No obstante, frente a la imposibilidad de utilizar dicha institución y dado que se consideraba que los depredadores sexuales violentos acostumbran a ser sujetos que padecen trastornos de la personalidad o anomalía mental, se consideró necesario, si bien las probabilidades de ofrecer un tratamiento con éxito eran pobres, crear una institución que permitiera tratar a éstos²⁷². Con la instauración de una especialidad del *civil commitment*, en realidad, se pretendía dar respuesta a aquellos supuestos en que un sujeto comete un delito grave de carácter sexual y, una vez liberado, vuelve a cometer un nuevo delito de la misma gravedad²⁷³. O lo que es lo mismo, evitar que se repitieran casos como el de Earl Shriner.

La legislación penal del estado de Washington establece que aquellos sujetos que, habiendo cometido un determinado delito de carácter sexual violento, sean considerados depredadores y presenten un riesgo de comisión de futuros delitos de carácter sexual violento como consecuencia de un trastorno de la personalidad o una anomalía mental, deberán ser reclusos en un centro psiquiátrico una vez cumplida la pena de prisión

²⁷¹ Vid. Revised Code of Washington (RCW) 71.09.010. En el mismo sentido, vid. JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., pp. 6-7; PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 65, donde se indica que algunos estados excluyeron el trastorno de la personalidad como enfermedad mental susceptible de conllevar la aplicación del *civil commitment* tradicional.

²⁷² Vid. RCW 71.09.010. En este sentido, vid. PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 67.

²⁷³ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 347, donde se indica que la cuestión principal ya no es el tratamiento de los sujetos sino el control de determinados grupos de sujetos.

impuesta por el delito de carácter sexual violento cometido²⁷⁴ hasta que ya no presenten dicho peligro para la sociedad²⁷⁵.

La propia normativa define todos y cada uno de los criterios que deben tenerse en cuenta para imponer el *civil commitment*. Primeramente, la ley detalla cuales son los delitos de carácter sexual violento que pueden motivar la imposición de esta medida. Entre éstos se incluye la comisión de un delito de agresión sexual tanto a víctima adulta como menor, el acoso sexual a menores de catorce años, el delito de abusos sexuales a menores de catorce años así como la comisión de otros delitos que tengan una motivación sexual²⁷⁶. En cuanto al término depredador²⁷⁷, la ley establece que deben considerarse como tales aquellos individuos que habiendo cometido alguno de los delitos anteriormente anunciados no tengan una relación previa con la víctima o que ésta se haya creado con la finalidad de cometer dicho delito²⁷⁸. En relación con el riesgo de comisión de futuros delitos, se establece que se entenderá que concurre tal riesgo cuando en el caso de ser liberado existan más probabilidades de que cometa un nuevo delito de carácter sexual violento a una víctima desconocida a que no lo haga²⁷⁹. Finalmente, se define el concepto de anomalía mental y trastorno de la personalidad²⁸⁰. Según establece la ley, la anomalía mental es una enfermedad que afecta la capacidad volitiva o emocional que predispone al individuo a cometer delitos de carácter sexual, ocasionando una amenaza para la seguridad de la sociedad. El desorden de la personalidad o trastorno antisocial de la personalidad es un patrón de conducta cuyo inicio se presenta en la pubertad permaneciendo luego estable en el tiempo pudiendo ocasionar deficiencias culturales o ansiedad.

²⁷⁴ Vid. RCW 71.09.020 (18); LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 52; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 10; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 7.

²⁷⁵ GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., p. 278.

²⁷⁶ La lista detallada de los delitos que conllevan la imposición del *civil commitment* puede encontrarse en el RCW 71.09.020 (17) en relación con el RCW 9A.44.

²⁷⁷ Vid. GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit. en el que se defiende una visión muy crítica del término depredador la cual es compartida.

²⁷⁸ Vid. RCW 71.09.020 (10).

²⁷⁹ Vid. RCW 71.09.020 (7).

²⁸⁰ Vid. Vid. RCW 71.09.020 (8) y (9).

En aquellos casos en que un sujeto cumpla con los criterios anteriormente citados, será considerado un depredador sexual violento. Para ello, se sigue un proceso²⁸¹ sumarial²⁸² a través del cual se procede al internamiento del sujeto en un centro de internamiento civil. Estos sujetos estarán indefinidamente internados durante el tiempo necesario mientras se cumplan los requisitos que motivaron su internamiento. Para ello, se procederá, anualmente, a una revisión de su internamiento²⁸³ en la que se dictará una resolución en alguno de los siguientes sentidos. Primero, que se considere que continúa cumpliendo con los requisitos para ser internado en un centro de *civil commitment* para delincuentes sexuales. Segundo, que se considere que ya no sufre ninguna enfermedad mental o que no existe un riesgo de reincidencia. Y tercero, que a pesar que siguen cumpliéndose los requisitos que motivaron la imposición del *civil commtment*, en atención al interés del sujeto y siempre que se cumplan unos determinados criterios²⁸⁴, se considere necesario que el individuo sea liberado y sometido a una medida menos restrictiva (LRA²⁸⁵). En este último caso, la imposición de una medida de este tipo conlleva la obligación de residir en un centro especial de supervisión las 24 horas del día con posibilidad de salir del mismo para acudir al trabajo, a tratamiento u a otras actividades siempre que se esté acompañado de un supervisor²⁸⁶.

Las diferencias entre las leyes de psicópatas sexuales y el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos son importantes. En primer lugar, aquellos sujetos a los

²⁸¹ Previamente al proceso, un comité especializado realiza un rastreo de todos aquellos sujetos que están cumpliendo condena por un delito de carácter sexual y son susceptibles de ser internados en un centro especial de *civil commitment*. Estos sujetos serán evaluados por un psicólogo forense que determinará cuáles de ellos cumplen con los requisitos de depredador sexual violento (RWC 71.09.030).

²⁸² Desde el momento en que la fiscalía recibe noticia de que un sujeto es susceptible de ser internado según la opinión del psicólogo forense, en menos de 47 días debe celebrarse juicio en el que se decide sobre su internamiento (RWC 71.09.040 y 71.09.050). vid., asimismo, CARAZO JOHANNING, A. T., “Tratamiento de la delincuencia sexual en EEUU”, en ROIG TORRES, M. (Dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, op. cit., p. 19.

²⁸³ RWC 71.09.070.

²⁸⁴ Entre ellos, que un individuo responsable de ofrecer tratamiento cualificado acepte tratar a ese concreto sujeto o que el responsable de tratamiento especifique un plan de tratamiento.

²⁸⁵ Less restrictive alternative.

²⁸⁶ RWC 71.09.200.

que se les impone el *civil commitment* cumplen previamente una pena privativa de libertad derivada del delito cometido y, una vez cumplida ésta, son internados en un centro u hospital psiquiátrico y; en segundo lugar, no es necesario probar que los sujetos padecen una enfermedad mental reconocida médicamente, sino que simplemente sufren una anomalía mental o trastorno de la personalidad²⁸⁷.

2.3.3. La constitucionalidad de la medida.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha declarado constitucional el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos en dos ocasiones, la primera de ellas en la sentencia *Kansas v Hendricks* y, la segunda, en la sentencia *Kansas v Crane*. No obstante, la constitucionalidad de la medida no es una cuestión pacífica, pues tanto parte de la jurisprudencia norteamericana como, especialmente, la doctrina especializada han criticado duramente su implementación.

En 1995 se dictó la primera sentencia al respecto por parte del tribunal federal de distrito del estado de Washington, en el caso *Young v Weston*²⁸⁸, en que se declaró la medida inconstitucional. La sentencia consideró que el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos era una medida penal, por lo que vulneraba las garantías a un proceso debido, la prohibición de retroactividad de las leyes penales y el *double jeopardy*²⁸⁹.

En relación con la primera de las cuestiones, la sentencia indicó que a diferencia del *civil commitment* tradicional no se requería para su imposición que el sujeto afectado

²⁸⁷ Respecto a las diferencias entre el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos y las leyes de psicópatas sexuales, vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 10-11; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 7; LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 159; COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: What do we know?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 51, 2007, p. 372.

²⁸⁸ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 11.

²⁸⁹ Sería el equivalente al *non bis in idem* tanto procesal como material.

padeciera una enfermedad mental grave²⁹⁰ y que la justificación de la reclusión se basaba, puramente, en la peligrosidad futura de estos sujetos, con lo que se vulneraban las garantías a un proceso debido²⁹¹.

En segundo lugar, en relación con la vulneración de la prohibición de irretroactividad de las leyes penales, el tribunal justificó tal decisión apoyándose en que, si bien la propia ley indicaba la naturaleza civil de la medida, en realidad tenía una naturaleza penal²⁹². En este sentido, el tribunal tuvo en consideración los siguientes extremos. En primer lugar, la medida implicaba una restricción de la libertad por un periodo de tiempo indeterminado. En segundo lugar, sólo se aplicaba a aquellos sujetos que hubieran cometido un determinado delito de carácter sexual y, finalmente, porque la ley, con la imposición del *civil commitment* para delincuentes sexuales, perseguía un objetivo tradicional del sistema de justicia penal – la retribución y la prevención – y no el tratamiento de los sujetos afectados²⁹³. La argumentación de ésta última conclusión es la siguiente: si el objetivo es tratar a aquellos sujetos de los que, habiendo cometido un determinado delito, se presupone riesgo de reincidencia debido al padecimiento de una discapacidad mental, la evaluación de la concurrencia de los requisitos y la imposición del *civil commitment* deberían realizarse con anterioridad al cumplimiento de la pena, pues si el tratamiento es el objetivo principal y la deficiencia mental está presente durante la comisión del delito, la demora en el tratamiento sólo puede indicar que éste no es la preocupación principal²⁹⁴. Consecuentemente, considerada la naturaleza penal de la medida, y teniendo en cuenta que su aplicación era retroactiva e implicaba un perjuicio al afectado, debía llegarse a la conclusión que ésta era contraria a la prohibición de irretroactividad²⁹⁵.

²⁹⁰ Ésta afirmación se establece incluso en la propia *Community Protection Act* y además, la Asociación de Psiquiatría del estado de Washington así lo ha ratificado. En este sentido, vid. *Young v Weston*, 898 F.Supp. 744 (1995), que textualmente indica: “[...] the Washington State Psychiatric Association, explains that the term "mental abnormality" has neither a clinically significant meaning nor a recognized diagnostic use among treatment professionals [...] As with the concept of mental abnormality, the Statute's use of "personality disorder" evokes a circular definitional structure in which the only observed characteristic of the disorder is the predisposition to commit sex crimes”.

²⁹¹ Vid. *Young v. Weston*, 898 F.Supp. 744 (1995).

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

En tercer lugar, y dado que la medida tenía naturaleza penal, ésta vulneraba el *double jeopardy*²⁹⁶ al permitirse su aplicación a sujetos que hubieran cometido un delito con anterioridad a su entrada en vigor.

Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo de Kansas declaró inconstitucional la ley de *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos²⁹⁷ del propio estado²⁹⁸, si bien no por mucho tiempo. El estado de Kansas interpuso recurso frente a dicha sentencia y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad del *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos por 5 votos a favor y 4 en contra en el caso *Kansas v Hendricks*²⁹⁹.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que la ley requiere algo más que una mera predisposición a la violencia. Se requiere la comisión de un delito de carácter sexual violento junto con el padecimiento de un problema mental que implique una probabilidad de reincidencia específica en caso de no incapacitar al concreto sujeto. No obstante, el Tribunal Supremo consideró que el delito previo cometido sólo se debe tener en cuenta como indicador de la tendencia delictiva futura³⁰⁰. Con respecto al requisito de anomalía mental o trastorno de la personalidad, el Tribunal indicó que aun no pudiendo considerarse enfermedad mental grave, los estados tienen potestad legislativa para definir aquellos términos médicos con incidencia jurídica. Seguidamente, estableció los razonamientos por los que el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos no debe considerarse de naturaleza penal. En este sentido, expuso las razones por las cuales consideraba que la medida no persigue ninguna de las finalidades del sistema de sanciones penales, la retribución o la prevención³⁰¹. En relación con la retribución, el Tribunal expuso que con la imposición del *civil commitment* no se atribuye culpabilidad por el delito cometido, sino que éste se

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, cit., p. 352.

²⁹⁸ La legislación de Kansas es prácticamente idéntica a la establecida en el estado de Washington.

²⁹⁹ *Kansas v Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibidem*.

tiene en cuenta como manifestación de la discapacidad mental o/y de respaldo del riesgo de reincidencia. En relación con la prevención, el Tribunal consideró que una amenaza de reclusión frente a este tipo de sujetos, que padecen una deficiencia mental y por lo tanto no gozan de control sobre su comportamiento, tampoco va a tener efecto alguno sobre su comportamiento. Finalmente, y puesto que la sentencia del Tribunal federal estatal de Kansas consideró que el *civil commitment* era una mera manifestación de la incapacitación, el Tribunal Supremo estableció al respecto que siempre que se ofrezca un tratamiento en la medida de lo posible la incapacitación es un ejercicio legítimo del derecho civil³⁰². Por todo ello, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que el *civil commitment*, en tanto que sólo aplicable a aquellos sujetos más peligrosos, que se ejecuta en un centro de internamiento especial separado del resto de reos y con el mismo estatus que el resto de sujetos sometidos a *civil commitment* tradicional – ofreciéndoles tratamiento siempre que sea posible – y que son liberados una vez ya no presentan un peligro o ya no tengan un impedimento mental, no debe considerarse punitivo y como consecuencia es constitucional.

Por el contrario, el voto particular de la sentencia consideró que la regulación del *civil commitment* aplicable a sujetos que han cometido un delito de carácter sexual violento es inconstitucional, pues la medida tiene naturaleza penal³⁰³ de acuerdo con los siguientes motivos. En primer lugar, en aquellos casos en que existe un tratamiento, tal y como sucedía en el supuesto objeto de enjuiciamiento, es obligatorio que se aplique o por el contrario se corre el riesgo de que sea considerada penal. En este sentido, el voto particular relata que numerosos peritos declararon que los sujetos internados no estaban recibiendo tratamiento, además de que el hecho de ejecutar el *civil commitment* una vez finalizada la pena de prisión dificultaba el éxito del tratamiento y que éste podía ofrecerse, y así se hacía siempre que hubiera voluntariedad por parte del reo, durante la ejecución de una pena privativa de libertad. En segundo lugar, puesto que a pesar que la sentencia establecía que la incapacitación es un objetivo propio del derecho civil, ciertamente la jurisprudencia al respecto es contradictoria, pues en otras resoluciones del propio Tribunal Supremo se había considerado que la incapacitación es un objetivo

³⁰² *Ibidem.*

³⁰³ *Ibidem.*

del derecho penal³⁰⁴. En tercer lugar, porque la medida únicamente se imponía a aquellos sujetos que previamente habían cometido un delito, lo que era un dato muy significativo de la verdadera finalidad penal de la medida. En cuarto y último lugar, por el hecho de que el procedimiento por el cual se impone el *civil commitment* es el propio del proceso penal.

En definitiva, la sentencia estableció la constitucionalidad del *civil commitment* para delincuentes sexuales en aquellos casos en que se haya cometido un delito de carácter sexual violento contra una víctima desconocida siempre y cuando los individuos presenten un riesgo de reincidencia específica derivado de una deficiencia mental. Además, entendió que es correcto el término de anomalía mental o trastorno de la personalidad, pues el legislador tiene la potestad de delimitar los conceptos que tienen efectos jurídicos. Respecto al valor jurídico de los hechos delictivos cometidos, sólo deben tenerse en cuenta como base para determinar tanto la deficiencia mental³⁰⁵ como para predecir el riesgo de reincidencia. Finalmente, el Tribunal, a pesar de aceptar el hecho de que la finalidad principal de la medida es la incapacitación de los sujetos³⁰⁶, considera que ésto no impide que el tratamiento sea también uno de los objetivos. La sentencia, al declarar la constitucionalidad de la ley de *civil commitment* del estado de Kansas, generó una ola de nuevas legislaciones en otros estados³⁰⁷.

³⁰⁴ En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del tribunal federal del estado de Kansas. Añade, además, que si el objetivo es, tal como se considera por parte del Tribunal, la incapacitación, el estado tiene otras vías penales sin la necesidad de aprobar una ley que incluya una medida inconstitucional como son imponer la pena máxima por el delito cometido, aplicar el triple de la pena a través de la *Habitual Criminal Act* y no se aplicó cuando hubiera podido aplicarse o, incluso, incrementar las penas de prisión para los delitos de carácter sexual en que la víctima sea un menor de edad. Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 16-17.

³⁰⁵ Vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 165, quien refleja la paradoja de que la decisión final para determinar la idoneidad para ser recluido en *civil commitment* son los antecedentes penales del sujeto. A modo de ejemplo, el diagnóstico de un desorden de la personalidad se basa en el historial de conductas antisociales del sujeto, lo que a vez en los delitos cometidos anteriormente. En el mismo sentido, vid. JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 10.

³⁰⁶ Vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 163.

³⁰⁷ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., pp. 352-353.

En 2003 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó una segunda sentencia sobre la constitucionalidad del *civil commitment* en el caso *Kansas v Crane*³⁰⁸ en la que se concretó la relación entre la deficiencia mental y el riesgo de reincidencia. En concreto, se estableció que para acreditar la concurrencia de la anomalía mental o el desorden de la personalidad es necesario que éstas dificulten al sujeto poder controlar su comportamiento peligroso, es decir, que debido a la deficiencia mental el sujeto tenga dificultades para poder evitar la comisión de nuevos delitos de carácter sexual y violento³⁰⁹.

2.3.4. La respuesta de los estados.

La constitucionalidad de la ley de *civil commitment* para delincuentes sexuales de Kansas junto con algunos otros sucesos dramáticos con una alta repercusión mediática que se produjeron en otros estados americanos³¹⁰ influyó a que aquellos estados indecisos se decidieran finalmente para aprobar sus propias leyes³¹¹. Actualmente 20 legislaciones estatales³¹², además de la del distrito de Columbia y la federal, prevén leyes que establecen la imposición del *civil commitment* a aquellos sujetos que han

³⁰⁸ *Kansas v Crane*, 534 U.S. 407 (2002).

³⁰⁹ Vid. *Kansas v Crane*, 534 U.S. 407 (2002). También, CARAZO JOHANNING, A. T., “Tratamiento de la delincuencia sexual en EEUU”, en ROIG TORRES, M. (Dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, op. cit., p. 21.

³¹⁰ Es interesante el apunte que realiza HARRIS sobre los hechos que se produjeron en algunos estados previa aprobación de sus propias leyes de *civil commitment* para delincuentes sexuales. Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., pp. 345-346.

³¹¹ MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2100; WRIGHT, R., “Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?”, en *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008, p. 39.

³¹² Estos son: Arizona (1996), California (1996), Florida (1999), Illinois (1998), Iowa (1998), Kansas (1994), Massachusetts (1998), Minnesota (1994), Missouri (1999), Nebraska (2006), New Hampshire (2007), Nueva Jersey (1994), Nueva York (2007), Dakota del Norte (1997), Pensilvania (2003), Carolina del Sur (1998), Texas (1999), Virginia (2004), Washington (1990) y Wisconsin (1994).

cometido un determinado delito una vez cumplida su condena³¹³ con una regulación muy parecida, sino idéntica, a la de Washington³¹⁴.

No obstante, a pesar de las similitudes entre las distintas normativas, pueden encontrarse algunas peculiaridades en la regulación de la medida en algunos estados³¹⁵. En relación con aspectos formales, el estado de Pensilvania prevé el *civil commitment* sólo para sujetos menores³¹⁶ o el estado de Nebraska distingue entre aquellos sujetos que padecen una enfermedad mental grave y aquellos que no, requiriendo, adicionalmente, tener antecedentes penales en el segundo supuesto³¹⁷. Respecto al tipo de delitos que pueden motivar la imposición del *civil commitment*, si bien en muchos estados los sujetos son llamados como personas sexualmente violentas³¹⁸, la gran mayoría de estados no exigen la comisión de un delito de carácter violento y en algunos estados no se exige un contacto sexual³¹⁹. Incluso, en el estado de Michigan se prevé la imposición del *civil commitment* por la comisión de delitos de carácter violento³²⁰. Respecto al modo de cumplimiento del *civil commitment*, dos estados prevén un sistema particular respecto al resto de estados: Texas y Nueva York. En Texas, el cumplimiento del *civil commitment* para delincuentes sexuales se realiza en un centro especial en régimen semi-abierto bajo control vía sistema telemático las 24 horas³²¹. En Nueva

³¹³ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 215; DEMING, A., “Editor’s introduction. Sex offender civil commitment. Special issue”, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 36, 2009.

³¹⁴ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 21; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2098; FITCH, W. L. / HAMMEN, D. A., “The new generation of sex offender commitment laws: which states have them and how do they work?”, op. cit., pp. 28-31.

³¹⁵ En este sentido, entre otros, vid. LIEB, R., “State policy perspectives on sexual predator laws”, op. cit., pp. 44-53.

³¹⁶ § 6351 y ss. Del título 42 de los estatutos de Pensilvania.

³¹⁷ sec. 88 Legislative Bill 1199 Nebraska, 2006.

³¹⁸ Vid., las denominaciones que realizan las distintas legislaciones a los sujetos, DEMING, A., “Sex offender civil commitment programs: Current practices, characteristics, and resident demographics”, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 36, 2008, pp. 442-443.

³¹⁹ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 226-228.

³²⁰ Vid. WINICK, B. / LA FOND, J. Q., *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, op. cit., p. 38.

³²¹ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 21-22; Office of the Legislative Auditor. State of Minnesota, Evaluation report. Civil commitment of

York, se prevé la posibilidad de cumplir la medida tanto en régimen cerrado como en libertad bajo una supervisión estricta³²². Finalmente, son pocos los estados que han implementado lugares adecuados para poder albergar aquellos sujetos que aun considerándose que padecen una enfermedad mental y presentan un riesgo de reincidencia se considere posible la imposición de una medida menos restrictiva,³²³ lo que ha comportado que no hayan podido aplicarse medidas menos restrictivas a quienes se consideraban aptos para ello³²⁴.

2.4. Los requisitos para la imposición del *civil commitment* para delincuentes sexuales.

2.4.1. La anomalía mental y el trastorno de la personalidad.

Si bien el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha validado el término de anomalía mental y trastorno de la personalidad, tanto la doctrina jurídica como psiquiátrica ha criticado duramente la utilización de dichos términos. En términos generales, la doctrina critica el hecho de que con anterioridad la jurisprudencia había requerido la necesidad de acreditar tanto el padecimiento de una enfermedad mental grave como el riesgo de reincidencia grave³²⁵, y en cambio para la imposición del *civil commitment* para delincuentes sexuales no es necesario acreditar el padecimiento de una enfermedad grave. En relación con el término de anomalía mental, se critica la laxitud del concepto en tanto que no existe una definición médica de lo que ésta constituye³²⁶. Es más, desde el 1984 la incapacidad volitiva, que es uno de los motivos por los que se considera que

sex offenders, marzo de 2011. Disponible en <http://www.auditor.leg.state.mn.us/> [última visita: 10/04/2013].

³²² Vid. Office of the Legislative Auditor. State of Minnesota, Evaluation report. Civil commitment of sex offenders, marzo de 2011.

³²³ En 2007 sólo 4 estados tienen centros para poder albergar a estos sujetos. En este sentido, vid. DEMING, A., “Sex offender civil commitment programs: Current practices, characteristics, and resident demographics”, op. cit., p. 453.

³²⁴ En Kansas, por ejemplo, no se pudo albergar en ningún lugar a Hendricks o en California hay sujetos que no han podido ser liberados por falta de lugares de cumplimiento de las medidas menos restrictivas. En este sentido, vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 57.

³²⁵ Vid. *Baxtrom v Herold*, 383 U.S. (1966) y *Foucha v Louisiana*, 463 U.S. (1983).

³²⁶ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 53.

un sujeto padece una anomalía, no constituye una causa para declarar a un sujeto inimputable³²⁷ pero, por el contrario, sí constituye una deficiencia mental suficiente para la imposición del *civil commitment* a aquellos sujetos que previamente han sido condenados – y por tanto considerados imputables – por un delito de carácter sexual³²⁸.

En relación con el término trastorno de la personalidad o trastorno antisocial de la personalidad, según el DSM-IV-TR, se critica el hecho de que a pesar de ser un predictor del riesgo de reincidencia, lo es de delincuencia en general y no de la delincuencia sexual en particular³²⁹. Además, los criterios que sirven como base para acreditar el padecimiento de un trastorno de la personalidad son los antecedentes penales³³⁰ que, a su vez, sirven a través del diagnóstico de trastorno de la personalidad para poder acreditar el riesgo de reincidencia futura. Por consiguiente, la imposición del *civil commitment* se basará, en estos supuestos, en los antecedentes penales. Asimismo, el hecho de padecer un trastorno antisocial de la personalidad no conlleva la ausencia de control o capacidad para conocer lo que se hace sino que conscientemente un sujeto decide no respetar las normas³³¹. Podemos decir pues, que no se respeta el criterio establecido en la sentencia *Kansas v Hendricks* y posteriormente puntualizado por la sentencia *Kansas v Crane* de que la deficiencia mental dificulte el control del comportamiento de ese determinado sujeto.

Es más, la respuesta por parte del legislador frente a aquellos sujetos que padecen un trastorno antisocial de la personalidad ha sido a través del sistema de justicia penal. Se estima que hasta el 80% de la población penitenciaria sufre un trastorno antisocial de la

³²⁷ Vid. LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 164.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Vid. CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 35, 2007, p. 490, donde se indica que el hecho de padecer un trastorno antisocial de la personalidad no tiene mayores implicaciones respecto al riesgo de reincidencia de delitos sexuales que el hecho de padecer ansiedad, depresión, divorciarse o perder el trabajo.

³³⁰ La base del diagnóstico de un trastorno de la personalidad es la conducta antisocial y criminal. Vid. CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, op. cit., p. 489; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 24.

³³¹ Vid. CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, op. cit., p. 490.

personalidad³³² y sólo en relación con los delincuentes sexuales violentos se ha optado por la imposición de una medida civil posterior al cumplimiento de la pena³³³.

2.4.2. La predicción de reincidencia.

Otro de los aspectos que es necesario tener en cuenta es la necesidad de acreditar un riesgo de reincidencia específico. Así, para la imposición del *civil commtiment*, junto con el padecimiento de una anomalía mental o un trastorno de la personalidad, se requiere acreditar la probabilidad de que se cometan nuevos delitos de carácter sexual como consecuencia de la deficiencia mental que se padece. En este caso, el problema reside en el modo en que se determina el riesgo de reincidencia y la vinculación de dicho riesgo con la deficiencia mental que se padece.

Para poder determinar el riesgo de reincidencia de un sujeto existen dos sistemas: el sistema clínico y el actuarial³³⁴. El primero de ellos se basa en la realización de entrevistas, test y la revisión de la documentación³³⁵ existente. Este sistema se ha demostrado que es muy subjetivo e incapaz de predecir la reincidencia, incluso cuando se realizan evaluaciones pautadas con la ayuda de factores empíricamente relacionados con la reincidencia, pues con él se produce una precisión de los resultados de sólo el 23%³³⁶. El segundo de los mencionados, el sistema actuarial, se basa en el hecho de asignar un determinado valor a cada uno de los factores que se consideran más influyentes a la hora de determinar la reincidencia de un sujeto. Este resultado da una

³³² Vid. CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, op. cit., pp. 492-493. Tal y como dice el autor, según los datos existen muchas más probabilidades de que un sujeto cometa un nuevo delito de carácter no sexual que sexual.

³³³ Piénsese en las leyes de three strikes and you’re out, el incremento de la duración de las penas o la obligación de cumplir penas no privativas de libertad una vez finalizada la pena de prisión. En este sentido, vid. CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, op. cit., p. 491.

³³⁴ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 230; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 35.

³³⁵ Informes conductuales durante la prisión, documentación sobre el procedimiento penal, etc.

³³⁶ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 231-232.

puntuación que, a su vez, indica el riesgo de reincidencia de un determinado sujeto³³⁷. Para crear esta herramienta de evaluación del riesgo se realiza un análisis estadístico para conocer los factores que más influyen a la hora de reincidir en sujetos que han sido condenados y posteriormente liberados por la comisión de un delito de carácter sexual³³⁸. El principal problema de todos los sistemas de evaluación del riesgo de reincidencia sexual de un sujeto deriva de los bajos índices de reincidencia de este tipo de delincuencia, que se estima que se sitúa entre el 5 y el 15%³³⁹, lo que hace muy difícil determinar la eficacia de estos instrumentos³⁴⁰.

Para determinar el riesgo de reincidencia, el sistema más utilizado es el actuarial y basándose en éste existen múltiples instrumentos que sirven para determinar la reincidencia³⁴¹. De entre ellos, el más utilizado en Estado Unidos es el *Static-99*³⁴². Éste se basa en diez ítems³⁴³, la suma de los cuales otorga el resultado total que representa el riesgo de reincidencia que se manifiesta en bajo, moderado-bajo, moderado-alto y

³³⁷ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 232. O, tal y como indica EWING, consiste en la creación de una lista de escasos factores que están asociados con la reincidencia sexual, vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 36.

³³⁸ Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 232.

³³⁹ Vid. *infra* el apartado relativo a las leyes de registro y notificación.

³⁴⁰ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 35, quien apunta que no sólo es difícil determinar el riesgo de reincidencia en muestras de sujetos con bajos índices de reincidencia, sino que es casi imposible. Además unos de los creadores del *Static-99* apuntó que lo más fácil era directamente predecir que ningún sujeto reincidirá, pues en el caso de la delincuencia sexual, según los estudios de reincidencia, sólo se erraría en un 5%, o como mucho un 15%, de los casos tal y como se indica en LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 231.

³⁴¹ Existen muchos instrumentos actuariales para determinar el riesgo de reincidencia. Para determinar la reincidencia en delitos sexuales existen, por ejemplo, el *Rapid Risk Assessment for Sexual Offense Recidivism* (RRASOR), el *Sex Offender Risk Appraisal Guide* (SORAG), el *Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* (MnSOST-R) o el *Static-99*.

³⁴² Vid., en este sentido, LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 234-235; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 36 y 38; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2111.

³⁴³ Estos son: edad (mayor o menos de 25 años), haber tenido pareja sentimental los últimos dos años, antecedentes penales por delitos violentos no sexuales, imputaciones y condenas por delitos de carácter sexual, las condenas cumplidas, condenas por delitos de carácter sexual en los que no haya habido contacto, víctimas con las que no tenía relación, víctimas desconocidas y víctimas varones. Información disponible en www.static99.org [última visita: 27/03/2013].

alto³⁴⁴. Si bien la precisión en la determinación del riesgo de reincidencia se considera alta en comparación con otros instrumentos³⁴⁵, el principal problema del *Static-99* es el hecho de que la mayoría³⁴⁶ de los factores de riesgo tenidos en cuenta son estáticos³⁴⁷ y, por lo tanto, permanecerán estables a pesar del paso del tiempo, de haber recibido tratamiento o de que se produzcan cambios en el entorno social del sujeto o durante la estancia en prisión³⁴⁸. Otro de los inconvenientes es que a través del *Static-99* no se evalúa el índice de reincidencia de un concreto sujeto en un determinado período, sino que, según la puntuación obtenida, se clasifica a éste en un determinado grupo de riesgo de reincidencia, por lo que realmente no puede concretarse el específico riesgo para ese determinado sujeto³⁴⁹. Finalmente, aun considerando como válido que a través de una herramienta de evaluación sea posible determinar el riesgo de reincidencia sexual de un determinado individuo³⁵⁰, es necesario además, según se establece por la ley, vincular el riesgo de reincidencia con la deficiencia mental³⁵¹. El problema es que a través de un instrumento de evaluación del riesgo actuarial, y en concreto a través del *Static-99*, no

³⁴⁴ Vid. MURRAY, C., *DSHS special commitment center: population forecast* (Document No. 12-11-1102), Olympia: Washington State Institute for Public Policy, 2012, p. 3, donde se muestra que la mayoría de los sujetos internados en *civil commitment* en el estado de Washington están clasificados en nivel medio y medio alto.

³⁴⁵ Se considera que la evaluación de riesgo es acertada en un 71% de los casos. En este sentido, vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 236-237. No obstante, se considera que se obtienen demasiados falsos positivos. En este sentido, vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 238 y ss.

³⁴⁶ Excepto la edad (aunque sólo se tiene en cuenta si es mayor o menor de 25 años) y el hecho de tener una relación estable de pareja durante más de 2 años.

³⁴⁷ Vid. HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., p. 352; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 38.

³⁴⁸ Vid. HULMUS, L. / THORNTON, D. / HANSON, R. K. / BABCHISHIN, K. M., “Improving the predictive accuracy of Static-99 and Static-2002 with older sex offenders: Revised age weights”, en *Sexual Abuse*, vol. 24, 2012, pp. 64-101.

³⁴⁹ En este sentido, vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 40. Según la puntuación obtenida en el *Static-99* se indica el riesgo de reincidencia sexual en un período de 5, 10 y 15 años según los datos obtenidos en estudios realizados previamente. Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., p. 249.

³⁵⁰ Hay muchos autores que dudan de la posibilidad de determinar el riesgo de reincidencia de un sujeto que ha estado durante mucho tiempo en prisión. En este sentido, cfr. FAERSTEIN, S. J., “Sexually dangerous predators and post-prison commitment laws”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 31, 1997-1998, pp. 898-899.

³⁵¹ RWC 71.09.020 (18).

es posible relacionarlos³⁵², pues este instrumento básicamente evalúa factores estáticos, por lo que incluso en el supuesto en que un sujeto hubiera recibido tratamiento durante el cumplimiento de la pena de prisión el resultado de su evaluación del riesgo de reincidencia seguiría intacta³⁵³.

2.4.3. La obligación de ofrecer tratamiento.

La sentencia del caso *Kansas v Hendricks* indica, entre otros requisitos, la necesidad de ofrecer un tratamiento a los sujetos internados so pena de considerarse una medida punitiva, y por consiguiente, inconstitucional³⁵⁴. Actualmente, existen tratamientos de carácter biológico y psicológico. El tratamiento de carácter biológico incluye la prescripción de medicamentos anti-andrógenos u otros de naturaleza similar con la finalidad de reducir la libido sexual³⁵⁵. El tratamiento de carácter psicológico, que es el más utilizado, se realiza a través de terapia tanto individual como grupal y consiste en la realización de actividades didácticas dirigidas al incremento de las habilidades sociales, a mejorar el control de la agresividad o a prevenir la recaída³⁵⁶.

El éxito del tratamiento psicológico requiere de la participación activa de los individuos tratados con la finalidad de comprender y conocer las necesidades de éste³⁵⁷ lo que implica la necesidad de confesar los delitos cometidos aunque nunca hayan sido esclarecidos. Los responsables del tratamiento cuentan, para el control de la veracidad de las declaraciones de los sujetos tratados con mecanismos de control de sus

³⁵² Vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 257; HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, op. cit., pp. 356.

³⁵³ En este sentido, vid. LAVE, T. R., “Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?”, op. cit., pp. 257.

³⁵⁴ Vid. Supra. *Kansas v Hendricks* y en concreto el voto particular de la sentencia.

³⁵⁵ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 54; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 48.

³⁵⁶ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 48-49.

³⁵⁷ EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 49.

manifestaciones³⁵⁸, requisito indispensable para el éxito del tratamiento. Además, los responsables del programa de tratamiento tienen la obligación de informar a las autoridades acerca del conocimiento de hechos delictivos que hayan sido confesados por los individuos tratados pudiendo ser, si se estima pertinente, juzgados³⁵⁹. Ello genera un conflicto de intereses, por una parte el derecho a recibir tratamiento – o entendido como obligación por parte de las autoridades de ofrecerlo, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo – y, por otra, el derecho a no declarar contra uno mismo³⁶⁰. En relación con este asunto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha declarado que el derecho a no declarar contra uno mismo no se ve implicado en estos supuestos, pues puede optar por no recibir tratamiento³⁶¹.

Los sujetos pueden optar entre dos posibilidades. La primera, inclinarse por no seguir ningún programa de tratamiento. Esta opción conlleva que el sujeto continúe internado en *civil commitment*, pero no va a perjudicarlo en tanto que los instrumentos de predicción del riesgo de reincidencia así como los criterios para determinar el padecimiento de una enfermedad mental no tienen en consideración el seguimiento o no de un programa de tratamiento. La segunda, consistente en optar por seguir un programa de tratamiento, puede acarrear dos consecuencias opuestas. En primer lugar, en el supuesto de descubrirse la comisión de anteriores delitos va a resultar en un refuerzo de los argumentos para considerar a ese determinado sujeto susceptible de cometer nuevos delitos en un futuro así como para acreditar el padecimiento de una deficiencia mental³⁶² y, además, la probabilidad de una condena por los hechos esclarecidos. No obstante, aun en el caso de que no se esclarecieran los hechos delictivos cometidos con anterioridad por el sujeto tratado, si el sujeto no finaliza con éxito el tratamiento, esto

³⁵⁸ Como por ejemplo puede ser el polígrafo.

³⁵⁹ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 49; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2114.

³⁶⁰ Regulado en la quinta enmienda de la Constitución norteamericana y, en España, en el art. 24 CE.

³⁶¹ Vid. *McKune v Lile*, 536 U.S. (2002). En este caso, el recurrente optó por no aceptar el tratamiento, pues en caso contrario debería manifestar todos los delitos sexuales que había cometido. La consecuencia no sólo fue no recibir tratamiento, sino que además se le limitaron ciertos derechos y fue transferido a una unidad de máxima seguridad.

³⁶² Vid. supra el razonamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de la relación de los antecedentes penales con el riesgo de reincidencia y el padecimiento de una deficiencia mental.

conllevará la necesidad de seguir internado en *civil commitment*³⁶³. En segundo lugar, si el individuo termina con éxito el programa de tratamiento, esto implicará una reducción de su riesgo de reincidencia y seguramente de su deficiencia mental, lo que influirá positivamente (aunque no implicará automáticamente) en su liberación.

En la práctica, escasos individuos que han cometido un delito de carácter sexual violento y son internados en *civil commitment* son tratados³⁶⁴. En este sentido, se estima que, por ejemplo, en California sólo el 20% de sujetos reciben tratamiento o en Wisconsin y Florida, el 25% y 30%, respectivamente³⁶⁵. Por ello diversos autores en la doctrina psiquiátrica especializada que consideran que los centros de *civil commitment* son, simplemente, centros penitenciarios especializados para delincuentes sexuales³⁶⁶.

Junto a la cuestión propiamente relativa al tratamiento, se presentan otros elementos que envuelven la eficacia del tratamiento. En primer lugar, la demora del inicio del tratamiento hasta el inicio del *civil commitment* conlleva, según los expertos, una reducción de la efectividad del propio tratamiento pues permite a los sujetos construir justificaciones o excusas de los delitos cometidos³⁶⁷. En segundo lugar, las avanzadas

³⁶³ Vid. MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., pp. 2116 y ss. El autor señala que el hecho de participar en un programa de tratamiento y no completarlo con éxito tiene mayores efectos perjudiciales que directamente no participar.

³⁶⁴ Incluso los abogados de los individuos afectados aconsejan a éstos a no participar en los programas de tratamiento. En este sentido, vid. MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2116.

³⁶⁵ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 56; MILLER, J. A., “Sex offender civil commitment: the treatment paradox”, op. cit., p. 2118; COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: What do we know?”, op. cit., p. 372. Exactamente, en el estado de Florida es el 17% en aquellos casos en que los sujetos están a la espera del proceso de *civil commitment* y el 46% en aquellos supuestos en que ya están internados. En este sentido, vid. PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 69.

³⁶⁶ Vid. PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 69, quien indica expresa las razones por las que los centros de internamiento se parecen a prisiones tanto por motivos físicos como de finalidad. Textualmente indica: “[...] most of the centers tend to look and feel like prisons, with clanking double rooms, guard stations, fluorescent lighting, cinder-block walls, overcrowded conditions and tall fences with razor wire around the perimeters. [...] the lack of clarity regarding mission is only apparent, that the real mission, as John La Fond (2008:169) asserts elsewhere, is “preventive detention masquerading as involuntary treatment”. En el mismo sentido, vid. FAERSTEIN, S. J., “Sexually dangerous predators and post-prison commitment laws”, op. cit., p. 904.

³⁶⁷ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 54. Vid, también, COHEN, M. /

edades de los sujetos internados implican una dificultad añadida. En 2007 más de 400 individuos eran mayores de 60 años e incluso había sujetos de edades más avanzadas³⁶⁸ por lo que los centros de *civil commitment* tienen que desempeñar funciones más próximas a geriátricos que a centros de internamiento para personas con enfermedades mentales que tienen un riesgo de cometer nuevos delitos³⁶⁹. La falta de incentivos para hacer que los sujetos participen en los programas de tratamiento, junto con los problemas derivados del retraso en el inicio del tratamiento, el gran número de sujetos de edad avanzada y las pocas posibilidades de ser liberados conlleva que, por un lado, la mayoría de ellos, tal y como se verá más adelante, pasarán sus vidas internados civilmente³⁷⁰ y, por otro, deban plantearse serias dudas de la finalidad real del *civil commitment*.

2.5. Eficiencia.

Finalizado el análisis jurídico de la normativa sería esencial poder determinar la incidencia de las leyes de *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos en la reducción de la reincidencia de este tipo de delincuencia así como su eficiencia o su eficacia.

Por un lado la aplicación de las leyes de SVPs *civil commitment* ha implicado unos costes económicos realmente importantes para las arcas públicas de los distintos estados

JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: What do we know?”, op. cit., p. 372, quienes se preguntan si la razón es el tratamiento porque no se ofrece éste durante la ejecución de la pena de prisión.

³⁶⁸ En Florida el individuo de mayor edad tenía, en 2007, 87 años y en Wisconsin, por ejemplo, 102 años. Vid., en este sentido, LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 56.

³⁶⁹ En este sentido, por ejemplo, los estudios indican que los índices de reincidencia de los individuos de edades avanzadas se reducen significativamente. Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 57.

³⁷⁰ Vid. infra, en el siguiente apartado, la relación de sujetos internados y liberados.

de Norteamérica³⁷¹. En 2006, cada sujeto internado en un centro de *civil commitment* tenía un coste de 94,000 dólares anuales de promedio frente a los 26,000 dólares anuales que costaba un sujeto en prisión. Incluso en determinados estados³⁷², el coste podía llegar a los 150,000 dólares anuales³⁷³ lo que resulta en un total de 454,7 millones de dólares anuales de gasto público para el internamiento de los delincuentes sexuales una vez finalizadas sus condenas³⁷⁴. Junto a los costes de internamiento, los estados se han gastado una importante suma en la construcción de centros especiales de *civil commitment* para delincuentes sexuales, en las evaluaciones de los sujetos realizadas por personal externo³⁷⁵, etc.³⁷⁶. En 2006, a modo de ejemplo, el estado de Washington destinó 388 millones de dólares en la construcción de un nuevo centro de internamiento con capacidad para 1,500 sujetos y el estado de Virginia 62 millones en un centro con capacidad para 60 sujetos³⁷⁷.

Por otro lado, el número de sujetos internados desde la implementación de las leyes de *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos ha crecido no sólo en términos generales – por lógica, pues cada vez más estados han implementado sus propias leyes – sino en cada uno de los estados. En 1998 había 523 sujetos sometidos a *civil*

³⁷¹ Vid. Washington State Institute for Public Policy, *Comparison of state laws authorizing involuntary commitment of sexually violent predators: 2006 update*, revised, 2007. Disponible en www.wsipp.wa.gov [última visita: 10/04/2013].

³⁷² En concreto, los estados de California – siendo el segundo estado en número de sujetos internados –, el de Pensilvania y Washington. Además, Minnesota y Virginia se gastaban más de 140,000 dólares anuales por sujeto.

³⁷³ Cfr. LIEB, R. / MATSON, S., *Sexual predators commitment laws in the United States: 1998 update*, en Washington State Institute for Public Policy, 1998, donde pueden comprobarse los costes de los programas de *civil commitment* en 1998 por estado, que resultan muy inferiores. Disponible en www.wsipp.wa.gov [última visita: 10/04/2013].

³⁷⁴ Tal como indica PETRILA en estados como California o Florida el gasto realizado en el sistema de justicia penal se ha doblado del 5 al 10%. Vid. PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 71.

³⁷⁵ Pueden encontrarse ejemplos en EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 60; LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 55.

³⁷⁶ Así, por ejemplo, los costes del procedimiento por el que se determina el internamiento de un sujeto en *civil commitment* o los costes de los programas de tránsito entre el internamiento y la libertad en centros de régimen abierto. En este sentido, vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 55; JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, op. cit., p. 36.

³⁷⁷ Vid. EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 58.

commitment en un total de 12 estados, de los cuales 119 en el estado de California, 107 en el estado de Wisconsin, 101 en el estado de Nueva Jersey, 41 en el estado de Washington y 5 en Arizona³⁷⁸. En 2006 había un total de 4,465 sujetos en 17 estados, de los cuales 558 en el estado de California, 500 en el estado de Wisconsin, 342 en Nueva Jersey, 305 en el estado de Washington, 414 en Arizona y 942 en Florida³⁷⁹. Del total de 4,465 sólo 394 fueron liberados sin que se les hubiera revocado su libertad, lo que supone menos del 9% del total de sujetos que han sido internados³⁸⁰. En 2010, si bien no se tienen datos detallados por estados, un informe realizado en Minnesota indica que la población total de sujetos sometidos a *civil commitment* era de 5,300³⁸¹.

En relación con el estado de Washington, un informe realizado en 2012³⁸² muestra que la población sujeta a *civil commitment* ha incrementado anualmente de forma considerable desde su vigencia hasta el 2009, cuando se estabilizó debido a una reducción de las admisiones y un incremento, en paralelo, de las liberaciones³⁸³ y se estima que a medio plazo, el número de admisiones, seguirá la misma línea³⁸⁴. No obstante, la edad media de los sujetos en *civil commitment* en el estado de Washington es de más de 50 años. Asimismo, más de un 10% del total de sujetos internados tiene más de 65 años y se prevé que el número de sujetos mayores de 60 aumentará. Aunque no se indica la duración media del internamiento en *civil commitment* la mayoría de los sujetos han estado o continúan estando internados entre 10 y 15 años, habiendo incluso sujetos internados desde la aprobación de la ley en 1990.

³⁷⁸ Vid. LIEB, R. / MATSON, S., *Sexual predators commitment laws in the United States: 1998 update*, en Washington State Institute for Public Policy, 1998.

³⁷⁹ El listado completo de sujetos sometidos a *civil commitment* puede encontrarse en Washington State Institute for Public Policy, *Comparison of state laws authorizing involuntary commitment of sexually violent predators: 2006 update*, revised, 2007. En realidad, en 2006, eran 18 estados los que regulaban leyes de *civil commitment* aunque entre ellos está el estado de Texas el cual ha sido omitido dado que no consiste en el internamiento.

³⁸⁰ Vid. Washington State Institute for Public Policy, *Comparison of state laws authorizing involuntary commitment of sexually violent predators: 2006 update*, revised, 2007.

³⁸¹ Vid. Office of the Legislative Auditor. State of Minnesota, Evaluation report. Civil commitment of sex offenders, marzo de 2011.

³⁸² Vid. MURRAY, C., *DSHS special commitment center: population forecast*, op. cit. *passim*.

³⁸³ Sobre todo como consecuencia de las liberaciones sin condiciones de aquellos sujetos de más avanzada edad.

³⁸⁴ No obstante, se estima que en el estado de Minnesota el número de sujetos en *civil commitment* se doblará de 575 en el año 2010 a 1,216 en 2022. Vid. Office of the Legislative Auditor. State of Minnesota, Evaluation report. Civil commitment of sex offenders, marzo de 2011.

Finalmente, respecto a la finalidad principal de esta medida, la reducción de la reincidencia³⁸⁵, no existe ningún estudio que avale que la imposición de medidas privativas de libertad conlleve una reducción de la reincidencia en delitos de carácter sexual³⁸⁶. En realidad, el problema es que no existen estudios que hayan evaluado la reincidencia de los sujetos internados en centros de *civil commitment*, lo que no debe extrañar, pues la aplicación retroactiva de este tipo de leyes y el reducido número de sujetos que son liberados hace que el estudio de reincidencia de este específico grupo de sujetos no pueda articularse. Con todo, si realmente las leyes de *civil commitment* pretenden rehabilitar a sujetos que padecen una enfermedad mental de la que deriva un riesgo de reincidencia, teniendo en cuenta que el número de sujetos que han sido liberados es realmente bajo – sobre todo hasta el inicio de la crisis económica –, no hay duda que esta institución no cumple con su objetivo y, por tanto, no es eficaz. Su ineficacia junto con el hecho de que para el internamiento de estos sujetos se requiere un elevado número de recursos económicos, hace del *civil commitment* ineficiente.

Una excepción a esta supuesta inoperatividad de las leyes de *civil commitment* podemos hallarla en el estado de Texas³⁸⁷. En éste, el coste anual de cada sujeto se sitúa en los 17,391 dólares³⁸⁸ y desde la entrada en vigor de la ley hasta el 2010 han sido sometidos a *civil commitment* 175 sujetos de los cuales 92 han sido liberados³⁸⁹. Además, al cumplirse la medida de *civil commitment* en régimen semi-abierto, ha permitido la realización de estudios de reincidencia. En este sentido, en el último informe realizado

³⁸⁵ Vid., entre otros, art. 71.09.010 Revised Washington Code; § 10.01 Mental Hygiene Code, Laws of New York; art. 394.910 Florida Statutes; Section 44-48-20 South Carolina Code of Laws.

³⁸⁶ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 54; EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 55-56.

³⁸⁷ Vid. supra que es el único estado que prevé un internamiento en un centro semi-abierto.

³⁸⁸ Vid. Washington State Institute for Public Policy, *Comparison of state laws authorizing involuntary commitment of sexually violent predators: 2006 update*, revised, 2007

³⁸⁹ Vid. Council on Sex Offender Treatment, Biennial Report Regarding the Council on Sex Offender Treatment, State of Texas, 2010. Disponible en <http://www.dshs.state.tx.us/csot/default.shtm> [última visita: 11/04/2013].

por el Consejo de tratamiento de delincuentes sexuales de Texas en 2010, ningún sujeto que había sido liberado había cometido un nuevo delito de carácter sexual³⁹⁰.

2.6. La aprobación de la ley federal.

Con la celebración del vigesimoquinto aniversario de la trágica violación que acabo con la muerte del menor Adam Walsh en Florida³⁹¹, en julio de 2006 se aprobó la *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*³⁹² (también llamada *Adam Walsh Act* o AWA). Se trata de una ley *omnibus* con la que se modificó ampliamente el panorama relativo a la delincuencia sexual³⁹³. Una de las leyes más importantes es la contenida en el título III, “*Civil commitment of dangerous sex offenders*”.

Con la aprobación del título III de la *Adam Walsh Act* se pretenden lograr dos objetivos. El primero, introducir la posibilidad que aquellos sujetos que hayan cometido un delito federal de carácter sexual, una vez cumplida la pena de prisión, sean internados en centros de *civil commitment*. El segundo, fomentar la aprobación de leyes de *civil commitment* para delincuentes sexuales entre aquellos estados que todavía no lo había hecho.

Por un lado, la AWA no hace más que copiar la normativa del resto de estados. Introduce una nueva sección en la que se posibilita el internamiento en un centro de *civil commitment* de un sujeto condenado por un delito de carácter sexual declarado imputable una vez cumplida la pena de prisión, siempre que se determine que aquel

³⁹⁰ Vid. Council on Sex Offender Treatment, Biennial Report Regarding the Council on Sex Offender Treatment, op. cit., p. 11.

³⁹¹ Vid. Sección 2 de la *Adam Walsh Act*.

³⁹² Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006, Pub. L. No. 109-248, 120 Stat. 587 (2006).

³⁹³ A parte de la aprobación del *civil commitment* para delincuentes sexuales, se aprueba la *Sex Offender Registration and Notification Act*, un incremento de las penas a determinados delitos en que la víctima es menor de edad, o, entre otras, el incremento de ayudas a asociaciones de víctimas menores

sujeto es un individuo sexualmente peligroso³⁹⁴. Para determinar la peligrosidad es necesario acreditar que esa persona, debido a sus problemas para controlar su conducta sexual violenta, padece una enfermedad grave o anomalía mental o un desorden de la personalidad³⁹⁵. Por consiguiente, todo aquel que haya cometido un delito de carácter sexual violento³⁹⁶ o de abuso sexual a menores³⁹⁷ que padezca una anomalía mental como resultado de la dificultad de controlar su conducta sexual³⁹⁸ debe ser internado en un centro de *civil commitment*.

Por otro lado, la *Adam Walsh Act*³⁹⁹ establece que se otorgaran subvenciones⁴⁰⁰ a aquellos estados que establezcan, mejoren o contemplen en su legislación un programa de *civil commitment* para delincuentes sexuales peligrosos. Para ello, los estados deberán, al menos, aprobar un programa de *civil commitment* en un período máximo de dos años desde la entrada en vigor de la ley.

2.7. Conclusiones.

Una vez analizados los requisitos que se exigen para privar de libertad a un sujeto una vez cumplida la pena de prisión como consecuencia de la comisión de un delito de carácter sexual, y analizada la eficacia de la medida en los Estados Unidos, es posible efectuar unas breves conclusiones en relación con esta medida.

³⁹⁴ 18 USC § 4247 (a)(D)(5).

³⁹⁵ 18 USC § 4247 (a)(D)(6): “sexually dangerous to others” with respect a person, means that the person suffers from a serious mental illness, abnormality, or disorder as a result of which he would have serious difficulty in refraining from sexually violent conduct or child molestation if released.

³⁹⁶ La definición del concepto se encuentra en el Federal Register (20 de noviembre de 2008), *Civil commitment of sexually dangerous person*, por el que se establece la definición de sujeto sexualmente peligrosos. Así, se considera conducta sexual violento: el uso de fuerza contra o la anulación de la voluntad de la víctima o directamente cuando la víctima, por la escasa edad, sea incapaz de declinar la participación o comunicar su no voluntad de participar en una conducta sexual. vid. en Federal Register (20 de noviembre de 2008).

³⁹⁷ Tal como se indica en el Federal Register (20 de noviembre de 2008) se considera abuso sexual cualquier delito de carácter sexual cometido contra un menor de 18 años.

³⁹⁸ En el mismo Federal Register se establece un catálogo abierto de indicios para determinar si un sujeto tendría dificultades de controlar su comportamiento en el caso de ser liberado.

³⁹⁹ Vid. Sección 302 de la ley.

⁴⁰⁰ La subvención puede llegar a los 10 millones de dólares anuales por estado.

En primer lugar, el *civil commitment* es una medida de naturaleza penal. En las sentencias *Kansas v Hendricks* y *Kansas v Crane*, el Tribunal Supremo estadounidense ha indicado que el *civil commitment* para delincuentes sexuales es una medida de naturaleza civil principalmente por dos motivos. El primero de estos, porque la medida no pretende castigar por el hecho cometido, sino que con ella se pretende neutralizar el peligro de reincidencia criminal que presentan determinados sujetos a través del tratamiento de éstos. El segundo, porque la privación de libertad se realiza en las mismas condiciones que el resto de internados civilmente que presentan un riesgo de cometer delitos debido al padecimiento de una enfermedad mental grave, y son liberados una vez ya no presenten un riesgo de cometer nuevos delitos o ya no padezcan la deficiencia mental que ha provocado tal situación. Sin embargo, contra el segundo argumento puede indicarse que en realidad el *civil commitment* implica una privación de libertad y se aplica sólo a sujetos que han cometido un delito tal y como sucede con las penas privativas de libertad. Además, a diferencia del resto de sujetos sometidos a *civil commitment* tradicional, no se precisa que el sujeto padezca una enfermedad mental grave, sino que únicamente es necesario que padezca un trastorno de la personalidad, el cual no implica una disminución de la capacidad volitiva⁴⁰¹ del sujeto, a diferencia de aquellos sujetos que realmente padecen una enfermedad mental grave que les priva del control de sus actos⁴⁰². Por si la diferencia no fuera suficientemente relevante, los delincuentes sexuales cumplen la medida en centros de *civil commitment* especialmente diseñados y contruidos para ellos⁴⁰³, separados del resto de sujetos sometidos a *civil commitment* tradicional. En contraposición al primer argumento – el tratamiento⁴⁰⁴ –, los datos demuestran que se dificulta el acceso al tratamiento derivado de las consecuencias de su participación o que directamente los sujetos no participan en los programas de tratamiento, lo que dificulta poder concluir que sea un objetivo principal.

⁴⁰¹ Aun implicando una disminución de la capacidad volitiva, en 1984, tal como se ha indicado supra, se derogó como causa de inimputabilidad la incapacidad volitiva.

⁴⁰² Por tanto, alegar que la prevención, tal como se indica en la sentencia de *Kansas v Hendricks*, no es un objetivo del *civil commitment* dado que no existe probabilidades de amenaza como consecuencia de la falta de control de los sujetos sobre su comportamiento es una falacia.

⁴⁰³ Vid. GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., p. 280.

⁴⁰⁴ Según tanto la sentencia *Kansas v Hendricks* como el voto particular de la misma consideran que es la clave para poder distinguir entre una medida de naturaleza civil y una penal.

Además, si el objetivo del internamiento es la necesidad de ofrecer un tratamiento para reducir la reincidencia, el *civil commitment* debería imponerse a todos aquellos sujetos con indiferencia de las relaciones previas con la víctima, y no sólo cuando no exista una relación agresor – víctima⁴⁰⁵. Si a ello se suma el hecho de que no se evalúa ni la peligrosidad ni el padecimiento de una enfermedad mental hasta finalizada la pena de prisión y el hecho de que la ejecución del *civil commitment* se demore, también, hasta la finalización de la pena de prisión existen más que indicios para pensar que el objetivo de la medida no es el tratamiento. En consecuencia, al no darse los motivos por los que el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que el *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos es una medida de naturaleza civil, debe concluirse que tienen una naturaleza penal y, por tanto, su imposición supone una vulneración de los principios básicos del sistema de justicia penal y de la constitución norteamericana⁴⁰⁶.

En segundo lugar, la finalidad de la implementación del *civil commitment* no es la reducción de la reincidencia. La reincidencia de la delincuencia sexual, a diferencia de lo que se indica en las exposiciones de motivos de muchas de las legislaciones estatales, es relativamente baja en comparación con otros tipos de delincuencia violenta⁴⁰⁷. Además, tampoco se ha demostrado que la implementación del *civil commitment* haya reducido los índices de reincidencia de aquellos sujetos sometidos a internamiento una vez finalizada la pena de prisión. Asimismo, en la propia ley del estado de Washington⁴⁰⁸, como en las de otros estados, se deja entrever que lo que se pretende es

⁴⁰⁵ En este sentido, vid. GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit. 279.

⁴⁰⁶ En este sentido, vid. GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., pp. 282-283.

⁴⁰⁷ Vid. infra el apartado relativo a las leyes de registro y notificación.

⁴⁰⁸ The legislature finds that a small but extremely dangerous group of sexually violent predators exist who do not have a mental disease or defect that renders them appropriate for the existing involuntary treatment act, chapter 71.05 RCW, which is intended to be a short-term civil commitment system that is primarily designed to provide short-term treatment to individuals with serious mental disorders and then return them to the community. In contrast to persons appropriate for civil commitment under chapter 71.05 RCW, sexually violent predators generally have personality disorders and/or mental abnormalities which are unamenable to existing mental illness treatment modalities and those conditions render them likely to engage in sexually violent behavior. The legislature further finds that sex offenders' likelihood of engaging in repeat acts of predatory sexual violence is high. The existing involuntary commitment act, chapter 71.05 RCW, is inadequate to address the risk to reoffend because during confinement these offenders do not have access to potential victims and therefore they will not engage in an overt act during confinement as required

la incapacitación de estos sujetos con la finalidad de proteger a la sociedad de los depredadores sexuales violentos⁴⁰⁹, y los datos sobre el número de sujetos internados y los que han sido liberados ayudan a respaldar tal postura. Con la imposición del *civil commitment* el estado que lo prevea puede incrementar de manera excesiva la duración de la privación de libertad de los sujetos que hayan cometido un delito de carácter sexual grave, más allá de lo que permitiría el sistema de justicia penal⁴¹⁰. La incongruencia es evidente: estos sujetos, una vez cumplida su pena privativa de libertad, lo que implica que se les ha considerado imputables hasta el momento, pasan a ser considerados inimputables como consecuencia de la comisión del delito que les ha conducido a la prisión a efectos de la imposición de la medida de *civil commitment*.

Por ello, y con incluso argumentos de mayor peso por los que se creyó necesario derogar las leyes de psicópatas sexuales, se debería derogar ahora el *civil commitment* para delincuentes sexuales⁴¹¹. Con su implementación no se ha solventado ningún problema. Principalmente porque no constituye la vía para resolver los problemas de la delincuencia de riesgo en general y en concreto la delincuencia sexual. En su lugar, se han introducido nuevos problemas relacionados con los altos costes económicos derivados de la implementación y el mantenimiento de los centros de *civil commitment* además de los costes sociales derivados de todos aquellos sujetos internados en centros de *civil commitment* con muy pocas posibilidades de ser libres algún día.

by the involuntary treatment act for continued confinement. The legislature further finds that the prognosis for curing sexually violent offenders is poor, the treatment needs of this population are very long term, and the treatment modalities for this population are very different than the traditional treatment modalities for people appropriate for commitment under the involuntary treatment act.

⁴⁰⁹ Vid., en este sentido, PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, op. cit., p. 71; LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 166; FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, op. cit., 2002, p. 261.

⁴¹⁰ O como lo llama LA FOND supone la utilización del sistema de salud mental una vez el sistema de justicia penal ya no puede continuar privando de libertad a los sujetos. Vid. ; LA FOND, J. Q., “The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*”, op. cit., p. 166.

⁴¹¹ En el mismo sentido, vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 60.

En su lugar, la doctrina norteamericana apuesta por distintas alternativas. Por un lado, una parte de la doctrina propone que se imponga la libertad vigilada⁴¹² a estos sujetos una vez finalizada la pena de prisión dado que ésta última puede ser impuesta a muchos más sujetos y por tanto podría prevenirse la comisión de muchos más delitos. Además, al estar los sujetos en libertad, el control y tratamiento que puede ofrecerse a éstos será más adecuado⁴¹³.

Por otro lado, otra parte de la doctrina propone incrementar la duración de las penas de prisión y crear una verdadera libertad condicional⁴¹⁴. A modo de ejemplo, el estado de Connecticut rechazó la posibilidad de implementar el *civil commitment* para delincuentes sexuales principalmente por tres razones⁴¹⁵. La primera, porque consideró que la utilización del *civil commitment* para incapacitar a sujetos podría incidir negativamente en la distinción entre el sistema de justicia penal y el sistema de salud mental. La segunda, porque para poder internar a estos sujetos sería necesario crear nuevos tribunales, contratar expertos en salud mental, crear nuevos procedimientos y centros especiales de cumplimiento sólo para estos casos y, la tercera, porque la implementación del *civil commitment* para delincuentes sexuales tiene unos costes económicos muy elevados. En su lugar, se propuso, entre otras medidas, incrementar las penas de prisión, ofrecer tratamientos a los penados, ampliar la utilización de la libertad vigilada intensiva o destinar recursos en la prevención de estos delitos.

⁴¹² En realidad, el *civil commitment* del estado de Texas vendría a ser una mezcla entre el *civil commitment* tal y como es comprendido en el resto de estados y la libertad vigilada.

⁴¹³ Vid. LA FOND, J. Q., “Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes”, op. cit., p. 61.

⁴¹⁴ Vid., por todos, GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, op. cit., pp. 286.

⁴¹⁵ Vid. NORMAN-EADY, S., “Report of the committee to study sexually violent persons”, 2007. Disponible en <http://www.cga.ct.gov/> [última visita: 17/04/2013].

II. Medidas no privativas de libertad.

1. La supervisión.

1.1. La regulación federal.

1.1.1. Antecedentes.

La *supervised release*⁴¹⁶ se introdujo en el sistema jurídico federal norteamericano con la aprobación de la *Sentencing Reform Act de 1984*⁴¹⁷ (SRA 1984). Con anterioridad, el sistema jurídico penal de los Estados Unidos se caracterizaba por la discrecionalidad de los órganos judiciales en el momento de imponer una condena. Los tribunales federales, de acuerdo con los marcos penales en abstracto fijados en la ley para el delito en cuestión, decidían las circunstancias agravantes o atenuantes a aplicar, los objetivos a alcanzar con la imposición de la pena y la forma en que se transformaba todo ello en la específica condena que se imponía⁴¹⁸. A ello, debía añadirse la absoluta discrecionalidad en la ejecución de las penas de prisión gracias al sistema de libertad condicional, a través del cual, en la práctica, sólo una parte de la pena de prisión era efectivamente ejecutada y la restante era sustituida por la liberación del reo en pos de su rehabilitación⁴¹⁹. El sistema de condena basado en la rehabilitación y en las penas indeterminadas había generado tal estado de incertidumbre y de disparidad de condenas, así como un número considerable de críticas por parte de un sector de la doctrina, que derivó en la necesidad de establecer una mayor seguridad jurídica en el sistema y consecuentemente un aumento de la racionalidad⁴²⁰, a lo que el sistema de libertad condicional federal no ayudaba.

⁴¹⁶ Voy a referirme a las distintas sanciones no privativas de libertad que se analizan en este apartado en su lengua original con la única finalidad de evitar confusiones dado la variedad de formas de nombrar las penas no privativas de libertad de ejecución posterior a la pena de prisión entre las legislaciones federal y estatales.

⁴¹⁷ Constituye el capítulo II de la *Comprehensive Crime Control Act of 1984*, P.L. 98-463, 98 Stat. 1987.

⁴¹⁸ Vid. Informe de United States Sentencing Commission: Downward departures from the federal sentencing guidelines, appendix B, p. 1. Disponible en http://www.ussc.gov/Legislative_and_Public_Affairs/Congressional_Testimony_and_Reports/Departures/200310_RtC_Downward_Departures/index.htm.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ Vid. Informe de United States Sentencing Commission: Downward departures from the federal sentencing guidelines, appendix B, p. 3; PERTERSILIA, J., “Parole and prisoner reentry in the United

Con el sistema de libertad condicional vigente hasta la entrada en vigor de la *Sentencing Reform Act de 1984*, la comisión encargada de los sujetos que estaban en régimen de libertad condicional (*Parole commission's*) tenía una amplia discrecionalidad para otorgar, si lo consideraba oportuno, la libertad condicional del reo en cuestión. Con base en este sistema, la comisión podía acordar la puesta en libertad del reo una vez cumplida una tercera parte de la pena de prisión e, incluso, si así lo acordaba el juez, se podía gozar de la misma con anterioridad a esta fecha siempre y cuando la pena de prisión fuere de duración superior a un año. Incluso, de acuerdo con el sistema federal, aquellos sujetos condenados a cadena perpetua podían obtener la libertad condicional una vez cumplidos diez años de prisión, excepto en aquellos casos en que el juez no lo estimara adecuado⁴²¹.

Entre otras modificaciones⁴²², para terminar con la arbitrariedad judicial y con la disparidad e irracionalidad de condenas, se eliminó el sistema de libertad condicional⁴²³ y en su lugar se reguló la actual *supervised release*⁴²⁴. De este modo se eliminó la posibilidad de finalizar anticipadamente y de forma discrecional la pena de prisión⁴²⁵

States”, en *Crime and Justice*, vol. 26, Prisons, 1999, p. 493; BELLOT, J., “To Humiliate or not to humiliate: does the sentencing reform act permit public shaming as a condition of supervised release?”, en *University of Memphis Law Review*, vol. 38, 2008, pp. 926-927.

⁴²¹ Vid. BRENNAN, “Project: nineteenth annual review of criminal procedure: United States Supreme Court and courts of appeals 1988-1989”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 78, 1990, pp. 1332 y 1333.

⁴²² La más significativa es la introducción de las *sentencing guidelines* en la que se establece, entre otras muchas cuestiones, una tabla de condena.

⁴²³ Vid. ADAMS / ROTH, “Federal Offenders under Community Supervision, 1987-1996”, en *Bureau of Justice Statistics: special report*, Ed. U.S. Department of Justice, 1998, pág. 3. En el mismo sentido, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, The United States Sentencing commission, July 2010, pág. 1. Disponible en www.ussc.gov; BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, en *Albany Law Review*, vol. 60, 1996-1997, p. 269; DOYLE, C., “Supervised release: a brief sketch of federal law”, en WILLIAMS, O. (editor), *Federal crimes sentencing, supervised release and restitution*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2011, p. 70.

⁴²⁴ Si bien es cierto que su introducción supuso la creación de una nueva institución, con anterioridad a la aprobación de la SRA 1984 existía la *special parole* que, al igual que la *supervised release*, suponía la supervisión del condenado una vez terminada la pena de prisión y era aplicable solamente a aquellos sujetos condenados por un delito de tráfico de drogas. Vid, Capítulo séptimo de la *Sentencing guidelines manual* de 2011. En el mismo sentido, SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 1 y 2 en nota a pie de página núm. 5.

⁴²⁵ Aunque sí existe la redención de condena por buen comportamiento con 54 días por año en prisión contemplado en el 18 USC § 3624 (e).

por lo que se erradicó la disparidad en la ejecución de dichas penas, sin que ello supusiera la eliminación de una fase intermedia entre la pena de prisión y la definitiva liberación del condenado.

1.1.2. Concepto y finalidad.

El § 3583 del Título 18 del *United States Code* (USC) regula la *supervised release* como una sanción no privativa de libertad, dirigida al control de los penados a través de la imposición de un conjunto de obligaciones y prohibiciones, susceptible de aplicación a aquellos sujetos condenados por un delito una vez hayan cumplido una pena privativa de libertad.

A diferencia de la libertad condicional⁴²⁶, la *supervised release* no supone la sustitución de una parte de la pena de prisión por la supervisión en régimen de semi-libertad del penado. Mientras que en la primera el penado una vez cumplida una parte de la condena es liberado y consecuentemente cumple con el resto de la pena en régimen de semi-libertad, en la segunda sólo una vez se ha cumplido la totalidad⁴²⁷ de la pena de prisión impuesta es liberado bajo la supervisión de los oficiales de *probation* con las condiciones establecidas.

La *supervised release* está principalmente dirigida a asistir a los penados durante la transición del encarcelamiento a la libertad definitiva⁴²⁸. No obstante, como pena que es, está sujeta a las finalidades generales de las penas reguladas en el 18 USC § 3553 (a)

⁴²⁶ La *parole* (libertad condicional) fue sustituida en el Derecho penal federal norteamericano por la creación de la institución de la *supervised release* a través de la *Sentencing Reform Act de 1984*.

⁴²⁷ Vid. el 18 USC § 3624 (b) donde se regula la institución del *good time credit* que es aplicable en todas aquellas penas de prisión superiores a un año de privación de libertad, y que supone la reducción de la misma en un máximo de 54 días por año de privación a partir del segundo año de prisión. Esta reducción está sujeta al comportamiento del reo durante el cumplimiento de la pena.

⁴²⁸ Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 2. En el mismo sentido, vid. NOSEWICZ, T., “Watching Ghosts: Supervised Release of Deportable Defendants”, en *Berkley Journal of Criminal Law*, vol. 14:105, 2009, p. 109: “The Supreme Court has privileged one of these several statements of supervised release’s goals above all others: integrating offenders back into society. In *United States v. Johnson*, the Court outlined supervised release’s goals and emphasized that ‘Congress intended supervised release to assist individuals in their transition to community life’”.

y, en concreto, a las establecidas en el subapartado (2), donde se indica cuáles son las finalidades que deben perseguirse con la imposición y la duración de una condena. Éstas son: proporcionalidad entre el delito cometido y el castigo, proporcionar una adecuada disuasión a la comisión de futuros delitos, proteger a la sociedad de futuros delitos y proveer al penado de un tratamiento adecuado a sus necesidades educacionales, profesionales, sanitarias o de cualquier otra índole, de la forma más efectiva.

1.1.3. Imposición y duración.

La imposición⁴²⁹ de la *supervised release* está sujeta a dos regímenes complementarios. Por un lado, el régimen establecido en el US Code y, por otro, el régimen previsto en las *United States Sentencing Guidelines* (USSG) o también denominadas *Federal sentencing guidelines*⁴³⁰. En el primero, el 18 USC § 3583 (a) establece que el condenado, una vez cumplida la pena de prisión, será liberado bajo la *supervised release* de forma obligatoria cuando así específicamente se prevea por un precepto del USC⁴³¹ o, cuando el sujeto haya sido condenado como autor primario de un delito de violencia doméstica. Su imposición será discrecional en el resto de supuestos en que el condenado lo sea por un delito (clase A, B, C, D o E) o falta⁴³² de clase A⁴³³ y le haya sido impuesta una pena

⁴²⁹ Vid. BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, op. cit., pp. 271-273.

⁴³⁰ Vendrían a ser un conjunto de reglas que tienen la finalidad de ayudar a los agentes implicados en la aplicación del derecho penal a determinar la pena a imponer. No obstante, la fuerza vinculante de las *Federal Sentencing Guidelines* no siempre se ha mantenido estable. En un principio las *sentencing guidelines* eran de observación preceptiva aunque el Tribunal Supremo en el caso US v. Booker, 543 US 220 (2005) determinó que siendo obligatorias, violaban la sexta enmienda y por tanto sólo podían considerarse como pautas consultivas. En el mismo sentido, vid. HINOJOSA, R. et al., “Final Report on the Impact of U.S. v. Booker on Federal Sentencing”, United States Sentencing Commission, March 2006, pág. 14, disponible electrónicamente en: http://www.usc.gov/Legislative_and_Public_Affairs/Congressional_Testimony_and_Reports/Submissions/200603_Booker/Booker_Report.pdf

⁴³¹ Así, el USC establece la imposición obligatoria con una duración específica – generalmente muy superior – de la *supervised release* en delitos de tráfico de drogas (21 USC § 841 y ss.), en delitos de terrorismo o, entre otros, en aquellos delitos establecidos en el 18 USC § 3583 (k) en que se vea involucrada una víctima menor de edad. El total de delitos por los que es obligatoria la imposición de la *supervised release* supone menos de la mitad de los que se prevén en el USC. Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 3.

⁴³² El nombre en derecho norteamericano es *misdemeanor* que vienen a ser las actuales faltas recogidas en el Código Penal español o los delitos leves según el Proyecto de reforma de CP 2013.

de prisión. En el segundo, el §5D1.1 de las USSG 2013⁴³⁴ prevé dos sistemas de imposición. Conforme al primero de ellos, la imposición de la *supervised release* posterior a la pena de prisión es obligatoria cuando así lo establezca el USC o, cuando la pena de prisión efectivamente impuesta sea superior a un año aunque no sea requerida su imposición por el USC, si tenidos en cuenta los criterios recogidos en el 18 USC § 3553 (a)(1), (a)(2)(B), (a)(2)(B), (a)(2)(C), (a)(2)(D), (a)(4), (a)(5), a(6), (a)(7)⁴³⁵ el tribunal considera que es necesaria la imposición de la *supervised release* o, dada la condición de no ciudadano norteamericano del sujeto condenado, sea posible su expulsión del territorio americano. Conforme al segundo sistema, la imposición de la *supervised release* será opcional cuando se haya cometido un delito o falta de clase A y conlleve una pena de prisión no superior a un año de prisión.

En la teoría, los supuestos en que el USC establece que la imposición de la *supervised release* tiene carácter obligatorio son menos de la mitad del total de sujetos condenados por delitos federales⁴³⁶. A pesar de ello, durante el periodo de 2005 – 2009, los tribunales han impuesto junto a una pena de prisión el cumplimiento de la *supervised release* en un 99,1%⁴³⁷ de los casos en que la ley no obliga a ello⁴³⁸.

⁴³³ Los delitos son clasificados según la gravedad de su pena. En los delitos concretos la duración de la pena de prisión puede estar contemplada numeralmente o por su clase. Cuando están clasificados por su clase, la clasificación es la siguiente: los delitos de clase A son aquellos en que la pena máxima a imponer es la cadena perpetua o una duración superior a 25 años; los de clase B son aquellos que tienen una pena de prisión igual o inferior a 25 años; los de clase C aquellos con una pena de prisión igual o inferior a 12 años; los de clase D igual o inferior a 6 años; los de clase E igual o inferior a 3 años y las faltas de clase A igual o inferior a 1 año (vid. 18 USC § 3581). No obstante, en aquellos concretos delitos en que la duración de la pena de prisión se determina a través de cifras concretas (v. g. de 10 a 14 años) para determinar su clase es necesario acudir al § 3559 (a) del mismo título del US Code, pues la duración varía.

⁴³⁴ Disponible en <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2013-ussc-guidelines-manual>

⁴³⁵ Estos son: la naturaleza de las circunstancias del delito y los antecedentes penales y características personales del condenado, proporcionar una adecuada disuasión a cometer delitos, proteger a la sociedad de futuros delitos, proveer al penado las necesidades educacionales, profesionales o sanitarias, o cualquier otro tratamiento de la forma más efectiva, asegurar la restitución de los daños ocasionados a la víctima del delito, evitar sentencias contradictorias en supuestos similares, los antecedentes penales del autor y la adicción a sustancias ilegales.

⁴³⁶ Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 3.

⁴³⁷ El Comité de Derecho Penal de la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, en la recomendación de 24 de febrero de 2011, establece que es necesario revisar el *Sentencing guidelines manual* para limitar la *supervised release* de aquellos delincuentes que realmente requieran de una supervisión en atención al riesgo concreto de cada condenado.

⁴³⁸ Gran parte del 0,9% restante son individuos no norteamericanos que fueron deportados. Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 4.

Del total de condenados a una medida de control de ejecución posterior a la pena de prisión⁴³⁹ durante el año judicial 2011, un 47% fueron condenados por un delito contra la salud pública, un 22% por un delito contra la propiedad, un 12% por un delito de tenencia de armas y un 3,7% por delitos contra la libertad e indemnidad sexual⁴⁴⁰.

La duración⁴⁴¹ máxima con carácter general de la *supervised release* está prevista en el § 3583 (b) del título 18 del USC⁴⁴². Así, si se comete un delito de clase A o B, la duración máxima de la supervisión posterior a la pena de prisión será de cinco años, si el delito es de clase C o D de tres años y si es de clase E o una falta de clase A, de un año⁴⁴³. Por su parte, el USSG §5D1.2 establece la duración mínima de la *supervised release* en relación con la clasificación anterior, siendo de tres años, dos años y un año respectivamente. El propio § 3583 (b) establece la posibilidad de imponer una duración distinta siempre que así se prevea expresamente. En este sentido, se prevé una excepción a la regla general en el supuesto de delitos de terrorismo internacional en que se crea un grave riesgo para la vida o para las personas, y por delitos contra la libertad sexual⁴⁴⁴, en que no existe límite en la duración de la imposición de la *supervised release*, o, entre otras, el 21 USC § 841 (b) que establece una duración mínima distinta a la general para aquellos sujetos condenados a determinados delitos de tráfico de drogas. Así, el §5D1.2 (b) USSG también contiene una recomendación en el sentido de imponer

⁴³⁹ Las medidas de control post-penitenciario son: la *supervised release*, la *probation* y la *parole*. La *supervised release* supone el 81% (77% en el año 2007) de los sujetos sometidos a control seguida de la *probation* con el 17% (21% en el 2007) del total de sujetos penados a alguna de las medidas.

⁴⁴⁰ Vid. Judicial Business of the United States Courts de 2011 disponible electrónicamente en <http://www.uscourts.gov/Statistics.aspx>

⁴⁴¹ Una explicación detallada puede encontrarse en BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, op. cit., pp. 273-276.

⁴⁴² Excepcionalmente, y cuando así lo disponga algún precepto del USC, la duración de la *supervised release* será la que para aquel concreto delito se prevea. Por ejemplo, en delitos de tráfico de drogas, o en delitos que intervengan menores se prevén incrementos de la duración de la *supervised release*.

⁴⁴³ En el periodo de 2005 – 2009 para los delitos de clase A y B se ha impuesta la duración máxima en el 62,5% de los casos, para los delitos de clase C y D se ha impuesto el máximo de tres años en el 80% de los casos y en los delitos de clase E y en los delitos menores de clase A se ha impuesto el máximo legal en el 69,6% de los asuntos. Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 57.

⁴⁴⁴ Vid. 18 USC § 3583 (k).

la supervisión de manera indefinida a los condenados por delitos sexuales cuando se vea envuelto un menor de edad⁴⁴⁵.

La duración media de la *supervised release* se sitúa en los 41 meses y la clasificación la lideran los sujetos que fueron condenados a delitos de pornografía o prostitución con una duración media de 83 meses⁴⁴⁶. Teniendo en cuenta la clasificación de los condenados según su *Criminal History Category* (CHC)⁴⁴⁷ – lo que vendría a ser una clasificación según los antecedentes penales –, la duración varía de los 41 meses para los clasificados en el CHC I a los 48 meses en aquellos clasificados en el CHC VI⁴⁴⁸.

1.1.4. El Contenido

La *supervised release* está formada por un conjunto de condiciones que pueden imponerse al individuo sujeto a supervisión de forma acumulativa. Para determinar las condiciones susceptibles de imposición, tal y como sucede en el momento de determinar la imposición y, en su caso, la duración de la *supervised release*, es necesario tomar en consideración tanto las normas contenidas en el USC como las pautas de las *Federal Sentencing Guidelines*. Esto pasa por tener en cuenta las condiciones obligatorias, aquellas discrecionales contenidas en el USC y aquellas condiciones que las USSG establece como de imposición recomendada a todos o a determinados sujetos junto con los factores a tener en cuenta establecidos en el § 3583 (c) en relación con el § 3553 (a) anteriormente mencionados.

⁴⁴⁵ Los tribunales sólo aplican la *lifetime supervised release* en el 25% de los casos en que las USSG recomiendan su imposición para los condenados por delitos contra la libertad sexual. Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 8. Del total de condenados a “supervised release” solo el 1,1% lo están de forma perpetua, aunque en cuatro años la cifra ha aumentado en 120 durante el año 2005 a 743 en el año 2009, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 59.

⁴⁴⁶ Ello sin tener en cuenta todos aquellos sujetos que han sido condenados a una *supervised release* de carácter perpetuo, lo que sucede en la gran mayoría de casos por la comisión de delitos de carácter sexual, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 58.

⁴⁴⁷ En atención a los antecedentes penales que presenta cada sujeto concreto, el capítulo cuarto y quinto de las *United States Sentencing Guidelines* del 2011 establece seis categorías en función de la gravedad de los antecedentes penales, llamadas *Criminal History Category* I a VI.

⁴⁴⁸ vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 58.

De acuerdo con el 18 USC § 3583 (d) las condiciones pueden clasificarse en:

- a) Obligatorias⁴⁴⁹:
 - i. Prohibición de cometer delito alguno durante el periodo sometido a supervisión.
 - ii. Prohibición de poseer sustancias ilegales.
 - iii. En el caso de ser condenado por un delito de violencia doméstica como delincuente primario: obligación a participar, si así lo aprueba el Tribunal, en un programa de rehabilitación.
 - iv. En el caso de ser condenado por un delito sexual y un el estado en que se haya cometido sea de aplicación *la Sex Offender Registration and Notification Act* (SORNA) se deberán cumplir con las obligaciones específicas contenidas en la ley⁴⁵⁰.
 - v. En aquellos casos en que esté autorizada la toma de muestras de ADN por la *DNA Analysis Backlog Elimination Act de 2000*⁴⁵¹ el condenado deberá someterse a la recolección de muestras de su ADN.
 - vi. Prohibición de consumir sustancias ilegales y obligación de someterse a una prueba de consumo de dichas sustancias dentro de los 15 días siguientes a su liberación y, como mínimo, a dos pruebas durante el transcurso de la *supervised release*. Dicha prohibición podrá suspenderse si existe un bajo riesgo de futuros abusos de sustancias por parte del acusado⁴⁵².
- b) Discrecionales: el Tribunal puede imponer otras condiciones⁴⁵³ siempre que la imposición de éstas sea acorde con las finalidades de las penas y no supongan

⁴⁴⁹ A las que pueden añadirse otras condiciones a través de normas locales (local rules). En este sentido, vid. BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, op. cit., p. 277, cita la prohibición de poseer armas de fuego u otras igualmente peligrosas como condición para la *supervised release* en el distrito sud de Nueva York.

⁴⁵⁰ Vid. *infra* apartado siguiente del presente capítulo relativo a las leyes de registro y notificación.

⁴⁵¹ La muestra de ADN está autorizada cuando se comete un delito (felony) o un ilícito penal calificado de abuso sexual o con violencia. Vid. 42 USC §14135(a) y en concreto el subepigrafe (d).

⁴⁵² Vid. 18 USC § 3563 (a) (5).

⁴⁵³ Son aquellas previstas para la *probation* (18 USC § 3563 (b) excepto la § 3563 (b) (10)) y cualquier otra que el Tribunal considere apropiada. Un ejemplo de estas es la prohibición de posesión de pornografía cuya constitucionalidad ha sido discutida tanto por los Tribunales de apelación como por la doctrina estadounidense. En este sentido, vid. SMITH, “Vagueness and the

una privación de libertad superior a la razonablemente necesaria para la consecución de alguno de los siguientes objetivos:

- i. Retributivo.
- ii. De prevención especial⁴⁵⁴.
- iii. De prevención general⁴⁵⁵.
- iv. Rehabilitador⁴⁵⁶.

El § 5D1.3 de la *United States Sentencing Guidelines* (USSG) 2013 establece, igual que el § 3583 (d) USC, que deberán imponerse todas aquellas condiciones de imposición obligatoria por ley⁴⁵⁷ y todas aquellas que se consideren necesarias por parte de los tribunales, previa consideración de los objetivos que se pretenden conseguir con el control del penado. A su vez, recomienda a los Tribunales la imposición de, entre otras, algunas de las condiciones establecidas por el USC con carácter discrecional. Las distintas prohibiciones y obligaciones recomendadas en la USSG⁴⁵⁸ son clasificadas en tres grupos: las estándares, las especiales y las adicionales.

prohibition of pornography as a condition of supervised release”, en *St. John’s Law Review*, vol. 84, 2010, realiza una explicación de las posiciones jurisprudenciales sobre la constitucionalidad de su imposición (en relación con la necesaria concreción y comprensibilidad de las condiciones de la *supervised release*) y se propone un concepto de pornografía que prevenga la arbitrariedad de su prohibición y, a la vez, sirva los objetivos de la supervisión donde la clave está en la finalidad del material (si tiene o no un fin de excitación sexual) para determinar que es y que no es material pornográfico. En la misma línea, se ha discutido la implementación de implantes subcutáneos que sean capaces de determinar su posición a través de sistemas de identificación por radiofrecuencia para delincuentes sexuales, vid. ROSENBERG, I., “Involuntary endogenous RFID compliance monitoring as a condition of federal supervised release – chips ahoy?”, en *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 10, 2007/2008.

⁴⁵⁴ Ejemplos en que los tribunales han considerado que una determinada condición es adecuada dado que persigue un objetivo de prevención especial, vid. BELLOT, J., “To Humiliate or not to humiliate: does the sentencing reform act permit public shaming as a condition of supervised release?”, op. cit., p. 933.

⁴⁵⁵ Ejemplos de condiciones que persiguen un objetivo de prevención general, vid. BELLOT, J., “To Humiliate or not to humiliate: does the sentencing reform act permit public shaming as a condition of supervised release?”, op. cit., p. 933.

⁴⁵⁶ Ejemplos de condiciones que persiguen un objetivo rehabilitador, vid. BELLOT, J., “To Humiliate or not to humiliate: does the sentencing reform act permit public shaming as a condition of supervised release?”, op. cit., p. 932.

⁴⁵⁷ A este respecto, la USSG añade la obligación de pagar, en su caso y si previamente no ha sido satisfecha, la pena de multa con los plazos de pago acordados (vid. USC 18 § 3624 (e)) así como la obligación de restituir, si es el caso, los daños producidos a la víctima/s del delito de acuerdo con el §5E1.1 USSG.

⁴⁵⁸ No obstante, las condiciones contenidas en la USSG son sólo recomendaciones, en el formulario de condena de la pena de *supervised release*, 14 de las 15 condiciones detalladas como condiciones

Las condiciones que se establecen en la *United States Sentencing Guidelines* como de imposición recomendada son básicamente de carácter reparatorio y están pensadas para aquellos casos en que no se haya satisfecho la pena de multa o la obligación de restituir los daños producidos. Las condiciones estándares⁴⁵⁹ están formadas por la ampliación del contenido de las obligaciones de imposición obligatoria establecidas en la ley para la *supervised release* combinadas con las de la *probation*. Entre éstas destacan: 1) prohibición de ausentarse del distrito judicial en que ha estado condenado sin el permiso del Tribunal o del oficial de *probation*, 2) obligación de responder de forma veraz a las preguntas que le realice el agente de *probation* así como seguir sus instrucciones. 3) obligación de tener un trabajo estable excepto que el agente de *probation* le exima de tal obligación por razones aceptables (estudios, prácticas, etc.), 4) obligación de notificar cualquier cambio de residencia o de trabajo con una antelación mínima de diez días, 5) permitir que el agente de *probation* visite al sujeto a supervisión en cualquier momento, ya sea en su casa o en cualquier otro lugar, 6) prohibición de frecuentar lugares donde se vendan o se consuman sustancias ilegales, o 7) si así lo indica el agente de supervisión, la obligación de notificar a terceras personas los riesgos que puede ocasionar su puesta en libertad debido a los antecedentes penales y permitir el control de tal circunstancia por parte del agente de supervisión.

Se recomienda la imposición de las llamadas condiciones especiales cuando se den unas determinadas circunstancias ya sea en el delito cometido, ya sea en el autor del delito. El § 5D1.3 (d) USSG establece los siguientes supuestos junto con sus respectivas consecuencias:

1. En aquellos casos en que se haya hecho uso de armas de fuego u otros instrumentos peligrosos para la comisión del delito, lo que ha motivado la imposición de la *supervised release* o en la comisión de otros delitos anteriormente: se prohíbe la tenencia de dichas armas o instrumentos.
2. Cuando se impone un plan de pago de la restitución o una multa: se prohíbe contraer nuevos créditos o abrir líneas de crédito sin la aprobación del agente de

estándares por las USSG se establecen como obligatorias. Vid. Form AO-245B (judgement in a criminal case) disponible en <http://www.uscourts.gov/uscourts/FormsAndFees/Forms/AO245B.pdf>

⁴⁵⁹ USSG § 5D1.3 (c).

probation excepto si en el plan de pago se establece que puede hacerse y en este caso, se añade la obligación de proveer acceso a la información financiera por parte del agente de supervisión.

3. Si el tribunal tiene motivos para creer que el acusado es adicto a sustancias ilegales: obligación de participar en un programa de desintoxicación y la obligación de realizar las pruebas necesarias para su control.
4. Si el tribunal motivadamente considera que el penado precisa de tratamiento psicológico o psiquiátrico: obligación de participar en un programa de salud mental.
5. Si de acuerdo con *la Immigration and Nationality Act* (238 (c) (5)) o, aun no siendo de aplicación la misma, el Fiscal demuestra que el condenado es susceptible de deportación, el tribunal la ordenará.
6. En aquellos supuestos en que se cometa un delito contra la libertad sexual en el que se vea involucrada una víctima menor de edad:
 - a. Obligación de participar en un programa de tratamiento.
 - b. Restricciones en el uso de ordenadores y de Internet cuando se haya hecho uso de éstos para cometer el delito.
 - c. Consentir que el agente de probation registre al condenado, sus propiedades, comunicaciones electrónicas, etc. sin orden judicial y en cualquier momento cuando el agente tenga una sospecha razonable de la violación de las condiciones de la supervisión, de que el sujeto haya cometido una conducta ilícita, o por el simple ejercicio de sus funciones.

Finalmente las condiciones adicionales – que tienen en gran parte una finalidad asegurativa – sólo pueden imponerse en relación con las circunstancias concretas de cada caso. Las condiciones adicionales están recogidas en el § 5D1.3.(e) USSG y son:

1. Reclusión en un centro especial: supone la reclusión del condenado en un centro de tratamiento, de reinserción, de salud mental, de deshabituación de alcohol o drogas o internamiento en un centro de tratamiento junto con la realización de

- un trabajo remunerado, servicios comunitarios, tratamiento, programas educativos, etc⁴⁶⁰.
2. Arresto domiciliario supone la reclusión en el domicilio del condenado. Éste puede ausentarse si está autorizado para acudir al trabajo, realizar servicios comunitarios, acudir a centros religiosos, al médico o por motivos educativos. El control de la reclusión generalmente se realizará a través de control telemático (§ 5F1.2 USSG).
 3. Trabajos en beneficio de la comunidad: supone la realización de trabajos en beneficio de la comunidad por un periodo no superior a 400 horas (§ F5.1.3 USSG).
 4. Inhabilitación profesional: en aquellos casos en que exista una relación directa entre el delito cometido y el oficio del condenado, y siempre que la restricción sea razonable para proteger a la sociedad, el tribunal puede prohibir al condenado la realización de determinadas profesiones (§ 5F1.5 USSG)⁴⁶¹.
 5. “Toque de queda”: el tribunal puede obligar, a través de sistemas de control telemático, al acusado a permanecer en su domicilio durante unas determinadas horas nocturnas en aquellos supuestos en que el acusado haya cometido un delito durante la noche siempre que se considere necesario para proteger a la comunidad.
 6. Tercer grado penitenciario: en aquellos casos en que el acusado vulnere alguna de las condiciones impuestas con la *supervised release*, el tribunal, con la finalidad de auxiliar el cumplimiento satisfactorio del resto de condiciones, en el ámbito de sus potestades, puede añadir dicha carga al conjunto de condiciones impuestas. Si ello es así, el condenado restará recluso en prisión durante las noches, fines de semana o durante otros intervalos de tiempo específicamente indicados por el tribunal⁴⁶².

⁴⁶⁰ Generalmente la duración de la reclusión en un centro será de seis meses excepto que su duración no sea suficiente para completar un concreto objetivo. Vid. § 5F1.1 USSG.

⁴⁶¹ Vid. BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, op. cit., pp. 279-280 y la nota a pie de página 73.

⁴⁶² La duración del *intermittent confinement* no podrá ser superior a un año (§ 5F1.8 USSG).

La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses ha perfilado los requisitos en que pueden imponerse ciertas condiciones que son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales contenidos en el *Bill of rights*. En relación con la obligación de autorizar por parte del condenado la toma de muestra de ADN, los tribunales de los circuitos de apelación⁴⁶³ han resuelto que supone una mínima injerencia a la cuarta enmienda⁴⁶⁴ dado que los individuos sometidos a *supervised release* tienen pocas expectativas de gozar plenamente del derecho a la privacidad y, además, el hecho de tener una muestra de ADN del condenado tiene un gran interés público dado que puede prevenir la comisión de nuevos delitos y puede servir para esclarecer otros⁴⁶⁵. Asimismo, los tribunales federales han considerado que la obligación de consentir que el agente de *probation* registre tanto al condenado como sus pertenencias es constitucional y, por consiguiente, no vulnera la cuarta enmienda siempre que exista una razonable sospecha de la violación de alguna de las condiciones impuestas con la supervisión⁴⁶⁶. Los Tribunales federales han restringido la aplicabilidad de gran parte de las condiciones discrecionales a los supuestos en que exista una relación entre la finalidad que pretende lograrse y el hecho delictivo cometido⁴⁶⁷. Respecto a las restricciones de uso de ordenadores e internet por parte de delincuentes sexuales, los tribunales de apelación están ciertamente divididos⁴⁶⁸ en relación con la constitucionalidad de las prohibiciones

⁴⁶³ Vendrían a ser los tribunales de apelación españoles los cuales están divididos en 11 circuitos. Vid. para más información http://www.uscourts.gov/Court_Locator.aspx.

⁴⁶⁴ Supone el derecho a la seguridad personal, del domicilio y de las pertenencias y documentos de los ciudadanos (equivalente al art. 18 de la Constitución Española). Vid. *Bill of Rights* aprobada el 4 de marzo de 1789.

⁴⁶⁵ En este sentido, *United States v. H. Amerson*, 483 F.3d 73 (2d. Cir. 2007): “*Taking and storing samples of DNA under the restrictions of the DNA Act fulfills many important governmental interests, only some of which are limited to the criminal history of the subjects of the DNA testing. The invasion of privacy, both immediate, and long term, from DNA testing of convicted felons—even those convicted of non-violent crimes and sentenced only to probation—is, given the safeguards of the 2004 DNA Act, relatively small. Accordingly we conclude that the 2004 DNA Act, as applied to appellants, does not constitute an unreasonable search or seizure and hence does not violate the Fourth Amendment. The judgments of the district court are, therefore, AFFIRMED*”. En el mismo sentido, *United States v. Sczubelek*, 402 F.3d 175 (3d. Cir. 2005).

⁴⁶⁶ Vid. *United States v. Betts*, 511 F.3d 872 (9th. Cir. 2007).

⁴⁶⁷ Vid., por ejemplo, *United States v. Betts*, 511 F.3d 872 (9th. Cir. 2007) donde el Tribunal de apelación considera que no existe una evidencia entre el previo consumo de alcohol con la comisión del delito) o la prohibición de acudir a casinos con el hecho de que el condenado tenga problemas de juego que tengan alguna relación con el delito cometido.

⁴⁶⁸ Vid. (autor desconocido), “Third Circuit Approves Decade-long Internet Ban for Sex Offender. *United States v. Thielemann*, 575 F.3d 265 (3d. Cir. 2009)”, *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010, p. 780.

totales de su uso. Así, en el caso *United States v. Thielemann*, el Tribunal de apelación consideró constitucional la prohibición total, sin el previo permiso del agente de *probation*, del uso de ordenadores e internet durante diez años⁴⁶⁹. Por el contrario, en el caso *United States v. Voelker*, no. 05-2858 (3d. Cir. 2007), se revocó la imposición de una prohibición de uso de internet de por vida como condición de la *supervised release*, dado que el Tribunal consideró que ni podía establecerse una prohibición de duración indefinida⁴⁷⁰, ni procedía la aplicación de una prohibición total, pues no existían indicios de que el culpable hubiera utilizado internet en su lugar de trabajo para descargarse pornografía, luego, aplicar una restricción total vulneraría uno de los requisitos establecidos en el 18 USC § 3583 (d) relativo a que las condiciones discrecionales que se impongan no supongan una privación superior a la necesaria para conseguir alguna de las finalidades de la *supervised release*⁴⁷¹.

1.1.5. La ejecución de la medida.

La ejecución de la *supervised release* se inicia una vez cumplida la pena de prisión impuesta⁴⁷², lo que puede producirse por el cumplimiento íntegro de la misma o, con antelación, al haber gozado del beneficio de reducción de condena⁴⁷³. En el caso en que el sujeto al que se aplicará tenga pendiente el cumplimiento de otras penas de prisión

⁴⁶⁹ Vid. *United States v. Thielemann*, 575 F.3d 265 (3d. Cir. 2009).

⁴⁷⁰ El tribunal de apelación realiza una comparación con otro caso muy similar donde la prohibición tenía una duración determinada de tres años a diferencia de la perpetuidad del caso que le ocupa. Vid. *United States v. Voelker*.

⁴⁷¹ Ampliamente, vid. CORRELL, F. E. JR., “You fall into Scylla in seeking to avoid Charybdis: the second circuit’s pragmatic approach to supervised release for sex offenders”, en *William and Mary Law Review*, vol. 49, 2007. En el mismo sentido, vid. BOWKER / GRAY, “An introduction to the supervision of the Cybersex Offender”, en *Federal Probation*, vol. 68, núm. 3, 2004, disponible electrónicamente en

<http://www.uscourts.gov/viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/PPS/Fedprob/2004-12/index.html> [última visita: 08/01/13]. Vid. también KRAUSE, C. / PAZICKY, L., “An Un-Standard Condition: Restricting Internet Use as a Condition of Supervised Release”, en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 20, núm. 3, 2008, pp. 201 - 205, en el que se mencionan alternativas a las prohibiciones absolutas en el uso de ordenadores.

⁴⁷² vid. 18 USC § 3624 y SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release, op. cit., pág. 32.

⁴⁷³ La duración máxima de la reducción es de 12 meses y puede ser por estar en régimen de localización permanente, participar en un programa de custodial work-release, entre otros. Vid. 18 USC § 3624.

derivadas de la comisión de otros delitos, el inicio de la supervisión se suspenderá hasta la ejecución de dichas penas, excepto cuando las mismas tengan una duración inferior a treinta días⁴⁷⁴.

Con anterioridad al inicio de la *supervised release*, la oficina de prisiones, a través del agente de libertad condicional, deberá facilitar al condenado una declaración por escrito (un contrato) en el cual se detallarán todas las condiciones derivadas de la *supervised release* de forma clara y específica, de tal manera que sirvan como plan de conducta para el condenado⁴⁷⁵.

Durante la ejecución de la supervisión, los tribunales tienen competencia para modificar, reducir la duración o revocar la *supervised release* (18 USC § 3583 (e)). Para ello, el tribunal debe tener en cuenta los criterios establecidos en el 18 USC § 3553 que se observaron tanto para la imposición como para la determinación de la duración y las condiciones establecidas en la *supervised release* en el momento de imponerse.

A) La modificación de la medida.

El tribunal, durante la ejecución de la medida, puede modificar los términos de la *supervised release* en el sentido de extender o disminuir la duración o incluso modificar, reducir o ampliar las condiciones de la misma. Para ello, el tribunal citará al condenado a una vista en la que se desarrollarán los argumentos sobre la necesidad de la modificación de las condiciones de la *supervised release*⁴⁷⁶. Esta vista no será necesaria si el condenado renuncia de forma voluntaria a la misma o si la modificación de las condiciones es favorable a sus intereses y no se amplía la duración de ésta⁴⁷⁷. El tribunal, habiendo tenido en cuenta los criterios para la modificación de la medida, tiene una única limitación, consistente en que no puede extender la duración de la *supervised*

⁴⁷⁴ Vid. 18 USC § 3624 (e).

⁴⁷⁵ Vid. 18 USC § 3583 (f).

⁴⁷⁶ Vid. BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, op. cit., pp. 282-285.

⁴⁷⁷ Vid. norma 32.1 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* disponible en <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2011%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf>

release más allá de la duración establecida en el *US Code* para la concreta clase de delito⁴⁷⁸.

B) El fin anticipado.

Del mismo modo, el tribunal tiene la facultad de poner fin a la *supervised release* antes del plazo de finalización determinado en la sentencia, cuando el condenado a supervisión haya sido sometido a ella como mínimo durante un año y sólo si la finalización anticipada de la *supervised release* está justificada por la buena conducta del condenado y por el interés de la justicia. Durante el año 2011 el 17,1% de los condenados que finalizaron de forma satisfactoria la *supervised release* fueron liberados anticipadamente⁴⁷⁹, lo que supone el 11,2% del total (incluidos aquellos a quienes vieron revocada su supervisión) de condenados. La duración media de la *suervised release* de los individuos que la finalizaron de forma anticipada durante el año 2006 fue de 42 meses, de los cuales cumplieron efectivamente un total de 26⁴⁸⁰.

C) La revocación.

La tercera de las facultades que posee el Tribunal es la de revocar la *supervised release* en determinados supuestos⁴⁸¹. Si el agente de *probation* o el responsable estatal consideran que el sometido a supervisión ha violado alguna de las condiciones impuestas, están autorizados para solicitar al tribunal la revocación de la misma⁴⁸². El tribunal, ante esta petición de revocación, puede convocar una vista para debatir si se ha vulnerado alguna de las condiciones que conforman la concreta supervisión del penado

⁴⁷⁸ Vid. 18 USC § 3583 (e)(2) y § 7B.1 USSG.

⁴⁷⁹ Vid. Judicial Business of the United States Courts de 2011 disponible electrónicamente en <http://www.uscourts.gov/Statistics.aspx>. En el 2008 fueron un total de 17,9% los que finalizaron de forma anticipada la medida que según la CHC varía entre el 19,9% en los casos de CHC I y el 12,4% en los casos de CHC VI, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 66.

⁴⁸⁰ Vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 62.

⁴⁸¹ Vid. 18 USC § 3583 (e) (3).

⁴⁸² Vid. pauta 32.1 de la *Federal Rule of Criminal Procedure* relativa a la revocación o modificación de la *probation* y de la *supervised release*. Incluso el propio oficial de *probation* puede arrestar al supervisado sin una orden judicial previa si considera probable que el condenado ha violado una condición de la *supervised release* (18 USC § 3606).

o sobreeser el asunto si considera que no se produce ninguna causa probable de revocación⁴⁸³. La revocación de la *supervised release* conlleva la imposición de una nueva pena de prisión⁴⁸⁴ a la que eventualmente puede agregarse una nueva supervisión una vez el preso es liberado.

Por regla general, la duración máxima de la pena de prisión resultante de la revocación de la *supervised release* será acorde con la clase de delito que dio lugar a la pena revocada. Así, si el delito que motivó la imposición de la *supervised release* era de clase A, la pena de prisión derivada de la revocación no puede ser superior a 5 años; si el delito era de clase B, la pena de prisión no puede ser superior a 3 años; si era de clase C o D a 2 años o si era un delito de clase E o una falta de clase A, la duración no puede ser superior a 1 año⁴⁸⁵. Estas restricciones en la duración de la pena de prisión derivadas de la revocación de la *supervised release* no serán de aplicación cuando el delito que conllevó la imposición de la pena postpenitenciaria sea el de explotación sexual de menores, trata de menores con finalidad sexual o el delito de abuso sexual, pues el § 3583 (k) establece que en estos casos la duración de la prisión deberá ser superior a 5 años⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Es importante tener presente que para considerar que se ha vulnerado alguna de las condiciones de la *supervised release* es suficiente que el Tribunal posea pruebas suficientes de la evidencia de la violación. Vid., sobre el procedimiento de revocación de la “supervised release”, BAER, H. Jr., “The alpha and omega of *supervised release*”, op. cit., pp. 286-292.

⁴⁸⁴ En el año 2008 se revocaron el 33% de las *supervised release*, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 62; cifra que no varía mucho del porcentaje de revocaciones durante el año 1996 que fue un total de 34,2%, vid. ADAMS / ROTH, “Federal Offenders under Community Supervision, 1987-1996”, op. cit., pág. 5. En el 2011 el porcentaje de revocaciones se ha incrementado ligeramente hasta un 34,2%, vid. Judicial Business of the United States Courts de 2011 disponible electrónicamente en <http://www.uscourts.gov/Statistics.aspx>

⁴⁸⁵ Vid. 18 USC § 3583 (3).

⁴⁸⁶ Es importante observar que en estos casos la violación de una condición de la *supervised release* puede comportar la imposición de la cadena perpetua y, en el mejor de los casos, la imposición de una pena de prisión superior a cinco años. Un sujeto condenado a un delito por tener conocimiento del tráfico de material pornográfico a través de internet en el que esté involucrado un menor será castigado a una pena de prisión de ocho años y la imposición de una *supervised release* con una duración de 20 años. Si este sujeto vulnera alguna de las condiciones de la *supervised release* (por ejemplo, comete una violación técnica) se le podrá imponer una pena de prisión de por vida, lo que vulnera – al menos en España – el principio de proporcionalidad de las penas. En este mismo sentido, SHOCKLEY, “Protecting dure process from the PROTECT ACT: the problems with increasing periods of supervised release for sexual offenders”, en *Washington & Lee Law Review*, vol. 67, 2010, quien tomando como ejemplo el caso *United States v. McElheney* muestra la irracionalidad de las consecuencias de la revocación de la *lifetime supervised release*.

El *US Code* establece en el 18 USC § 3583 (g) unas causas concretas de revocación que son de cumplimiento obligatorio por parte de los tribunales, y deja a su discrecionalidad la revocación de la *supervised release* para el resto de violaciones. Las condiciones cuya violación conlleva la revocación son:

- a) La posesión de sustancias controladas cuando con la imposición de la medida se haya impuesto como condición tal circunstancia.
- b) La posesión de armas de fuego en todos los casos, ya sea por violación de una supuesta condición o por la comisión de alguno de los delitos federales regulados en el 18 USC § 921 y ss.
- c) Cuando el condenado dé positivo en una prueba de control de consumo de sustancias ilegales. En estos casos, se considerará que se ha vulnerado la pena cuando se haya dado positivo más de tres veces en un año⁴⁸⁷.

Por su parte, en el §7B1.1 de las USSG se establecen sus propias causas de revocación clasificadas en tres categorías según la gravedad de la violación de las condiciones:

- a) Violaciones de categoría A:
 - a. Aquellas conductas que constituyan un delito⁴⁸⁸ (federal, estatal o local) que es susceptible de ser penado con una pena de prisión superior a un año si:
 - i. es un delito violento, o
 - ii. es un delito contra la salud pública (controlled substance offence), o
 - iii. es un delito en el que se utiliza una arma de fuego tal como figura definido por el 26 USC § 5845 (a).
 - b. Aquellas conductas que constituyan delito punible con una pena de prisión superior a veinte años.

⁴⁸⁷ No obstante, el hecho de dar positivo en un test de control de sustancias ilegales presupone la posesión de drogas, luego supone la violación de una condición y por tanto puede también, aunque con carácter discrecional, revocarse la medida. En este sentido, vid. *United States v. Hammonds*, 370 F.3d 1032 (10th Cir. 2004).

⁴⁸⁸ Tal y como establecen las USSG en el § 5G1.3 (comentarios) y en el § 7B1.3 (f) la pena de prisión resultante de la violación de la *supervised release* y de la condena, en su caso, por la comisión de un delito se ejecutarán de forma consecutiva sea o no, esta última, la base de la revocación.

- b) Violaciones de categoría B:
 - a. Cualquier otra conducta que constituya delito cuya consecuencia jurídica suponga la imposición de una pena de prisión superior a un año.
- c) Violaciones de categoría C⁴⁸⁹:
 - a. Cualquier delito castigado con una pena de prisión igual o inferior a un año, o
 - b. La violación de cualquier otra condición de la *supervised release*.

En aquellos casos en que el sujeto a *supervised release* cometa alguna violación que esté catalogada como categoría A o B, el Tribunal deberá revocar la supervisión e imponer una nueva pena de prisión, y en aquellos supuestos en que se vulnere alguna de las condiciones configuradas de categoría C el tribunal puede revocar la *supervised release* o, por el contrario, modificar la pena tanto en su extensión como en su contenido. En el caso en que sean varias las condiciones violadas o cuando la violación de una condición de la *supervised release* conlleve la comisión de más de un delito, la categoría de la violación se determinará por la más grave⁴⁹⁰. Sin embargo, el 18 USC 3583 (e)(4) permite sustituir la revocación de la pena de *supervised release* por la imposición de una pena de arresto domiciliario junto con el control telemático a través de sistema de GPS.

Por su parte, el §7B1.4 de la USSG, en el caso de que la *supervised release* sea revocada, establece un catálogo en el que se determina la pena de prisión imponible según la categoría de la violación y de los antecedentes penales (CHC). Las penas de prisión que pueden imponerse oscilan entre los 3 y los 9 meses en el caso de una violación de categoría C y con una CHC I hasta los 51 y los 63 meses de prisión en los casos de una violación considerada de categoría A de la *supervised release* por la comisión de un delito de clase A y con una CHC VI. En el supuesto en que como

⁴⁸⁹ Vid. Judicial Business of the United States Courts de 2011 disponible electrónicamente en <http://www.uscourts.gov/Statistics.aspx>, donde se indica que las violaciones técnicas suponen el 56,5% del total de revocaciones en el año 2011. En el caso de condenados por delitos sexuales la violación de las condiciones de carácter técnico suponen el 72%, vid. SESSIONS, W. et al., “Federal Offenders Sentenced to Supervised Release”, op. cit., pág. 68.

⁴⁹⁰ Vid. §7B.1.1 (b) USSG: “Where there is more than one violation of the conditions of supervision, or the violation includes conduct that constitutes more than one offense, the grade of the violation is determined by the violation having the most serious grade”.

consecuencia de la revocación de la *supervised release* por la violación de una condición considerada de categoría B o C, se imponga una pena de prisión de 1 a 10 meses, la pena puede cumplirse con la imposición de una pena de prisión o con la imposición de una pena de prisión más una pena de *supervised release* que sustituya la reclusión en un centro o el arresto domiciliario. Si la duración es entre 6 y 10 meses, la mitad de la pena deberá cumplirse en prisión⁴⁹¹.

Finalmente, tanto el *US Code* como las *Federal Sentencing Guidelines* establecen que, junto con la imposición de una pena de prisión, el tribunal puede imponer una nueva *supervised release* que deberá cumplirse una vez finalizada la pena de prisión derivada de la revocación. En este caso, la duración de la *supervised release* no podrá exceder del período autorizado por la ley para el delito principal deducido el tiempo de prisión ya cumplido derivado de la revocación⁴⁹². Asimismo, si el tribunal decide imponer un nuevo período de *supervised release* y con ello añade nuevas condiciones a las previamente impuestas en la pena revocada, éstas tendrán que tener relación con el delito principal o con los motivos de la revocación de la previa *supervised release*⁴⁹³. Los supuestos en que se impone la *supervised release* posterior a la pena de prisión como consecuencia de la revocación de la primera han aumentado, durante el periodo de 2005 a 2009 de un 33,5% a un 46,4% los supuestos⁴⁹⁴.

1.2. La regulación estatal.

Las penas de control postpenitenciarias que se establecen en los distintos estados del país conforman un gran abanico de distintos modos de regular el tránsito entre la completa privación de libertad (encarcelamiento) y la definitiva obtención del derecho a la libertad (cumplimiento de la condena). Casi con certeza, se podría afirmar que cada

⁴⁹¹ Vid. §7B1.3 (c) USSG

⁴⁹² Vid. 18 USC § 3583 (h) y §7B1.3 (g) (2) USSG.

⁴⁹³ Vid. PRATT, Revocation of probation and supervised release, Office of Defender Services Training Branch, 2004, p. 26. Disponible en: http://www.ussc.gov/Education_and_Training/Guidelines_Education_al_Materials/Rev1004.pdf.

⁴⁹⁴ Vid. SESSIONS, W. et al., "Federal Offenders Sentenced to Supervised Release", op. cit., pág. 69.

uno de los estados que conforman los Estados Unidos de América regula el tránsito de la situación de privación de libertad a la libertad definitiva de manera distinta, de tal modo que pueden encontrarse estados que hayan implantado figuras de supervisión postpenitenciarias mientras que otros no lo hayan hecho. Entre los que prevén algún tipo de figura, ésta bien puede formar parte de la pena de prisión, mientras que en otros casos el tránsito entre el estado de privación y la definitiva libertad se establece mediante la acumulación de otra pena restrictiva de libertad dirigida a la supervisión del reo liberado.

Pretender analizar el conjunto de legislaciones estatales⁴⁹⁵ no es el objetivo de este estudio - ni tampoco tiene sentido alguno -, pues lo que se pretende es conocer si en la legislación comparada se establecen mecanismos de control postpenitenciarios y, en caso afirmativo, cuál es su funcionamiento (inicio, duración, posible contenido, consecuencias de su incumplimiento, etc.) sin pretender realizar un análisis jurídico de las mismas. No obstante, en términos generales pueden distinguirse entre aquellos estados que han optado por prever un sistema de sanciones basado en las condenas determinadas y aquellos que basan su sistema de sanciones en las condenas indeterminadas⁴⁹⁶. Así, en la mayoría de los casos, aquellos estados que prevean en su legislación un sistema de condenas indeterminadas, el régimen de semi-libertad se configurará a través de la libertad condicional una vez hayan cumplido, eso sí, una parte del encarcelamiento, y aquellos estados que se basen en un sistema de condenas determinadas, estarán sometidos a un régimen de semi-libertad, si es el caso, una vez hayan cumplido con la totalidad de la pena de prisión⁴⁹⁷.

En lo que sigue, se pretenden realizar unos pequeños apuntes sobre la regulación de las medidas postpenitenciarias en algunos estados de Norteamérica.

⁴⁹⁵ Los 50 estados que conforman los Estados Unidos más el distrito de Columbia.

⁴⁹⁶ Vid. REITZ, K., “The “traditional” indeterminate sentencing model”, en PETERSILIA, J. / REITZ, K, *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011, pp. 270 y ss.

⁴⁹⁷ Aunque en estos estados en la mayoría de los casos también se prevé una reducción de la duración de la pena de prisión por buena conducta.

1.2.1. Carolina del Norte.

El estado de Carolina del Norte prevé un sistema de condenas determinado⁴⁹⁸ que desde el año 1994, con la aprobación de la *Structured Sentencing Act*, regula una pena de supervisión posterior al cumplimiento de la pena de prisión y de imposición obligatoria para todos los sujetos condenados a un delito clasificado como delito B-1 a I⁴⁹⁹. Para determinar el inicio de la *post-release supervision*, así como su duración, es necesario tener en cuenta la clase de delito cometido para, con ello, fijar la duración mínima de la pena de prisión a imponer según el cuadro de penas⁵⁰⁰ de la que depende la duración máxima de la condena⁵⁰¹. Una vez determinada la duración mínima de la pena se podrá determinar la duración máxima de la condena. Todo ello es necesario para poder esclarecer el momento en que el sujeto será liberado y consecuentemente se dará inicio a la ejecución de la pena de supervisión. Concretamente, la duración máxima de la condena, por regla general, es el momento en que finalizará la pena de supervisión. Para establecer el inicio, será necesario restar la duración correspondiente, según la clase de delito cometido, de la duración máxima de la condena⁵⁰²; esto es, 12 meses si el delito es alguno de los de clase B-1 a E y 9 meses si es de clase F a I⁵⁰³. La excepción a la regla general se produce cuando el delito cometido es de carácter sexual de clase B-1 a E⁵⁰⁴, dado que para determinar la duración máxima de la condena hay que sumar un 20% a la duración máxima para el régimen general, momento en el cual podrá ser liberado para cumplir una pena de supervisión con una duración de 60 meses (5

⁴⁹⁸ Esto es así desde que se aprobó la *Fair Sentencing Act* de 1981

⁴⁹⁹ No es de aplicación a aquellos sujetos condenados por un delito clasificado como A o clasificado como B-1 si la pena de prisión es de duración perpetua. Vid. § 15A-1368.1 North Carolina General Statutes.

⁵⁰⁰ Para determinar la duración de las penas de prisión, en la guía de castigo, se valora la clase de delito cometido y los antecedentes penales del sujeto. Vid. *Felony punishment chart* disponible electrónicamente en <http://www.nccourts.org/Courts/CRS/Councils/spac/Punishment.asp> (última visita 05/11/2012).

⁵⁰¹ Vid. § 15A-1340.17(e) North Carolina General Statutes. Según la pena mínima de prisión que el tribunal considere adecuada se establece la duración máxima de la condena.

⁵⁰² El inicio de la ejecución de la *post-release supervision* puede ser anterior en aquellos casos en que el sujeto se haya beneficiado de algún beneficio penitenciario que por regla general no podrá ser superior al 20% de la duración máxima y nunca podrá suponer el cumplimiento efectivo de una pena de prisión inferior a la duración mínima de la condena.

⁵⁰³ Vid. § 15A-1368.2 North Carolina General Statutes.

⁵⁰⁴ Vid. § 15A-1368.2 y § 15A-1340.17(f) North Carolina General Statutes.

años)⁵⁰⁵. Así, en un hipotético supuesto en que un sujeto cometa un delito de violación la condena máxima de posible imposición sería de 13 años y medio de prisión más 5 años de *post-release supervision*. En caso que el delito fuera un delito de abusos sexuales a menores con violencia la pena máxima a imponer sería de 29 años de prisión más 5 años de *post-release supervisión*⁵⁰⁶.

El § 15A-1368 establece que las finalidades de la *post-release supervision* son la monitorización y el control del supervisado, así como asistir al mismo en la reintegración en la sociedad, asegurar la restitución y continuar con el tratamiento del sujeto. Con acierto legislativo, el propio texto legislativo clasifica las condiciones susceptibles de imposición, como consecuencia de la imposición de la pena de *post-release supervision*, en atención a las finalidades de la misma. De este modo, las condiciones se clasifican en a) aquellas de obligado cumplimiento⁵⁰⁷ para todos los condenados, y con carácter específico para aquellos condenados por un delito por el que sea necesario ser registrado, b) aquellas de carácter reintegrador (6 condiciones), c) aquellas que tienen un carácter de control del sujeto (14 condiciones) y, finalmente, d) establece la facultad de imponer cualquier otra condición que la Comisión de correcciones considere necesaria para alguna de las finalidades de la misma. Aunque no se diga expresamente en la regulación estatal de Carolina del Norte, del contenido de las distintas obligaciones, se deriva que el cumplimiento de las mismas será controlado por el agente u oficial de supervisión.

Ante una violación de alguna de las condiciones⁵⁰⁸ de la *post-release supervision* la comisión de supervisión puede, si lo considera conveniente, no revocar la pena con o sin modificación alguna de las condiciones. Si, por el contrario, considera que ello no es suficiente, podrá imponer una nueva pena de prisión que revoque la pena de supervisión. En estos casos, si la violación de la *post-release supervision* se produce por la comisión de un nuevo delito o en aquellos casos en que un sujeto condenado por un

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ Cfr. § 14-27 North Carolina general Statutes.

⁵⁰⁷ Esto es, no cometer ningún delito durante el tiempo de la supervisión y pagar una cuota de 40 dólares.

⁵⁰⁸ Vid. § 15A-1368.3 North Carolina General Statutes.

delito sexual que además debe estar registrado por haberse fugado, implicará cumplir una pena de prisión por el periodo restante hasta la duración máxima de la condena. En el resto de supuestos, la violación de alguna de las condiciones conllevará, si es la primera violación una pena de prisión de 3 meses, y en las subsiguientes violaciones una pena de prisión por el resto de la condenada si el sujeto ha sido condenado por un delito de clase B-1 a E y la imposición de una pena de 3 meses en el resto de sujetos. Una vez cumplida la pena de prisión derivada del incumplimiento de la *post-release supervision* el sujeto volverá a ser liberado bajo supervisión⁵⁰⁹.

1.2.2. Illinois.

El sistema de penas del estado de Illinois está basado en las condenas determinadas. La comisión de un delito que conlleve la imposición de una pena de prisión incluirá también el cumplimiento de un periodo de supervisión llamado *mandatory supervised release* que se iniciará una vez haya sido cumplida la pena de encarcelamiento⁵¹⁰. Su duración⁵¹¹ dependerá de la clase de delito que se haya cometido; por cuanto si el delito cometido es un asesinato en primer grado o un delito de clase x, la duración será de 3 años, si el delito cometido es alguno de los clasificados como clase 1 o 2, la duración será de 2 años y si el delito cometido es de clase 3 o 4, la duración será de 1 año. Con carácter excepcional, la legislación de Illinois prevé una duración de la *mandatory supervised release* superior a la indicada anteriormente con carácter general, en tres concretos supuestos⁵¹². En aquellos casos en que se cometa un delito de carácter sexual, un delito de abusos sexuales en que la víctima sea menor de 18 años o cuando el sujeto

⁵⁰⁹ Aunque no queda claro si volverá a ser liberado bajo supervisión por el tiempo restante de la pena de *post-release supervision* o por un nuevo periodo con idéntico contenido y duración a la revocada. Vid. § 15A-1368.3(d) North Carolina General Statutes: *Re-Release After Revocation of Post-Release Supervision*. – *A prisoner who has been reimprisoned prior to completing a post-release supervision period may again be released on post-release supervision by the Commission subject to the provisions which govern initial release.*

⁵¹⁰ Vid. 730 Illinois Compiled Statutes 5/5-4.5-15 in fine: “[...] except when a term of natural life is imposed, every sentence includes a term in addition to the term of imprisonment. [...] For those sentenced on or after February 1, 1978, that term is a mandatory supervised release term”.

⁵¹¹ Vid. 730 ILCS 5/5-8-1 (d).

⁵¹² *Ibidem*.

haya sido condenado a un delito de violencia doméstica, de acecho (*stalking*) o de quebrantamiento de condena por violación de una orden de protección impuesta previamente. La duración de la *mandatory supervised release* en estos supuestos, será de 3 años a perpetua, de 4 años, dos de los cuales serán en arresto domiciliario a través de control telemático⁵¹³ y de 4 años, respectivamente. Así, en un hipotético supuesto en que un sujeto cometa un delito de violación la condena máxima que puede imponerse sería de 20 años y medio de prisión más una pena de *mandatory supervised release* perpetua. En caso que el delito fuera un delito de abusos sexuales a menores con violencia la pena máxima a imponer sería de 60 años de prisión más una pena de *mandatory supervised release* perpetua⁵¹⁴.

El art. 730 ICS 5/3-3-7 establece que la principal finalidad de la *mandatory supervised release* es el auxilio al sujeto condenado a seguir una vida acorde con las leyes. Para garantizar dicha finalidad, tal como sucede en el resto de estados y en la regulación federal, el Estado de Illinois prevé la imposición de un conjunto de condiciones de carácter preceptivas. En el mismo artículo establece el conjunto de obligaciones susceptibles de imposición de acuerdo con la siguiente clasificación: obligaciones obligatorias (un total de 26, de las cuales 9 son específicamente para delincuentes sexuales), obligaciones adicionales (un total de 11, de las cuales 3 son específicamente para delincuentes sexuales) y obligaciones específicamente diseñadas para aquellos sujetos condenados por un delito de carácter sexual por el que la ley requiere que sean registrados (15).

La violación de cualquiera de las condiciones impuestas como consecuencia de la supervisión postpenitenciaria a través de la *mandatory supervised release* puede suponer alguna de las siguientes consecuencias jurídico-penales⁵¹⁵:

- a- Modificación de las condiciones o de la duración de la pena.
- b- La sustitución de la medida por la *half-way house*^{516 517}.

⁵¹³ Vid. 730 ILCS 5/5-8A-2 (c): “[...] the confinement of a person convicted or charged with an offense to his or her place of residence under the terms and conditions established by the supervising authority

⁵¹⁴ Cfr. arts. 720 ILCS 5/11-1 y 730 ILCS 5/5-4.5-30.

⁵¹⁵ Vid. 730 ILCS 5/3-3-9.

c- Su revocación.

En el caso de que la violación de alguna de las condiciones impuestas conlleve la revocación de la pena supondrá el encarcelamiento del sujeto por el tiempo restante de la supervisión, salvo en el supuesto en que la revocación se produzca respecto de un sujeto condenado a un delito contra la libertad sexual, supuesto éste último en que el encarcelamiento derivado de la revocación no podrá exceder de 2 años⁵¹⁸.

Una vez el sujeto haya cumplido el periodo de prisión derivado de la revocación de la pena de supervisión, la Junta de supervisión podrá imponer al sujeto otra pena de *mandatory supervised release* por un periodo igual al que inicialmente ha sido revocado⁵¹⁹.

1.2.3. Oregon.

Como los otros estados mencionados, el estado de Oregon prevé un régimen de semi-libertad entre la pena de prisión y la definitiva libertad del reo, de tal modo que todos los sujetos condenados por la comisión de un delito a una pena de prisión deberán estar supeditados, con carácter posterior y obligatorio, a una pena de *post-prison supervision*⁵²⁰. Su ejecución se iniciará una vez la pena de prisión haya sido finalizada⁵²¹, ya sea por el cumplimiento íntegro o con anterioridad, como consecuencia

⁵¹⁶ Vendría a ser un centro de ayuda a la reintegración de los sujetos que han cumplido la pena de prisión, un lugar de tránsito entre la vida en el centro penitenciario y en libertad.

⁵¹⁷ No se especifica la duración de la sustitución de la pena de supervisión por la imposición de la *half-way house*, por lo que debe entenderse que será como máximo por el mismo periodo que en el caso de encarcelamiento por revocación de la *mandatory supervised release*.

⁵¹⁸ Se contemplan excepciones por la violación de determinadas excepciones, tales como la condición de prohibición de posesión de armas, la comisión de un nuevo delito o no realizar un examen de polígrafo anualmente. Vid. 730 ILCS 5/3-3-9(a)(3)(i)(c).

⁵¹⁹ Vid. 730 ILCS 5/3-3-10

⁵²⁰ Vid. ORS § 144.085.

⁵²¹ 213-005-0002(3) Oregon Administrative rules: “The term of post-prison supervision shall begin upon completion of the offender’s prison term or such term as directed by the supervisory authority.

de la obtención de beneficios penitenciarios⁵²² dada su buena conducta durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

La duración, con carácter general, de la pena de *post-prison supervision* puede variar según el delito cometido⁵²³, de tal modo que si éste es de clase 1 a 3, la duración será de 6 meses a 1 año; si el delito cometido es de clase 4 a 6, la duración de la supervisión será de 1 a 2 años; si es de clase 7 a 10, la duración será de 1 a 3 años; y si es de clase 11 (asesinato), de 3 años a indefinida⁵²⁴. Además, se establece un régimen especial para aquellos sujetos que han sido condenados por delitos sexuales⁵²⁵. Concretamente, en estos casos la duración se extenderá hasta la duración máxima de la pena de prisión en abstracto para el delito cometido, y si el delito cometido es un delito de violación o el delincente es considerado como delincente sexual violento y peligroso, la duración de la pena será de por vida. Así, en un hipotético supuesto en que un sujeto cometa un delito de violación la condena máxima que podría imponerse sería de 6 años de prisión más una pena de *post-prison supervision* perpetua. En caso que el delito fuera un delito de abusos sexuales a menores con violencia la pena máxima a imponer sería de unos 11 años de prisión más una pena de *post-prison supervision* perpetua⁵²⁶.

La *post-prison supervision* está formada por un conjunto de condiciones⁵²⁷ dirigidas básicamente a reducir el riesgo de reincidencia criminal del sujeto a través de condiciones de carácter fiscalizador del comportamiento y de la libertad de movimiento del sujeto⁵²⁸. Las condiciones que pueden ordenarse como consecuencia de su

⁵²² Vid. ORS § 421.121. en estos casos las penas de prisión podrán reducirse hasta un 20 o un 30% del total, en función del delito cometido y los antecedentes penales. No obstante los sujetos condenados por un delito de asesinato agravado o como delincente peligrosos no podrán obtener ninguna reducción de la condena.

⁵²³ Según la *Sentencing guidelines grid* los delitos se clasifican del 1 al 11 siendo este último el más grave.

⁵²⁴ Vid. ORS § 144.085, 255-094-0006 y 213-005-0002 Oregon Administrative Rules y Oregon sentencing guidelines grid. No obstante, la 213-005-0002 Oregon Administrative Rule establece que la duración de la *post-prison supervision* nunca podrá exceder de la duración máxima en abstracto establecida en la *Oregon sentencing guidelines grid*.

⁵²⁵ Vid. ORS § 144.103 y 213-005-0004 Oregon Administrative Rules.

⁵²⁶ Cfr. ORS 163.375 y 213-017-0002 Oregon Administrative Rules.

⁵²⁷ Vid. ORS § 144.102.

⁵²⁸ No obstante, no se hace ninguna referencia a las finalidades de la *post-prison supervision* si puede deducirse tal finalidad de la lectura del conjunto de condiciones susceptibles de imposición

imposición están reguladas en el ORS 144.102. El conjunto de condiciones pueden agruparse en dos grandes categorías: por un lado, las obligatorias, diferenciando a la vez aquellas que específicamente se imponen a sujetos condenados por delitos sexuales. Por el otro, las especiales, que a la vez también pueden clasificarse entre aquellas susceptibles de imposición a la generalidad de los sujetos y aquellas que tan sólo podrán imponerse a los sujetos condenados por un delito de carácter sexual (unas 30 en total).

En el caso de producirse, por parte de quien está sujeto a una pena de supervisión postpenitenciaria, la violación de alguna de las condiciones que conforman la *post-prison supervision*, la junta estatal de supervisión sancionará su comportamiento a través de la modificación o ampliación de las condiciones impuestas inicialmente o incluso con la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad, cumplir una pena de arresto domiciliario, residir en un centro de día o estar sometido a vigilancia electrónica, entre otras medidas⁵²⁹.

En el caso de violaciones reiteradas de las condiciones impuestas, o por la violación de la condición de no cometer delitos durante el plazo de la *post-prison supervision*, la Junta estatal de supervisión podrá imponer sanciones más restrictivas que las anteriormente indicadas o, incluso, acordar el encarcelamiento del sujeto en un centro penitenciario local⁵³⁰ (jail). En este caso, podrá hacerse por un periodo que deberá ser superior a 90 días si el quebrantamiento es debido a violaciones técnicas, o a 180 días si es debido a la comisión de un nuevo delito con el límite máximo de seis, nueve o doce meses de encarcelamiento⁵³¹ durante el cumplimiento de la pena de supervisión⁵³², según la duración de la *post-prison supervision* que ha sido violada.

reguladas en el ORS § 144.102. Sí que se establecen los objetivos que deben seguirse para determinar la duración de la pena privativa de libertad que muestran una ideología estrictamente punitiva, vid. ORS § 144.780: "[...] (a) Punishment which is commensurate with the seriousness of the prisoner's criminal conduct; and (b) To the extent not inconsistent with paragraph (a) of this subsection: (A) The deterrence of criminal conduct; and (B) The protection of the public from further crimes by the defendant".

⁵²⁹ Vid. ORS § 144.106 y 213-011-0004 Oregon Administrative Rules.

⁵³⁰ Vid. 213-011-0004 Oregon Administrative Rules.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² Esta limitación no es aplicable en aquellos casos en que el condenado esté cumpliendo una *post-prison supervision* como consecuencia de la comisión de un delito sexual violento y sea considerado

1.2.4. California.

El sistema de sanciones penales del estado de California se articula, principalmente, en función del delito cometido. Aquellos sujetos que hayan cometido un delito considerado violento⁵³³, grave⁵³⁴ o tengan antecedentes penales de alguno de estos delitos⁵³⁵, un delito por el que se clasifique al sujeto como delincuente sexual de alto riesgo o cualquier otro en que el sujeto requiera de tratamiento de salud mental⁵³⁶ deberán cumplir, si es el caso, la pena privativa de libertad en una prisión estatal y, una vez liberados, una pena de supervisión postpenitenciaria denominada, *parole supervision*. Por el contrario, aquellos sujetos condenados a cualquier delito, distinto de los anteriormente mencionados, designado como *non-non-non*⁵³⁷ será castigado, si es el caso, con una pena privativa de libertad en un centro penitenciario de ámbito local (del condado) y a una posterior pena de supervisión postpenitenciaria, llamada *post release community supervision*⁵³⁸.

En ambos casos el inicio de la pena supervisión en régimen de semi libertad se supedita a la finalización del cumplimiento de la pena privativa de libertad⁵³⁹ ya sea en un centro

peligroso. Para estos casos la duración máxima de encarcelamiento por cada revocación será de 180 días aunque en caso de ser reiteradas no existe límite máximo alguno, vid. ORS § 144.109.

⁵³³ Vid. art. 1192.7.(c) California Penal Code.

⁵³⁴ Vid. art. 667.5.(c) California Penal Code.

⁵³⁵ Lo que en Estados Unidos popularmente se le denomina *second strike* o *third strike* y supone normalmente un endurecimiento desorbitado de la pena.

⁵³⁶ Tratamiento bajo la supervisión del departamento estatal de hospitales, vid. art. 2962 California Penal Code.

⁵³⁷ No grave, no violento, no sexual.

⁵³⁸ La peculiaridad de la regulación californiana es el hecho de imponer una pena de *jail* (centros penitenciarios que depende de los condados) en función del delito cometido y no de la duración de la pena privativa de libertad. Esto se debe básicamente a dos razones: la principal, económica y, la segunda, jurídica, como consecuencia del caso *Plata v. Brown, US Supreme Court's order*, como consecuencia del gran número de presos en los centros penitenciarios californianos. Vid. RAPPAPORT, A. / DANSKY, K., "State of Emergency: California's Correctional Crisis", en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 22, núm. 3, 2010, p. 133.

⁵³⁹ Vid. art. 3451(a) y 3000.08. (a) California Penal Code. No obstante, hay que tener en cuenta que las penas de prisión pueden reducirse debido a la obtención de beneficios penitenciarios por buena conducta hasta un 50% de la duración total con ciertas limitaciones, si bien es cierto que aquellos condenados a delitos violentos la reducción máxima será del 15% y sin posibilidad de obtener

penitenciario de ámbito local o estatal. Las principales diferencias entre la *post release community supervision* y la *parole supervision* se pueden vislumbrarse – además de la anteriormente mencionada en relación con el delito cometido – en la duración de una y otra, y en las consecuencias de la violación de las condiciones impuestas por las respectivas penas de supervisión.

En el caso de estar sujeto a la pena de *post release community supervision* la duración máxima será de 3 años y puede dejarse sin efecto una vez cumplidos 6 meses o 1 año sin que haya sido revocada la misma⁵⁴⁰. Por el contrario, en el caso de aquellos sujetos condenados por alguno de los delitos establecidos en el art. 3000.08 (a) California Penal Code⁵⁴¹, y que, por tanto, una vez cumplida la pena de prisión deberán estar sujetos a una pena de *parole supervision*, ésta tendrá una duración, con carácter general, de 3 años, aunque de forma excepcional⁵⁴² la duración podrá ser superior. Así, por ejemplo, la duración de la *parole supervision* será de 10 años en aquellos casos en que se cometan determinados delitos violentos o sexuales; si el delito cometido es de carácter sexual y la víctima es menor de 14 años, la duración mínima de la supervisión será de

beneficio alguno aquellos condenados a determinados delitos tales como homicidio, delitos sexuales graves, etc. Vid. arts. 2930 y ss. California Penal Code. Las diferencias de beneficios penitenciarios entre aquellos condenados por un delito non-non-non y éstos son significativas que junto con las diferencias en la duración de la supervisión posterior hacen de la *parole supervision* de un real incremento de la condena.

⁵⁴⁰ Si no se produce ninguna violación de la pena de supervisión que comporte la imposición de alguna medida privativa de libertad deberá finalizar la *post release community supervision* al año de duración y, con carácter potestativo, incluso podrá acordarse a los 6 meses. Vid. art. 3456 California Penal Code.

⁵⁴¹ Art. 3000.08 (a): Persons released from state prison prior to or on or after July 1, 2013, after serving a prison term or, whose sentence has been deemed served pursuant to Section 2900.5, for any of the following crimes shall be subject to parole supervision by the Department of Corrections and Rehabilitation and the jurisdiction of the court in the county where the parolee is released or resides for the purpose of hearing petitions to revoke parole and impose a term of custody:

- (1) A serious felony as described in subdivision (c) of Section 1192.7.
- (2) A violent felony as described in subdivision (c) of Section 667.5.
- (3) A crime for which the person was sentenced pursuant to paragraph (2) of subdivision (e) of Section 667 or paragraph (2) of subdivision (c) of Section 1170.12.
- (4) Any crime where the person eligible for release from prison is classified as a High Risk Sex Offender.
- (5) Any crime where the person is required, as a condition of parole, to undergo treatment by the Department of Mental Health pursuant to Section 2962.

⁵⁴² Se contemplan tal número de excepciones que la excepción se convierte en la regla general. Vid. arts. 3000.01 y 3000.1 California Penal Code.

20 años y 6 meses; y si el sujeto ha sido condenado por un delito de asesinato o algún otro por el que es preciso ser registrado como delincuente sexual a cadena perpetua, la duración de la *parole supervision* será, también, perpetua. Así, en un hipotético supuesto en que un sujeto cometa un delito de violación la condena máxima que podría imponerse sería de 7 años de prisión más una pena más de 20 años y medios de *parole supervision*. En caso que el delito fuera un delito de abusos sexuales a menores con violencia la pena máxima a imponer sería de unos 12 años de prisión más una pena de *parole supervision* perpetua⁵⁴³.

En ambos casos, en la pena de *post release community supervision* y en la *parole supervision*, se establece como posible contenido una serie de condiciones obligacionales y prohibitivas recogidas en el Código penal de California. Las condiciones de la *post release community supervision*⁵⁴⁴ están básicamente orientadas al control del sujeto que es liberado. Con ello se pretende reducir el elevado número de sujetos que han cumplido una pena de prisión sin una pena de control posterior a la misma por la comisión de delitos menos graves y que posteriormente han perpetrado nuevos delitos⁵⁴⁵. En el supuesto de ser requerido al cumplimiento de la *parole supervision*, se prevé un régimen de condiciones obligatorias para todos los sujetos, que en esencia coinciden con las previstas para la *post release community supervision*, a las que se añaden un conjunto de condiciones especiales que serán de imposición obligatoria según el delito cometido. Éstas consisten en prohibiciones de aproximación a la víctima o a determinados lugares, de restricción del lugar de residencia, control a través de sistemas telemáticos, o la obligación de participar en programas formativos, entre otras⁵⁴⁶.

Las consecuencias de la violación de alguna de las condiciones establecidas, tal como se ha indicado anteriormente, varían en función de la pena postpenitenciaria impuesta a cada individuo. Así, la violación de alguna de las condiciones de la *post release*

⁵⁴³ Cfr. arts. 261 y 264.1 California Penal Code.

⁵⁴⁴ Vid. art. 3453 California Penal Code. A estas, establece el art. 3454 California Penal Code que pueden añadirse otras condiciones siempre que sean razonables.

⁵⁴⁵ Vid. art. 3450 California Penal Code.

⁵⁴⁶ Vid. arts. 3000.07, 3003, 3003.5 y 3053.2 California Penal Code.

community supervision conlleva la modificación de las condiciones o de la duración de la medida o, si es necesario, la imposición de una *flash incarceration*, que consiste en la imposición de una pena privativa de libertad en una prisión del condado, por un periodo de entre 1 y 10 días. En el caso de que tales medidas no sean suficientes para evitar futuras vulneraciones de las condiciones, la junta de revocación de penas de supervisión podrá derogar la ejecución de la pena de supervisión y, en su lugar, imponer una pena de prisión, que no podrá exceder de 180 días⁵⁴⁷. A aquellos sujetos sometidos a una pena de *parole supervision* que violen alguna de las condiciones, podrá imponérseles las mismas medidas anteriormente mencionadas aunque, si se considera apropiado, podrá imponerse una pena privativa de libertad que no podrá exceder de 180 días⁵⁴⁸, sin necesidad de que existan violaciones reiteradas de la pena de supervisión⁵⁴⁹.

1.2.5. Nueva York.

En el estado de New York se establecen dos posibles regímenes de transición entre la privación de libertad derivada de una pena de prisión y la plena libertad de los sujetos liberados según el tipo de delito cometido o lo que a la práctica viene a ser lo mismo, al tipo de pena de prisión impuesta. Así, aquellos sujetos que cumplan una pena privativa de libertad de duración indeterminada⁵⁵⁰ estarán sujetos al régimen de libertad condicional, configurado como beneficio penitenciario. Su inicio se producirá durante la ejecución de la pena privativa de libertad y su duración nunca podrá exceder a ésta. Por el contrario, aquellos sujetos condenados a una pena determinada⁵⁵¹ deberán cumplir, en

⁵⁴⁷ Vid. arts. 3454 y 3455 California Penal Code.

⁵⁴⁸ La duración de la pena de prisión derivada de la revocación de la *parole supervision* era de hasta 12 meses y, una vez cumplida, el sujeto debía seguir con el cumplimiento de la *parole supervision* hasta la reforma operada en 2011, vid. 3057 California Penal Code, vigente todavía para aquellos sujetos condenados a cadena perpetua con anterioridad al 1 de octubre de 2011.

⁵⁴⁹ Vid. art. 3000.08 California Penal Code.

⁵⁵⁰ Las llamadas *indeterminate sentence*.

⁵⁵¹ Lo que significa que deberán cumplir una pena de prisión por el periodo de tiempo que se especifique en la propia ley penal como sucede en el Código Penal español. No obstante las penas de prisión determinadas podrán reducirse hasta 1/7 parte como consecuencia de beneficios penitenciarios. Vid. § 803.1-a Correction Law of New York State.

todo caso y una vez finalizada ésta, una pena de supervisión denominada *post-release supervision*⁵⁵².

Los individuos sometidos a una pena de prisión determinada y que, por tanto, una vez finalizada estarán sujetos al cumplimiento de una sanción penal restrictiva de la libertad son básicamente aquellos sujetos condenados a delitos sexuales y a delitos contra la salud pública⁵⁵³.

La duración de la *post-release supervision* depende del delito cometido, por lo que su duración, en el supuesto de la comisión de un delito contra la salud pública, será de 1 a 5 años, en función de la gravedad del ilícito cometido⁵⁵⁴. Si por el contrario, la imposición de la pena de *post-release supervision* se deriva de la comisión de un delito contra la libertad sexual, la duración dependerá de la gravedad del delito y de los antecedentes penales del individuo⁵⁵⁵, lo que implica que puede ser, como mínimo, de 3 a 10 años (por la comisión de un delito de clase D o E por un sujeto sin antecedentes penales) hasta de 10 a 25 años (condenado a delito de clase B como consecuencia de la comisión un delito violento definido en el § 70.02). Así, en un hipotético supuesto en que un sujeto cometa un delito de violación la pena de prisión a imponer podría variar de entre 5 a 25 años de prisión más una pena de *post-release supervision* de entre 5 y 20 años⁵⁵⁶.

El § 70.45.3 Penal Law of New York State establece que la Junta de libertad condicional será quien deberá establecer las condiciones derivadas de la imposición de la *post-release supervision* en el mismo sentido que se establecen para la libertad condicional. No obstante, la finalidad de la pena de supervisión no está definida ni en la ley penal ni en las reglas que regulan las condiciones a imponer, de lo que puede

⁵⁵² Vid. 70.45 Penal Law of New York State.

⁵⁵³ Vid. § 70.00.1 Penal Law of New York State. A ellos debe añadirse determinados delitos violentos de clase D tal como se establece en el § 70.02 Penal Law of New York State.

⁵⁵⁴ Vid. § 70.45.2 Penal Law of New York State.

⁵⁵⁵ Vid. § 70.45.2-a Penal Law of New York State donde se establecen hasta un total de 10 variaciones de la duración de la pena de control en función del tipo de delito contra la libertad sexual cometido y los antecedentes del mismo.

⁵⁵⁶ Cfr. § 70.80 y § 70.02 Penal Law of New York State.

deducirse que la finalidad única es el control de aquellos sujetos que han cumplido una pena privativa de libertad. La normativa⁵⁵⁷ prevé la imposición de un conjunto de condiciones para la generalidad de los sujetos a quienes resulta aplicable la pena⁵⁵⁸ y de manera complementaria se establece que podrán añadirse a éstas otras tantas que se impongan por parte de la Junta de libertad condicional⁵⁵⁹.

Si durante el cumplimiento de la *post-release supervision* el sujeto viola alguna de las condiciones que le han sido impuestas, se revocará la pena. Esto conllevará la imposición de una nueva pena de encarcelamiento por el periodo restante hasta la finalización de la duración de la pena de *post-release supervision*, sin que la duración de la nueva pena privativa de libertad pueda ser superior a los 5 años⁵⁶⁰. Sin embargo, no será de aplicación la restricción temporal de la pena derivada de la revocación en aquellos supuestos en que dicha revocación se produzca respecto de aquellos sujetos que estén cumpliendo una pena de *post-release supervision* por la comisión de un delito sexual⁵⁶¹.

2. El registro y notificación de delincuentes sexuales.

2.1. Antecedentes y evolución.

En Estados Unidos se prevé la obligación por parte de aquellos sujetos condenados generalmente por un delito contra la libertad e indemnidad sexual a registrarse y a ofrecer la información contenida en este registro al resto de la sociedad⁵⁶². El origen de

⁵⁵⁷ Vid. section 8003 of Division of Administrative Rules – New York State.

⁵⁵⁸ Un total de 11 condiciones de imposición obligatoria a todos los sujetos.

⁵⁵⁹ Vid. section 8003.3 of Division of Administrative Rules – New York State: *A special condition may be imposed upon a releasee either prior or subsequent to release. The releasee shall be provided with a written copy of each special condition imposed. Each special condition may be imposed by a member or members of the Board of Parole, an authorized representative of the Division of Parole, or a parole officer.*

⁵⁶⁰ Vid. § 70.45.1 Penal Law of New York State.

⁵⁶¹ *Ibidem.*

⁵⁶² Vid., un resumen de la evolución legislativa de las leyes de registros en lengua castellana, CARAZO JOHANNING, A. T., “Tratamiento de la delincuencia sexual en EEUU”, en ROIG TORRES, M. (Dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano*

los registros⁵⁶³ de delincuentes se remonta al año 1937, cuando el estado de Florida aprobó la primera ley que obligaba a todos aquellos sujetos condenados por un delito contra la moral a indicar la dirección de sus domicilios a las autoridades competentes, con el fin de prevenir la comisión de nuevos delitos⁵⁶⁴. Con posterioridad, en el año 1947, el estado de California aprobó la *sex offender registration law* a través de la cual se requería, por primera vez, que los sujetos condenados por un delito contra la libertad sexual ofreciesen información de su localización a la policía⁵⁶⁵. En el transcurso de las dos siguientes décadas fueron otros tantos los estados que aprobaron leyes de registro⁵⁶⁶.

No obstante, no fue hasta principios de los años 90 del siglo pasado cuando la creación de registros y, posteriormente, la obligación de notificar la información contenida en ellos tomaron un rumbo creciente. Justamente fue durante estos años cuando en el panorama norteamericano se produjeron una serie de sucesos criminales de alto impacto. Entre éstos, en 1989 un niño menor de edad, Jacob Wetterling, fue secuestrado

y europeo, op. cit., pp. 22-29; ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012, pp. 8-10.

⁵⁶³ En relación con las primeras leyes de registro de aquellos sujetos condenados, vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, Ed. Springer, New York, 2009, p. 212; LOGAN, W., “Sex offender registration and community notification: past, present, and future”, en *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008, p. 5; HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, en *Criminal Justice Review*, vol. 21(2), 2010, p.203.

⁵⁶⁴ En la posibilidad de notificar al resto de la sociedad la información recogida en el registro es donde se encuentra la gran particularidad del sistema norteamericano. Son diversos los estados que han creado registros de delincuentes sexuales con la finalidad de que la policía posea el mayor número de datos respecto de éstos, pero ningún otro estado desarrollado ha creado un sistema de notificación igual que el americano. Vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, Ed. Routledge, Abingdon (Oxford), 2011, pp. 80 y ss y p. 118.

⁵⁶⁵ Vid. EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011, p. 73; WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16(2), 2005, p. 125; THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, en *Tulsa Law Review*, vol. 44, 2008-2009, p. 619; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 37.

⁵⁶⁶ A modo de ejemplo: Florida, Alabama, Nevada, Ohio o Arizona. En este sentido, vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit., p. 212; EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 74; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 37.

cerca de su casa, violado y posteriormente asesinado⁵⁶⁷; en 1993, una niña de 12 años⁵⁶⁸ y, en 1994, Megan Kanka de 7 años fueron secuestradas, abusadas sexualmente y asesinadas por parte de individuos que tenían antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual⁵⁶⁹. La repercusión mediática de tales hechos y la presión que ejercieron, especialmente, los padres de las dos últimas menores⁵⁷⁰ propició un cambio legislativo que fue impulsado por los estados⁵⁷¹ y que, rápidamente, el Congreso federal se apropió⁵⁷². Así, el estado de Washington fue el primer estado⁵⁷³ en aprobar en 1990 una ley, denominada *Community Protection Act*, que además de imponer la obligatoriedad de que los sujetos condenados por un delito contra la libertad e indemnidad sexual incorporasen sus datos personales en un registro, ofrecía la posibilidad de que la información contenida en éstos fuera notificada a la comunidad y, particularmente, al vecindario del lugar de residencia del sujeto. Con posterioridad, el estado de Nueva Jersey con la aprobación de la *Megan's Law* de 1994⁵⁷⁴ aportó, como principal novedad, la obligatoriedad de notificar a la comunidad la información de

⁵⁶⁷ Vid. supra en relación con la introducción del *civil commitment* en Washington. Asimismo, vid., THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 40-44.

⁵⁶⁸ Polly Klaas de California.

⁵⁶⁹ Vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., "Sex offender registration and community notification", op. cit., p. 213.

⁵⁷⁰ Una explicación del papel que jugaron los padres de las víctimas menores, vid. EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 74-76. Para una resumida pero clara exposición del proceso que concluye con la aprobación de las leyes penales dirigidas a los delincuentes sexuales, vid. WRIGHT, R., "Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?", op. cit., pp. 19-20. Ejemplos de los casos que motivaron la aprobación de leyes de registro, vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., "The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws", en *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2012, pp. 1076-1077.

⁵⁷¹ Con anterioridad a la aprobación de la ley federal de registro de delincuentes de carácter sexual - la *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act* - 24 estados habían ya aprobado sus propias leyes de registro y notificación, vid. WRIGHT, R., "Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?", op. cit., p. 29.

⁵⁷² En este sentido, vid. BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., "Sex offender registries: a content analysis", en *Criminal Justice Policy Review*, vol xx(X), 2012, p. 2; HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., "Implementing the Adam Walsh Act's sex offender registration and notification provisions: a survey of the states", op. cit., p.204.

⁵⁷³ Vid. HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., "Implementing the Adam Walsh Act's sex offender registration and notification provisions: a survey of the states", op. cit., p.204; SAMPLE, L. / EVANS, M., "Sex offender registration and community notification", op. cit., p. 214.

⁵⁷⁴ Promovida por lo que, en España, sería una iniciativa popular legislativa y que fue aprobada en menos de 90 días, vid. EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 76.

aquellos sujetos que, habiendo sido condenados por la comisión de un delito sexual, eran liberados de prisión⁵⁷⁵.

La finalidad de las leyes de registro y notificación era proteger a los menores de edad de aquellos individuos con antecedentes penales por la comisión de delitos de carácter sexual⁵⁷⁶. Según la lógica establecida por la *Jacob Wetterling Act*, si se tiene información suficiente de dichos sujetos la sociedad podrá proteger a los menores de forma más efectiva.

2.2. El impulso federal en la aprobación de leyes de registro y notificación.

En 1994 se aprobó la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*⁵⁷⁷ en la cual, en su Título XVII se regulaba la *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act* (en adelante *Jacob Wetterling Act*). En la ley federal, se establecía la normativa básica y preceptiva que los estados debían tener en cuenta en

⁵⁷⁵ Vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit., p. 214; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 45.

⁵⁷⁶ Vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1073; FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, op. cit., p.263; WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, op. cit., p. 125, que textualmente cita lo establecido en la guía de aplicación dictada por el Fiscal general: “to assist law enforcement and protect the public from convicted child molesters and violent sex offenders thought the requirements of registration and appropriate release of information”; LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21(1), 2005, p. 50; LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 21(4), 2010, p. 437, que refiriéndose a los registros en concreto, indica: “The original purpose of registration was to provide a tool by which law enforcement could quickly identify and apprehend (or rule out) potential suspects in cases of child abduction or other sexually motivated crimes”; vid. MATSON, S. / LIEB, R., “Sex offender registration: a review of state laws”, en *Children’s Legal Rights Journal*, vol. 17, 1997, p. 22.

⁵⁷⁷ Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994, Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1796 (1994).

el momento de aprobar sus propias leyes dirigidas a la creación de registros de delincuentes sexuales y a la notificación del contenido de éstos a la sociedad⁵⁷⁸.

En concreto, la *Jacob Wetterling Act* obliga a los estados a crear un registro en el que se inscriban todos aquellos sujetos condenados por un delito de carácter sexual, de secuestro en que la víctima sea menor de edad⁵⁷⁹ o por un delito de carácter sexual violento en que el sujeto condenado sea declarado *sexually violent predator*⁵⁸⁰. Estos sujetos están obligados a facilitar determinada información personal⁵⁸¹ antes de su definitiva liberación para que sea incorporada en el registro estatal donde los sujetos residan la que deberá mantenerse actualizada permanentemente y, además, ser verificada anualmente por parte de las autoridades. La duración de esta carga será, por regla general, de 10 años, durante los cuales las autoridades podrán notificar la información de un concreto sujeto siempre que sea necesario para proteger a la sociedad. Finalmente, la regulación federal establece que los estados deben implementar esta normativa en sus respectivos sistemas jurídico-penales en un plazo máximo de 3 años, prorrogable por 2 años más sólo si el estado en cuestión demuestra buena predisposición para su aprobación o, en caso contrario perderán el 10% de los fondos públicos destinados al sistema de justicia penal. La respuesta por parte de los estados fue contundente, en 1996 todos los estados habían aprobado leyes de registro, aunque sólo 17 permitían la posibilidad de notificar al resto de la sociedad su contenido⁵⁸². La obligación de crear registros estatales tenía la misión de ofrecer una herramienta para el

⁵⁷⁸ THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 46.

⁵⁷⁹ En el proyecto de ley se establecía que sólo debían registrarse aquellos sujetos condenados por un delito de carácter sexual en que la víctima fuere menor de edad aunque finalmente se ampliaron los sujetos. Vid. *Jacob Wetterling Crimes Against Children Registration Act*, H.R. 324, 103rd Cong. (1993); o una explicación de ello en WRIGHT, R., “Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?”, op. cit., p. 29.

⁵⁸⁰ Se consideran así aquellos sujetos que son reincidentes y tienen diagnosticado un desorden mental que les impide parar de cometer delitos sexuales, vid. WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, op. cit., p. 125.

⁵⁸¹ Entre otra información, el nombre y apellidos, la fotografía actual y el domicilio.

⁵⁸² Vid. LOGAN, W., “Sex offender registration and community notification: past, present, and future”, op. Cit., p. 6.

control de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual grave⁵⁸³ y al mismo tiempo, al posibilitar la notificación, proteger al resto de la sociedad de dichos sujetos.

Al cabo de tan sólo 2 años, y dada la repercusión de la *Megan's Law* que había sido aprobada en el estado de Nueva Jersey en 1994⁵⁸⁴, se aprobó la *Megan's Law*⁵⁸⁵ federal que reformó la *Jacob Wetterling Act* con el propósito de modificar el régimen de notificación del contenido de los registros, que pasó de ser opcional (*may*) a preceptivo (*shall*). Con todo, la modificación no indicaba como debía articularse la obligatoria notificación, es decir, no se especificaba qué información debía ser notificada. No se aclaraba si debía notificarse la información de todos los sujetos registrados, sólo de aquellos que presentasen un mayor riesgo de reincidencia o de aquellos que hubieran cometido un delito más grave como tampoco los medios por los que se debía realizar la notificación, entre otras cuestiones. Por consiguiente, partiendo de la normativa básica dictada por el congreso federal, los estados desarrollaron de forma desigual sus propias leyes de registro y notificación de aquellos sujetos que hubieran cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexual⁵⁸⁶. A modo de ejemplo⁵⁸⁷, algunos estados

⁵⁸³ Vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1077.

⁵⁸⁴ Fue en el mismo año 1994 que la menor Megan Kanka fue agredida sexualmente y posteriormente asesinada por un vecino con antecedentes penales. Los propios padres indicaron que si hubieran sabido de los antecedentes penales del agresor de su hija éstos hubieran podido protegerla mejor. En este sentido, vid. CRAUN, S., “Evaluating awareness of registered sex offenders in the neighborhood”, en *Crime and Delinquency*, Vol. 56(3), 2010, p. 414; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 47.

⁵⁸⁵ Que textualmente indica: «*RELEASE OF INFORMATION.—“(1) The information collected under a State registration program may be disclosed for any purpose permitted under the laws of the State. “(2) The designated State law enforcement agency and any local law enforcement agency authorized by the State agency shall release relevant information that is necessary to protect the public concerning a specific person required to register under this section, except that the identity of a victim of an offense that requires registration under this section shall not be released.”*».

⁵⁸⁶ En este sentido, vid. THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, op. cit., p. 620.

⁵⁸⁷ Para un análisis más detallado del desarrollo normativo de las leyes de registro y notificación por parte de los estados, vid. FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, op. cit., pp.263 y 264; WELCHANS, S., “Megan’s Law: Evaluations of sexual offender registries”, op. cit., p. 125; DUWE, G. / DONNAY, W., “The impact of Megan’s Law on sex offender recidivism: the Minnesota experience”, en *Criminology*, vol. 46(2), 2008, p. 412, donde se especifica la ley de registro y notificación adoptada en el Estado de Minnesota en 1997; MATSON, S. / LIEB, R., *Community notification in Washington State: a 1996 survey of law enforcement*, Ed. Olympia: Washington State Institute of Public Policy, 1996, p. 1, disponible electrónicamente en: <http://wsipp.wa.gov/rptfiles/sle.pdf> [última visita: 11/01/2013]; SMALL, J., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection,

establecieron una clasificación que servía para discriminar aquellos sujetos de los que debía notificarse información de aquellos que no sobre la base de la peligrosidad del sujeto o de la gravedad del delito cometido⁵⁸⁸ y otros, en cambio, decidieron notificar la información de todos los sujetos registrados. Incluso algunos estados ampliaron el listado de delitos de carácter sexual que conllevaba la obligación de registrarse. La duración de la obligación de estar sometido a registro y notificación también distaba entre estados, pues podía variar desde los 10 años – duración mínima establecida por la ley federal – hasta la perpetuidad. Los mecanismos de notificación comportaron una gran variedad de fórmulas, desde sistemas de notificación pasiva a través de internet o de números de teléfono de atención al público hasta sistemas de notificación activa a través de reparto de folletos, de reuniones vecinales para informar de los delincuentes sexuales liberados e incluso a través de incorporar dicha información en las facturas del agua⁵⁸⁹. Finalmente, el tipo de información que debía ofrecerse para ser posteriormente notificada también divergía en función del estado.

La gran disparidad entre las normativas estatales como consecuencia de la discrecionalidad otorgada por la normativa federal generó asimismo que se plantearan numerosos recursos judiciales derivados de la aplicación de las leyes registro⁵⁹⁰. Los dos más importantes se refirieron a la aplicación retroactiva de dichas leyes y a la falta de respeto a las debidas garantías durante el proceso de registro y posterior notificación, que se elevaron frente al Tribunal Supremo de Estados Unidos. Estos son, el caso *Smith*

and sex offender notification laws, en *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1459-1565; SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit. 215; COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: what we do know?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 51, No 5, 2007, p. 374.

⁵⁸⁸ En el estado de Nueva York, por ejemplo, sólo era notificada la información de aquellos sujetos clasificados en el nivel III a los que previamente se les había evaluado según el riesgo de reincidencia. En este sentido vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1994.

⁵⁸⁹ Vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., pp. 50 y 56; MATSON, S. / LIEB, R., “Sex offender registration: a review of state laws”, op. cit., p. 26; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 116-117; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes” en *Isonomía*, núm. 15, 2001, pp. 193-207 y en especial pp. 195-196.

⁵⁹⁰ Vid. SMALL, J., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws”, op. cit., pp. 1470 y ss.

v. *Doe*⁵⁹¹ y el caso *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*⁵⁹², ambos dictados en el mismo día del año 2003. En el primero de ellos, se planteó la vulneración de la *ex post facto clause*, contenida en el artículo 1 de la Constitución americana⁵⁹³, relativa a la prohibición de aplicar una ley que es punitiva – en este caso la ley de registro y notificación del estado de Alaska – con carácter retroactivo. El Tribunal Supremo de Estados Unidos desestimó⁵⁹⁴ la pretensión con el argumento de que si bien la ley de registro y notificación se aplica con carácter retroactivo, tiene carácter civil⁵⁹⁵ y por tanto no está sujeta a los requisitos sustantivos y procesales aplicables a las leyes penales⁵⁹⁶. En el segundo, se planteó la cuestión de que la aplicación de la ley de registro y notificación de Connecticut no respetaba las garantías del proceso en la medida que no se regulaba la celebración de una vista para poder determinar la peligrosidad del sujeto afectado antes de su inclusión en el registro⁵⁹⁷. En este supuesto, el Tribunal Supremo americano, al igual que en el caso anterior, desestimó la pretensión al considerar que el registro es sólo la consecuencia de la previa comisión de un delito contra la libertad sexual, lugar donde el sujeto ya tuvo garantizados sus derechos procesales⁵⁹⁸, y por lo tanto no es necesario determinar la peligrosidad para proceder a la inclusión del sujeto concreto en el registro.

⁵⁹¹ *Smith v. Doe*, 538 U.S. (2003).

⁵⁹² *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*, 538 U.S. 1 (2003).

⁵⁹³ Vid. YUNG, C., “One of these laws is not like the others: why the federal sex offender registration and notification act raises new constitutional questions”, en *Harvard Journal on Legislation*, vol. 46, 2009, p. 373.

⁵⁹⁴ Previamente, el Tribunal de apelación del noveno circuito estimó que la ley de registro y notificación del estado de Alaska vulneraba la *ex post facto clause*, vid. YUNG, C., “One of these laws is not like the others: why the federal sex offender registration and notification act raises new constitutional questions”, op. cit., p. 373.

⁵⁹⁵ Para determinar si una ley está configurada como punitiva o aun no estándolo, de facto, tiene efectos punitivos el Tribunal utiliza los siete factores establecidos en la sentencia *Mendoza-Martínez*. Vid. *Smith v. Doe*, 538 U.S. (2003).

⁵⁹⁶ CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1074; LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., p. 51; WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, op. cit., p. 126.

⁵⁹⁷ Vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1074.

⁵⁹⁸ Vid. YUNG, C., “One of these laws is not like the others: why the federal sex offender registration and notification act raises new constitutional questions”, op. cit., p. 377; LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., p. 50; WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, op. cit., p. 126.

La estimación de la constitucionalidad de las leyes de registro y notificación tuvo implicaciones muy importantes. Con la primera de las sentencias mencionadas se validaba la constitucionalidad de someter a las leyes de registro y notificación a aquellos sujetos condenados incluso con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes. La segunda, la estimación de la constitucionalidad de la ley del estado de Connecticut, se consideró una victoria para todos aquellos estados – un total de 23 en aquel entonces – que procedían a notificar, a través de internet, todos aquellos sujetos que tenían registrados⁵⁹⁹. A su vez, propició la aprobación de una nueva reforma de la *Jacob Wetterling Act* por medio de la *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today (PROTECT) Act of 2003*⁶⁰⁰, la cual obliga a los estados a desarrollar registros de delincuentes sexuales públicos a través de internet, y a la creación de un portal de internet de ámbito federal que vincule todos los registros estatales⁶⁰¹.

2.3. La *Adam Walsh Act* de 2006.

Una de las reformas más importantes que incorpora la ya mencionada *Adam Walsh Act* es la modificación de la *Jacob Wetterling Act* y la *Megan's Law* a través de la *Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)*. A diferencia de las anteriores reformas, la SORNA supone una modificación de gran calado de la *Jacob Wetterling*

⁵⁹⁹ Vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., p. 50.

⁶⁰⁰ Con anterioridad a la reforma de 2003 se efectuaron otras reformas federales de la *Jacob Wetterling Act* que consistieron en la creación de una base de datos federal del contenido de todos los registros estatales por medio de la *Palm Lychner Act of 1996* o la extensión de la notificación a los campus universitarios por medio de la *Campus Sex Crimes Prevention Act of 2000*, en este sentido, vid. LOGAN, W., “Sex offender registration and community notification: past, present, and future”, op. cit., p. 6; HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p. 204; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 48-50.

⁶⁰¹ Vid. LOGAN, W., “Sex offender registration and community notification: past, present, and future”, op. Cit., p. 6; HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.204; LETOURNEAU, J. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / ARMSTRONG, K. / SINHA, D., “The effects of sex offender registration and notification on judicial decisions”, en *Criminal Justice Review*, vol. 35(3), 2010, p. 296.

Act, que a su vez conlleva una reforma de todas las leyes de registro y notificación estatales. El propio nombre dado a la ley⁶⁰² y la declaración de intenciones⁶⁰³ de la misma es un reflejo de la orientación de modificación que se pretende abordar. En ella se indica expresamente que la ley es la respuesta a los ataques violentos a un total de 17 menores víctimas de delitos sexuales, que en muchos casos fueron finalmente asesinados, durante el periodo de 1989 a 2005.

Ante todo, es preciso indicar la gran diferencia que presenta la AWA frente a su antecesora, la *Jacob Wetterling Act*, tal como seguidamente se expondrá, puesto que reduce drásticamente la discrecionalidad de los estados a optar a la aprobación de una ley de registro y notificación más o menos acotada a un determinado número de delitos o de sujetos. La AWA pese a ser una ley de mínimos⁶⁰⁴ que los estados deben respetar, permite la posibilidad de endurecer el contenido establecido en la misma. En este sentido, la AWA permite la ampliación del número de delitos de carácter sexual que conllevan la inscripción en los registros, la extensión de la duración, la ampliación de la información que debe ofrecerse o notificarse en dichos registros o, entre muchas otras cuestiones, la reducción de los periodos de comprobación de la información ofrecida. La reducción de la discrecionalidad de los estados, por un lado, puede tener una vertiente positiva, la uniformización de los requisitos y consecuencias derivadas de la aplicación de estas leyes pero, por otro lado, el hecho de sólo establecer una uniformización de las leyes estatales en relación con los requisitos mínimos que todos deben respetar no soluciona el problema de la gran disparidad normativa entre los estados.

⁶⁰² El 27 de julio de 2006, fecha en que el presidente Bush firmó la *Adam Walsh Act*, se cumplían 25 años de la desaparición de Adam Walsh en 1981.

⁶⁰³ Literalmente establece: “*In order to protect the public from sex offenders and offenders against children, and in response to the vicious attacks by violent predators against the victims listed below, Congress in this Act establishes a comprehensive national system for the registration of those offenders*”

⁶⁰⁴ Tal como indica el Fiscal General en *The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification* en el *Federal Register* (8 de Julio de 2008): “*The Act generally constitutes a set of minimum national standards and sets a floor, not a ceiling, for jurisdictions’ programs*”. En el mismo sentido, vid. ROBBINS, S. N. K., “Homeless among sex offenders: a case for restricted sex offender registration and notification”, en *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 20, 2010, p. 209.

Veamos ahora las modificaciones más substanciales que presenta la AWA en relación con las leyes de registro y notificación⁶⁰⁵. En primer lugar, se crea un sistema de clasificación de los sujetos susceptibles de ser registrados en función del delito cometido, siendo el nivel I el inferior y el nivel III el superior. En el nivel III se incluyen todos aquellos sujetos que hayan cometido o hayan intentado cometer (tentativa) un delito de violación o agresión sexual agravada, un delito de abuso sexual en el que la víctima fuere menor de 13 años, un delito de secuestro en que la víctima fuere menor de edad⁶⁰⁶, cualquier otro delito de carácter sexual realizado por quien ya esté clasificado en el nivel II, o cualquier otro delito que sea de más grave o comparable naturaleza, siempre que esté castigado con una pena superior a 1 año. En el nivel II se incluyen todos aquellos sujetos que hayan cometido o hayan intentado cometer algún delito de carácter sexual en el que se someta un menor de edad a un acto de exhibicionismo sexual, se solicite a un menor el ejercicio de la prostitución, se produzca o distribuya material pornográfico infantil, se cometan abusos sexuales a menores de edad mayores de 12 años, cualquier otro delito de similar o mayor gravedad, así como cualquier otro delito menos grave cometido por quien ya esté clasificado en el nivel I, siempre que, en todos los casos, la comisión de dichos delitos comporte una pena de prisión superior a 1 año. Finalmente, en el nivel I, de carácter residual, se incluyen todos aquellos sujetos que hayan cometido un delito de carácter sexual que no esté incluido ni en el nivel II ni el nivel III⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Sobre las modificaciones más sustanciales, vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 50-52.

⁶⁰⁶ Ha comportado la inclusión en los registros de individuos que han cometido un delito de secuestro sin motivación sexual alguna, como así lo estima la sentencia del Tribunal Supremo de Illinois en el caso *People v Johnson* en la que el tribunal considera que el secuestro de un menor puede resultar en un abuso, con lo que la comisión de un delito de secuestro a un menor es suficiente para incluir a su autor en los registros de delincuente sexuales. En este sentido, vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., "The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws", op. cit., p. 1986 y ss. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Georgia, *Rainer v State of Georgia et al.*, de 15 de marzo de 2010 si bien con un voto particular que considera inconstitucional la inclusión de delitos no sexuales en los registros de delincuentes sexuales.

⁶⁰⁷ En el que se incluyen incluso el hecho de tener relaciones sexuales consentidas con una menor de edad que en muchos estados está previsto en aquellos casos en que el menor de edad tiene menos de 16 años. Un ejemplo muy ilustrativo, vid. EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 70-71; LONG, A., "Sex offender laws of the United Kingdom and the United States: Flawed systems and needed reforms" en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 18, 2009, p. 152.

La clasificación de los sujetos según el delito que hayan cometido implica básicamente dos consecuencias: la primera, en relación con el tiempo durante el cual los sujetos deben estar inscritos en el registro y, la segunda, en relación con la frecuencia en que deben actualizar la información que contiene los registros. De este modo, los sujetos clasificados en el nivel I deberán permanecer inscritos en el registro durante 15 años desde el momento en que son liberados de prisión, y deberán actualizar los datos ofrecidos anualmente. Los sujetos clasificados en el nivel II deberán permanecer inscritos durante 25 años y deberán actualizar dichos datos semestralmente, y aquellos clasificados en el nivel III deberán estar permanentemente inscritos en el registro de delincuentes sexuales y deberán actualizar sus datos trimestralmente. Se establece, no obstante, la posibilidad de reducir la obligación de estar inscrito en los registros. Aquellos sujetos clasificados en el nivel I, así como aquellos menores de 18 años clasificados en el nivel III podrán ver reducida la aplicación de los registros, siempre y cuando, durante al menos 10 años, para los primeros, y 25 años, para los segundos, no cometan ningún delito de carácter sexual o cualquier otro que conlleve una pena de prisión superior a 1 año, completen de forma satisfactoria – esto es, que no les sea revocada – cualquier periodo de supervisión postpenitenciario, *probation* o libertad condicional y finalicen, si es el caso, un programa de tratamiento de delincuentes sexuales.

En segundo lugar, la AWA amplía el ámbito territorial de aplicación de las leyes registro. En la *Jacob Wetterling Act* el ámbito territorial se circunscribía a los estados y el distrito de Columbia. A partir de 2006 la ley federal extiende la obligación de elaborar una ley de registro y notificación a las tribus indias o a Puerto Rico, entre otros territorios⁶⁰⁸.

En tercer lugar, se incluye entre los sujetos susceptibles de ser registrados aquellos menores de edad comprendidos entre los 14 y 17 años que hayan cometido un delito de agresión sexual u otro de comparable gravedad.

⁶⁰⁸ Vid. § 111(10) AWA.

En cuarto lugar, los sujetos a los cuales les sea de aplicación la AWA deben ser registrados y, con ello, ofrecer una serie de datos a las autoridades pertinentes en todos aquellos estados en que el sujeto resida, trabaje o estudie, antes de la finalización de la pena privativa de libertad que esté cumpliendo, o en un plazo máximo de tres días en el caso de no estar condenado a una pena privativa de libertad. En concreto, se establece que los sujetos deberán ofrecer su nombre completo y, si es el caso, sus alias, número de la seguridad social, domicilio, nombre y dirección de la empresa donde trabajen o estudien, matrícula y descripción de los vehículos que utilicen o sean de su propiedad, así como cualquier otra información que sea requerida por el Fiscal General de los Estados Unidos. En este sentido, el Fiscal General ha utilizado su potestad⁶⁰⁹ para incluir en los registros la siguiente información: la fecha de nacimiento, los números de teléfono que tenga el sujeto, el correo electrónico así como los alias utilizados en internet, una copia del pasaporte o, entre otras, ofrecer información de los lugares que habitualmente frecuente (restaurantes, parques, bibliotecas, etc.). Además, los estados deberán asegurarse de que la siguiente información esté incluida en los registros: descripción física del sujeto, el precepto penal infringido, los antecedentes penales incluidos los arrestos, los periodos de *probation*, libertad condicional o supervisión postpenitenciaria, una fotografía actual del sujeto, huellas, muestra de ADN, una fotocopia del carnet de conducir o de un carnet de identificación y cualquier otra información que considere el Fiscal General.

El § 118 de la AWA, que modifica el 42 USC § 16918, establece que todos los estados deben facilitar la consulta de la información contenida en los registros estatales a los ciudadanos a través de un portal web. La ley establece que, por regla general, debe ser notificada, a través de internet, toda la información contenida en los registros estatales de todos los sujetos inscritos, sin distinción del nivel en que han sido clasificados. Sin embargo, desde el momento en que el Fiscal General ha ampliado la información que debe aportarse para ser introducida en los registros, la realidad es otra bien distinta. En síntesis, la información de los sujetos registrados que obligatoriamente debe ser notificada es la siguiente: nombre completo y, si es el caso, sus alias, domicilio,

⁶⁰⁹ Vid. *The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification* en el *Federal Register* (8 de Julio de 2008).

dirección de la empresa donde trabaje o estudie, matrícula y descripción de los vehículos que utilice o sean de su propiedad, descripción física del sujeto y una fotografía actualizada⁶¹⁰. Igualmente, la ley federal establece que, aun no siendo de obligatoria notificación, los estados podrán optar por notificar la información de los sujetos clasificados en nivel I en que la víctima no sea menor de edad, o el nombre de la empresa donde trabaje o donde estudie cualquier sujeto registrado. Además, la ley establece que la información de los menores de edad registrados también debe ser notificada, aunque después de las reticencias que los estados han presentado a la posibilidad de notificar la información de los menores condenados a un delito de carácter sexual, el Fiscal General ha optado por considerar la notificación de los delincuentes juveniles como opcional⁶¹¹.

El Congreso federal de los Estados Unidos, con la aprobación de la nueva ley de registro y notificación, no sólo obliga a los estados a crear una página web en la cual los internautas puedan consultar los sujetos registrados como delincuentes sexuales – notificación pasiva -, sino que además obliga a los estados a notificar de forma activa el contenido de los registros susceptible de notificación al Fiscal General, a las instituciones responsables del control de la ejecución de penas, a los servicios sociales, a las organizaciones de voluntariado que tengan contacto con menores, a las escuelas de la zona donde resida, trabaje o estudie el concreto sujeto registrado e, incluso, a aquellos individuos u organizaciones que expresamente lo soliciten.

En sexto y último lugar, se establece que los estados deben introducir un precepto penal que castigue el hecho de no cumplir con los requerimientos establecidos en la SORNA. Estos requisitos son, ofrecer la información requerida para ser registrado, notificar cualquier modificación de los datos ofrecidos o verificar dichos datos en los plazos

⁶¹⁰ Aunque la SORNA no establezca que la dirección de correo electrónico deba notificarse a través de las páginas web, en las pautas de aplicación de la SORNA se establece la posibilidad de que en las mismas se incluya un apartado en el cual cualquier individuo pueda consultar si un determinado correo electrónico es de un sujeto registrado. Vid. *The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification* en el *Federal Register* (8 de Julio de 2008).

⁶¹¹ Vid. *Supplemental Guidelines for Sex Offender Registration and Notification en Federal Register* (11 de enero de 2011).

establecidos según el nivel en que esté clasificado, siendo su incumplimiento castigado con pena de prisión que debe ser superior a 1 año⁶¹².

Actualmente, además, está en trámite parlamentario en el Congreso federal la *International Megan's Law to Prevent Demand for Child Sex Trafficking Bill*⁶¹³ a través de la cual se dice pretende evitar la comisión de delitos de carácter sexual con motivo del llamado turismo sexual. Así pues, por un lado, se pretende obligar a que los sujetos registrados como delincuentes sexuales por la comisión de un delito sexual contra un menor informen a las autoridades de cualquier viaje al extranjero de modo que las autoridades americanas puedan informar a las del país de destino de la llegada de un ciudadano americano con antecedentes por la comisión de un delito de carácter sexual contra un menor. Por otro, se pretende que el Gobierno norteamericano negocie la celebración de convenios bilaterales con otros países para que éstos también creen un sistema de registro y notificación de delincuentes sexuales como el previsto en la *Adam Walsh Act*.

2.4. La implementación de la AWA por parte de los estados.

A diferencia de lo sucedido en la implementación de la *Jacob Wetterling Act*, los estados han sido reticentes a modificar sus propias leyes de registro y notificación de delincuentes sexuales para ser adaptadas a la AWA. La ley federal establece que los estados tienen un plazo de tres años⁶¹⁴ - hasta el 27 julio de 2009 - para implementar el Título I (SORNA) de la *Adam Walsh Child Protection and Safety Act* so pena de ver reducida la partida destinada al sistema de justicia penal en un 10% anualmente hasta la definitiva implementación. En la fecha de finalización del plazo ninguna jurisdicción

⁶¹² A modo de ejemplo, el código penal federal establece que aquellos sujetos a los que les sea aplicable la ley de registro y notificación federal y no se registren o no actualicen la información de los registros serán castigados con una pena de prisión de 5 a 30 años de prisión.

⁶¹³ Vid. H.R.4573 — 113th Congress (2013-2014). Disponible en www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/4573/text

⁶¹⁴ § 124 AWA.

había satisfecho los requerimientos mínimos indicados en la AWA⁶¹⁵. No obstante, el Fiscal General de los Estados Unidos haciendo uso de la facultad de extender el plazo de implementación de la AWA amplió el plazo en un año más⁶¹⁶, con la esperanza de que los estados actuaran acorde con la prórroga. Sin embargo, tan sólo 3 estados y 2 de las 186 tribus americanas así lo hicieron⁶¹⁷. Es por ello que cuando en 2010 237 jurisdicciones solicitaron una ampliación del plazo en un año más les fue concedida⁶¹⁸.

Ya en el año 2006, en la *National Conference of State Legislatures*⁶¹⁹ (NCSL) se criticó, por parte de los gobiernos estatales, que la AWA no establecía los suficientes recursos económicos para que fuera desarrollada y no respetaba las actuales leyes de registro que existían en los 50 estados. Además, consideraban que la *Adam Walsh Act* era inflexible y, en ciertos aspectos, de muy difícil adaptación⁶²⁰. El motivo principal por el que los estados se mostraron reticentes a adaptar sus legislaciones fue generalmente económico. Los costes derivados de la implementación de la AWA, junto con la reducción del presupuesto destinado al sistema de justicia penal dirigido a los estados como consecuencia de la crisis económica conllevaba un coste superior a la no implementación de la AWA, perder el 10% del presupuesto⁶²¹. Asimismo, la reticencia

⁶¹⁵ Vid. HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.206; vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit., p. 221.

⁶¹⁶ Vid. BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 4; HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.206.

⁶¹⁷ Vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 55; BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 4;

⁶¹⁸ Vid. BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 4.

⁶¹⁹ Organización interestatal que defiende los intereses de los gobiernos estatales ante el Congreso y las agencias federales.

⁶²⁰ Vid. Vid. HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.205.

⁶²¹ Vid. Vid. HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.206; LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., pp. 437-438; vid. SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit., p. 222. Una muestra del coste de implementación y de lo que supone para los estados la pérdida de un 10% del presupuesto, vid. EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and*

de los estados también se debe a motivos de carácter jurídico y criminológico. En primer lugar, los estados consideraron que notificar la información de aquellos menores de edad condenados por delitos de carácter sexual no respetaba los principios de justicia juvenil basados en la rehabilitación así como también era contrario a las leyes de muchos estados que establecían como principio rector la confidencialidad de los delitos cometidos por menores⁶²². En segundo lugar, muchos estados contemplaban leyes de registro y notificación muy desarrolladas, e incluso en algunos estados, sometidas a estudios empíricos en los que, por ejemplo, se establecía una clasificación de los sujetos según el riesgo de reincidencia y sólo era notificada la información de los más peligrosos. Por consiguiente, los estados no consideraban pertinente modificar sus leyes, con el gasto que esto suponía, para implementar la nueva ley federal que consideraban menos desarrollada. En tercer lugar, por el hecho de que la *Adam Walsh Act* era de posible aplicación con carácter retroactivo, pues, a pesar que no se establecía expresamente en la ley, así se indicó por el Fiscal General en la pautas de implementación de la AWA que deben seguir los estados⁶²³. Carácter retroactivo que por cierto los Tribunales Supremos de los estados de Ohio, Oklahoma, Alaska o Indiana han invalidado por vulnerar las respectivas constituciones estatales⁶²⁴. En otras palabras, la *Jacob Wetterling Act* había otorgado una gran discrecionalidad a los estados para poder desarrollar sus propias leyes de registro y notificación, y en 2006 el Congreso federal pretendía que los estados, en un plazo de dos años y en una época de crisis económica, modificasen su legislación al gusto del gobierno federal con tales

public policy, op. cit., pp. 105 y ss; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 54.

⁶²² Vid. HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, op. cit., p.206.

⁶²³ En las pautas de desarrollo de la AWA se indica que deben ser registrados: aquellos que estén cumpliendo condena (en prisión o alguna pena de ejecución en régimen de libertad) en el momento de entrada en vigor de la AWA, aquellos que ya estén registrados y aquellos que cometan un delito no sexual castigado con una pena de prisión superior a un año siempre y cuando el autor tenga antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual. Vid. *The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification* en el *Federal Register* (8 de Julio de 2008); *Supplemental Guidelines for Sex Offender Registration and Notification* en *Federal Register* (11 de enero de 2011).

⁶²⁴ Vid. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Sex offender registration and notification in the United States: current case law and issues*, August 2013. Disponible electrónicamente en http://www.smart.gov/caselaw/handbook_august2013.pdf. También, vid. las SSTSS *State v. Williams*, 952 N.E.2d 1108, 2011 (Ohio), *Doe v. State*, 189 P.3d 999, 2008 (Alaska), *Wallace v. State*, 905 N.E.2d 371, 2009 (Indiana) y *Starkley v. Oklahoma Department of Corrections*, 2013.

restricciones en la autonomía estatal lo que implicó grandes problemas de implementación⁶²⁵.

A parte de los problemas que han alegado algunos estados, otros directamente han indicado que no van a modificar sus propias leyes de registro y notificación para ser adaptadas a la AWA. Este es el caso del estado de California, de Texas o Colorado, los tres, tanto por motivos económicos⁶²⁶ como jurídicos. En relación con los motivos jurídicos, básicamente los estados se niegan a incluir a los menores de edad y a clasificar los sujetos según el delito cometido y no según el riesgo de reincidencia⁶²⁷. En este sentido, en los estados de Massachusetts, Minnesota o Nueva York se clasifican los sujetos en atención al riesgo de reincidencia y sólo se divulga de forma amplia la información de los individuos clasificados en los niveles más altos⁶²⁸, aunque también es cierto que muchos otros establecen una notificación general de todos los sujetos en sus leyes de registro y notificación⁶²⁹.

Al término del plazo definitivo de implementación de la AWA – 27 de julio de 2011 – 15 estados, 2 territorios y 16 tribus habían aprobado leyes de registro acordes con los

⁶²⁵ Vid. LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., p. 437.

⁶²⁶ Por ejemplo el estado de California, y el estado de Texas con cálculos similares, estima que implementar la AWA tendría un coste de más de 30 millones de dólares cuando el 10%, en el año 2008, representa 1,2 millones de dólares.

⁶²⁷ Puede consultarse la posición del estado de California en <http://www.casomb.org/docs/Adam%20Walsh%20Position%20Paper.pdf> [última visita: 07/02/2013].

⁶²⁸ En Massachusetts, por ejemplo, sólo se notifica a través de internet la información de aquellos sujetos clasificados en nivel III y en Nueva York la de los clasificados en nivel II y III. En Minnesota, la información de los clasificados en nivel I se notifica a las víctimas del delito, testigos y agencias de policía, los de nivel II se notifica, además, a las escuelas próximas de la residencia o lugar de trabajo del sometido a notificación y aquellos que expresamente lo soliciten y, los clasificados en el nivel III de forma amplia a través de internet. En relación con la notificación en los estados de Massachusetts y Nueva York, vid. CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1991; para una exposición sobre el sistema de notificación de Minnesota, vid. DUWE, G. / DONNAY, W., “The impact of Megan’s Law on sex offender recidivism: the Minnesota experience”, op. cit., p. 413.

⁶²⁹ Vid. HARRIS, A. / LEVENSON, J. / ACKERMAN, A., “Registered sex offenders in the United States: behind the numbers”, en *Crime and Delinquency*, XX(X), 2012, p. 19.

requerimientos establecidos por la ley federal de 2006⁶³⁰ y actualmente 16 estados, 3 territorios y 36 tribus⁶³¹. Entre los estados pueden encontrarse variaciones en la implementación de la AWA, sobre todo respecto a los delitos que conllevan la obligación de estar sometido a registro, de la duración y del periodo que debe actualizarse la información registrada y notificada⁶³².

A modo de ejemplo, el estado de Florida y de Carolina del Sur han establecido, en todos los casos, que la obligación de estar sometido a registro sea perpetua⁶³³. En cambio, estados como Nevada, Kansas, Misisipi o Ohio han establecido las duraciones mínimas indicadas por la AWA. En relación con el número de delitos susceptibles de registro, la mayoría de estados han incrementado el listado de delitos hasta el punto que, en algunos casos, no hay relación alguna entre el delito cometido y una supuesta motivación sexual. Por si todo esto no fuera suficiente, algunos estados han complementado la obligación de someter a registro y notificación a aquellos sujetos condenados por un delito de carácter sexual a la imposición de restricciones de residencia⁶³⁴.

2.5. La ampliación de los registros a otras categorías de delitos.

Junto con los registros de los delincuentes sexuales y la obligatoriedad de notificar la información contenida en los mismos, algunos estados han empezado a crear registros para otras tipologías delictivas. Así, estados como Kansas, Oklahoma, Montana o

⁶³⁰ Vid. BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 4.

⁶³¹ Los estados son: Alabama, Delaware, Florida, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Mississippi, Missouri, Nevada, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee and Wyoming. El listado completo de jurisdicciones que han implementado la AWA puede encontrarse en: <http://www.smart.gov/sorna.htm>.

⁶³² Podría añadirse otros tantos aspectos como por ejemplo los métodos de notificación que los estados pueden añadir a la obligada notificación a través de los webs. Así, el estado de Luisiana obliga a notificar vía correo electrónico sus datos a todos aquellos vecinos del lugar de su residencia, vid. en este sentido La. Rev. Stat. § 15:542.1; CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, op. cit., p. 1991.

⁶³³ Puede encontrarse información sobre los estados, y sus respectivas leyes de registro y notificación, que han adaptado sus ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la *Adam Walsh Act* en <http://www.ojp.usdoj.gov/smart/sorna.htm> [última visita: 24/10/2014].

⁶³⁴ Vid. *infra* el apartado siguiente relativo a las restricciones de residencia.

Connecticut han creado sus respectivos registros de delincuentes llamados violentos entre los que se incluyen los delitos contra la vida o delitos de lesiones graves o determinados delitos de tráfico de drogas⁶³⁵. No obstante, a diferencia de los registros de delincuentes sexuales, la notificación de los registros de delincuentes violentos todavía no es pública para cualquiera en todos los casos⁶³⁶.

2.6. La realidad criminológica de los delincuentes sexuales.

La regulación de las distintas leyes de registro y notificación aprobadas en los últimos 20 años en los Estados Unidos es una muestra más de la política criminal estadounidense de mano dura y muestra determinadas ideas preconcebidas, potenciadas por los medios de comunicación y el poder político, en relación con aquellos sujetos que han cometido un delito contra la libertad o indemnidad sexual. En primer lugar, la finalidad de las leyes de registro, dar a conocer los sujetos liberados que han sido condenados por un delito de carácter sexual, y con ello dar herramientas a la sociedad para poder protegerse⁶³⁷, junto con la ampliación de la notificación proclamada por la AWA, deja entrever que la delincuencia sexual es un fenómeno uniforme y que todos los sujetos son reincidentes⁶³⁸. En segundo lugar, el hecho de que la aprobación de las leyes de registro y notificación sean, en muchos de los casos, el resultado de un suceso en el que se ha cometido una agresión sexual a un menor con resultado de muerte deja entrever que las víctimas de los delitos de carácter sexual acostumbran a ser menores de

⁶³⁵ Cfr. Kansas Statute § 22-4902, Montana Code § 46-23-502, o la *Mary Rippy Violent Crime Offenders Registration Act 2004* en el estado de Oklahoma integrada en el Código de Oklahoma.

⁶³⁶ Sí que es así en el estado de Kansas donde puede consultarse la información de los delincuentes registrados tanto por delitos de carácter sexual, violento o tráfico de drogas. Cfr. Kansas Statute § 22-4909 o la página web de acceso público donde se puede consultar la información de los delincuentes registrados <http://www.kbi.ks.gov/registeredoffender/> [última visita: 04/03/2014]

⁶³⁷ Si bien es cierto que las primeras leyes aprobadas parecía que estaban orientadas fundamentalmente a la recopilación de información de los sujetos condenados, a partir de la aprobación de la Megan's Law 1996 federal puede afirmarse que el principal objetivo es ofrecer información a la sociedad de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual.

⁶³⁸ En una encuesta realizada en el estado de Brevard (Florida) se indica que la población cree que un 74% de los delincuentes sexuales son reincidentes. Vid. LEVENSON, J. / BRANNON, Y. / FORTNEY, T. / BAKER, J., "Public perceptions about sex offenders and community protection policies", en *Analyses of Social Issues and Public Policy*, vol. 7, 2007, p. 13.

edad y que los agresores matan a sus víctimas. En tercer lugar, la notificación de los datos de los sujetos condenados es una muestra de que, con carácter general, no existe una relación previa entre agresor y víctima⁶³⁹, con lo cual la necesidad de informar a la sociedad de quienes son los agresores resulta necesaria. Finalmente, del hecho de ofrecer información de los delincuentes a la sociedad fácilmente puede extraerse que se pretende traspasar parte de la responsabilidad estatal relativa a la evitación de la comisión de conductas delictivas a la propia sociedad.

Lo cierto es que los datos criminológicos ofrecidos por la mayoría de los estudios no validan las hipótesis que se derivan de la regulación de las leyes de registro y notificación. La reincidencia de los delincuentes sexuales es generalmente inferior a la reincidencia que presenta la delincuencia violenta. Según datos oficiales de *Bureau of Justice Statistics*, un 5,3% de los sujetos que fueron liberados de prisión por la comisión de un delito de carácter sexual en 1994 fueron arrestados en los 3 años siguientes⁶⁴⁰, mientras que en el caso de los sujetos condenados por un delito violento⁶⁴¹ el porcentaje se eleva a un 61,7%. Por otra parte, los datos aportados por diversos estudios criminológicos estiman que la reincidencia de la delincuencia sexual es

⁶³⁹ En este sentido, vid. LEVENSON, J. / BRANNON, Y. / FORTNEY, T. / BAKER, J., “Public perceptions about sex offenders and community protection policies”, op. cit., p. 13, donde se indica que los encuestados consideran que más del 40% de los delitos de carácter sexual se cometen en casos el agresor y la víctima son desconocidos; TERRY, K. J., “Impacts of sex offender notification on community behavior”, en *Criminology & Public Policy*, vol. 10, 2011, p. 277.

⁶⁴⁰ LANGAN, P. / SCHMITT, E. / DUROSE, M., Recidivism of sex offenders released from prison in 1994, Bureau of Justice Statistics, 2003. Disponible en <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1136>.

⁶⁴¹ HUGHES, T. / WILSON, D., Reentry in the United States, Bureau of Justice Statistics, 2002. Disponible en <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1138>.

aproximadamente de entre el 5% y el 15%⁶⁴², siendo los condenados por delitos de violación y agresión sexual a menores los más reincidentes⁶⁴³.

En relación con el tipo de víctima, en más del 60% de los delitos cometidos la víctima es menor de edad⁶⁴⁴. No obstante, los estudios indican que la comisión de un delito de carácter sexual que termine con el resultado de muerte es muy poco frecuente. En concreto, un estudio realizado en el estado de Illinois demuestra que sólo el 2% de los sujetos que han cometido un delito de carácter sexual termina matando a su víctima⁶⁴⁵.

Finalmente, todos los datos oficiales así como los estudios criminológicos indican que en la gran mayoría de delitos de carácter sexual existe una relación entre agresor y víctima previa al hecho delictivo. Los delitos sexuales en que entre el agresor y la víctima no hay una relación previa (familiares, pareja, expareja, conocidos, etc.) son aproximadamente el 16%⁶⁴⁶. Esta falta de relación entre agresor y víctima según la edad

⁶⁴² Vid. SMALL, J., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws, op. cit., pp. 1457, quien indica que el 8,9% de delincuentes sexuales son reincidentes o WRIGHT, R., “Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?”, op. cit., p. 26, que en un estudio de 17,000 delincuentes sexuales en el estado de Illinois menos del 10% fueron arrestados (no condenados) por un delito sexual dentro de los 5 años siguientes a su liberación aunque casi el 50% por un delito en general. En otro estudio realizado en 17 estados el resultado fue que los sujetos condenados por un delito de carácter sexual volvían a ser arrestados el 4,5% de los sujetos que estaban en *probation*, vid. MELOY, M., “The sex offender next door: an analysis of recidivism, risk factors and deterrence of sex offenders on probation”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16, 2005, p. 227. SAMPLE, L. / BRAY, T., “Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 17, 2006.

⁶⁴³ Vid. SMALL, J., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws, op. cit., pp. 1458; solo en referencia a los violadores y con índices de reincidencia igualmente muy bajos, vid. VÁSQUEZ, B. / MADDAN, S. / WALKER, J., “The influence of sex offender registration and notification laws in the United States: a time-series analysis”, en *Crime and Delinquency*, vol. 54, 2008, p. 178; SAMPLE, L. / BRAY, T., “Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns”, op. cit., p. 95, en el que se muestra un estudio sobre los índices de reincidencia de los delincuentes sexuales según el delito cometido realizado en el estado de Illinois. Puede comprobarse que el índice de reincidencia más elevado lo presentan los sujetos que han cometido un delito de pornografía infantil con un 10% de reincidencia.

⁶⁴⁴ Vid. LANGAN, P. / SCHMITT, E. / DUROSE, M., Recidivism of sex offenders released from prison in 1994, op. cit., p. 36; Report to the Ohio criminal sentencing commission: sex offenders, Office of Criminal Justice Services, 2006, p. 4. Disponible en http://www.publicsafety.ohio.gov/links/ocjs_SexOffenderReport.pdf.

⁶⁴⁵ Es un porcentaje muy bajo sobre todo si se compara en relación con otros delitos como robo, lesiones, vid. SAMPLE, L., “An examination of the degree to which sex offenders kill”, en *Criminal Justice Review*, vol. 31, 2006, p. 240.

⁶⁴⁶ Vid. WRIGHT, R., “Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?”, op. cit., p. 21; LANGAN, P. / SCHMITT, E. / DUROSE, M., Recidivism of sex offenders released from prison in

es de aproximadamente el 34,4% en mayores de edad y del 6,7% cuando la víctima es menor⁶⁴⁷; unas cifras realmente bajas si se tiene en cuenta la finalidad de la introducción de las leyes de registro y notificación⁶⁴⁸ o si se compara con los índices de delitos violentos cometidos por desconocidos, que están alrededor del 50%⁶⁴⁹.

Con todo, son muchos los estudios criminológicos que han analizado la efectividad de las leyes de registro y notificación para prevenir la reincidencia de los condenados por un delito sexual, pero también en relación con la utilidad social o con las consecuencias colaterales de las leyes.

2.7. La efectividad de las leyes de registro y notificación.

2.7.1. La reducción de la reincidencia.

Respecto a la incidencia de las leyes de registro y notificación en la reducción de la reincidencia, la mayoría de los estudios indican que son ineficaces o su eficacia es muy limitada⁶⁵⁰. A modo de ejemplo, en 1995 se realizó un estudio en el estado de Washington en el que se compararon los índices de reincidencia de aquellos individuos sometidos a las leyes registro y aquellos que no lo habían sido. Los resultados mostraron que un 19% de los individuos sometidos a la ley del estado volvieron a reincidir respecto a un 22% de aquellos que no estaban sujetos a los registros⁶⁵¹. En 2000, un estudio realizado en Iowa reveló que los índices de reincidencia eran

1994, op. cit., p 36; COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: what we do know?”, op. cit., p. 374; BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 15.

⁶⁴⁷ Vid. LANGAN, P. / SCHMITT, E. / DUROSE, M., Recidivism of sex offenders released from prison in 1994, op. cit., p 36.

⁶⁴⁸ Además de ser una cifra realmente reducida la introducción de las leyes de registro y notificación no ha hecho reducir el número de delitos sexuales cometidos por personas desconocidas. En este sentido, vid. HARRELL, E., *Violent victimization committed by strangers, 1993-2010*, Bureau of Justice Statistics, 2012, p. 2.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., pp. 93 y ss.

⁶⁵¹ Vid. LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., p. 438.

prácticamente iguales entre los delincuentes sometidos a notificación y los que no (3% y 3,5%, respectivamente)⁶⁵². En 2009, en el estado de Nueva Jersey un estudio indicó que un 7,6% de los sujetos sometidos a notificación reincidieron respecto a un 10% del grupo de control⁶⁵³. En el estado de Carolina del Sur, si se comparan los índices de reincidencia de los sujetos condenados por delitos sexuales en términos anuales los resultados son muy variables y por ejemplo, en 1995 y en 2004 eran del 5% y en 2005 del 8%⁶⁵⁴. En otro estudio realizado en el estado de Nueva York (datos del 2004) el índice de reincidencia entre los individuos registrados y los que no varía en dos puntos (6,8% notificación y 8% grupo de control) y además se observa que se incrementa el número de detenciones de aquellos individuos sometidos a registro y notificación⁶⁵⁵. Los resultados de un estudio realizado en 2008, en 10 estados norteamericanos, revela que las leyes de registro y notificación no reducen significativamente la reincidencia: en tres estados se muestra una reducción de la reincidencia, en otro un aumento de ésta, mientras que en el resto de estados no se muestra ninguna variación⁶⁵⁶. Por el contrario, un estudio realizado en el estado de Minnesota, donde sólo se notifica online la información de aquellos clasificados en el nivel 3, indica que la ley de registro y notificación es efectiva. Los resultados muestran que sólo un 5% de los clasificados en nivel 3 reinciden a diferencia del 13% de los clasificados en nivel 2, y la diferencia aun es mayor cuando es comparada con los índices de reincidencia del grupo de control que, en éste caso, llega al 36%⁶⁵⁷.

Por lo general, la variación entre los índices de reincidencia de los individuos que no están sujetos a las leyes de registro y notificación y aquellos que sí lo están es tan

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., p. 439.

⁶⁵⁴ Vid. LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., p. 447.

⁶⁵⁵ FREEMAN, N., “The public safety impact of community notification laws: rearrest of convicted sex offenders”, en *Crime and Delinquency*, vol. 58, 2012, pp. 551 y 559.

⁶⁵⁶ Vid. VÁSQUEZ, B. / MADDAN, S. / WALKER, J., “The influence of sex offender registration and notification laws in the United States: a time-series analysis”, op. cit., pp. 186-187.

⁶⁵⁷ Vid. DUWE, G. / DONNAY, W., “The impact of Megan’s Law on sex offender recidivism: the Minnesota experience”, op. cit., p. 429.

reducida que podría decirse que las leyes de registro y notificación no han tenido ningún efecto en la reducción de la reincidencia de los sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual⁶⁵⁸.

2.7.2. Las consecuencias colaterales.

Por si no fuera suficiente, los estudios realizados en este campo han demostrado que las leyes de registro y notificación tienen un impacto negativo en los individuos cuya información se notifica⁶⁵⁹. Por un lado, los resultados de los estudios empíricos reflejan que la gran mayoría de los individuos sufren consecuencias psicológicas negativas derivadas de la aplicación de las leyes de registro y notificación⁶⁶⁰. Esto es, los estudios apuntan que más del 50% de los individuos, e incluso se considera que en algunos casos puede las cifras pueden llegar al 70 o 90%⁶⁶¹, han padecido, entre otros sentimientos, estrés, aislamiento social, pérdida de amistades o vergüenza⁶⁶². No obstante, una parte de los sujetos considera que también les genera efectos positivos, sobre todo motivación

⁶⁵⁸ Vid., entre otros muchos, LASCHER, M. / MCGRATH, R., “The impact of community notification on sex offender reintegration: a quantitative review of the research literature”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 56, 2012; ZGOBA, K. / WITT, P. / DALESSANDRO, M. / VEYSEY, B., *Megan’s Law: assessing the practical and monetary efficacy*, National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2008; FREEMAN, N., “The public safety impact of community notification laws: rearrest of convicted sex offenders”, op. cit.; LEVENSON, J. / D’AMORA, D. / HERN, A., “Megan’s Law and its impact on community re-entry for sex offenders”, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 25, 2007; HARRIS, A. / LEVENSON, J. / ACKERMAN, A., “Registered sex offenders in the United States: behind the numbers”, op. cit.; PALERMO, G. B., “An old problem seeking a new solution: sexual offenders”, en *International of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 56, 2012, p. 4; TERRY, K. J., “Impacts of sex offender notification on community behavior”, op. cit., pp. 275-276.

⁶⁵⁹ En este sentido, entre otros, vid. WINICK, B. J., “A therapeutic jurisprudence analysis of sex offender registration and community notification laws”, en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, Ed. American Psychological Association, Washington DC, 2003, p. 219-220.

⁶⁶⁰ Los estudios, además, apuntan que no sólo los registrados padecen consecuencias psicológicas negativas, sino también sus familiares. En este sentido, vid. LASCHER, M. / MCGRATH, R., “The impact of community notification on sex offender reintegration: a quantitative review of the research literature”, op. cit., p. 10.

⁶⁶¹ Vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., pp. 52, 58.

⁶⁶² Vid. LEVENSON, J. / D’AMORA, D. / HERN, A., “Megan’s Law and its impact on community re-entry for sex offenders”, op. cit., p. 594; en relación con la pérdida de amistades, Vid. TEWKSBURY, R., “Collateral consequences of sex offender registration”, en *Journal of Contemporary Criminal justice*, vol. 21, 2005, p. 75.

para evitar la comisión de delitos como fruto del conocimiento por parte de la sociedad de su condición de delincuentes sexuales⁶⁶³.

Por otro lado y aún más grave, una parte de los individuos sometidos a los registros han padecido consecuencias negativas en su vida diaria. Aproximadamente una cuarta parte de los sujetos han perdido su trabajo, un 15% su casa y más del 20% han sido acosados o han padecido daños en sus propiedades por el hecho de ser delincuentes sexuales⁶⁶⁴. Las consecuencias son aún peores en el estado de Kentucky, donde el porcentaje de individuos que han perdido su trabajo llega al 42,7%, los que han perdido su casa alcanza al 45,3% y los que han sido acosados llega al 47%⁶⁶⁵. Asimismo, los resultados del estudio realizado en Kentucky muestran que los individuos condenados por delitos en los que la víctima es adulta padecen muchas más consecuencias negativas que aquellos cuya víctima es menor de edad⁶⁶⁶. Finalmente, un estudio realizado en Florida concluye que aquellos sujetos que residen en lugares donde la notificación se realiza a través de métodos activos tienen mayores probabilidades de padecer consecuencias negativas⁶⁶⁷.

El padecimiento de sentimientos negativos y de consecuencias negativas para la vida diaria de los sujetos registrados implica un doble efecto consecutivo. En primer lugar, las propias consecuencias negativas derivadas del registro y, en segundo lugar, las derivadas de éstas. Esto es, la falta de respaldo social y, en algunos casos, incluso la

⁶⁶³ Vid. LEVENSON, J. / D'AMORA, D. / HERN, A., "Megan's Law and its impact on community re-entry for sex offenders", op. cit., p. 594; LEVENSON, J. / COTTER, L., "The effect of Megan's Law on sex offender reintegration", op. cit., p. 56.

⁶⁶⁴ Los datos ofrecidos son aproximados de estudios realizados en Indiana y Connecticut i Florida. Para conocer los resultados ampliamente detallados, Vid. LEVENSON, J. / D'AMORA, D. / HERN, A., "Megan's Law and its impact on community re-entry for sex offenders", op. cit., p. 594; LEVENSON, J. / COTTER, L., "The effect of Megan's Law on sex offender reintegration", op. cit., p. 58.

⁶⁶⁵ Vid. TEWKSBURY, R., "Collateral consequences of sex offender registration", op. cit., p. 75.

⁶⁶⁶ El resultado, considera el estudio, es debido a que los sujetos condenados por un delito sexual en que la víctima es menor de edad evitan todo lo posible que la gente de su entorno conozca ésta circunstancia. Sólo un 39,2% de los individuos penados por un delito contra un menor dice que más del 90% de las personas de su entorno sabe que ha cometido tal delito respecto el 59,6% de los sujetos en que la víctima es mayor de edad, vid. TEWKSBURY, R., "Collateral consequences of sex offender registration", op. cit., p. 76.

⁶⁶⁷ Vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., "The effect of Megan's Law on sex offender reintegration", op. cit., p. 58.

exclusión social lo que genera un incremento de los factores dinámicos de riesgo y por tanto incrementa las probabilidades de volver a cometer delitos⁶⁶⁸.

2.7.3. La opinión pública y el uso de los registros.

Las diversas encuestas realizadas a la población para conocer el conocimiento y utilización de las leyes de registro y notificación muestran una tendencia similar. Por lo general, la sociedad conoce las leyes de registro y las páginas web donde se notifica la información de los sujetos condenados por delitos de carácter sexual. Más del 90% de la población conoce las leyes de registro y, al menos, un 80% considera que son efectivas⁶⁶⁹, aunque sólo un tercio de la sociedad ha consultado alguna vez los listados de delincuentes sexuales⁶⁷⁰. Más revelador es un estudio realizado en el estado de Washington por el que se pretendía conocer el uso de las leyes de registro en el que se indica que sólo un 31% del total de la población conoce si algún delincuente sexual vive cerca de su residencia, si bien el porcentaje llega al 60% en aquellos casos en que previamente habían respondido que estaban familiarizados con los registros⁶⁷¹. Incluso en otro estudio realizado en el estado de Nebraska se muestra que sólo un tercio de la población que ha tenido noticia de forma activa de los sujetos condenados por un delito

⁶⁶⁸ En este sentido, vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., "The effect of Megan's Law on sex offender reintegration", op. cit., p. 62; LEVENSON, J. / D'AMORA, D. / HERN, A., "Megan's Law and its impact on community re-entry for sex offenders", op. cit., p. 598.

⁶⁶⁹ Vid. CRAUN, S., "Evaluating awareness of registered sex offenders in the neighborhood", op. cit., p.415; LASCHER, M. / MCGRATH, R., "The impact of community notification on sex offender reintegration: a quantitative review of the research literature", op. cit., p. 9; BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., "Sex offender registries: a content analysis", op. cit., p. 15; LEVENSON, J. / D'AMORA, D. / HERN, A., "Megan's Law and its impact on community re-entry for sex offenders", op. cit., p. 589; WELCHANS, S., "Megan's Law: evaluations of sexual offender registries", op. cit., p. 127; Vid. LEVENSON, J. / BRANNON, Y. / FORTNEY, T. / BAKER, J., "Public perceptions about sex offenders and community protection policies", op. cit., p. 14, donde además se indica que la notificación de los registros es la medida considerada más efectiva para reducir la delincuencia sexual, seguida de la prisión y el tratamiento de los sujetos.

⁶⁷⁰ Vid. LASCHER, M. / MCGRATH, R., "The impact of community notification on sex offender reintegration: a quantitative review of the research literature", op. cit., p. 9; BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., "Sex offender registries: a content analysis", op. cit., p. 15; SAMPLE, L. / BRAY, T., "Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns", op. cit., p. 100.

⁶⁷¹ Vid. CRAUN, S., "Evaluating awareness of registered sex offenders in the neighborhood", op. cit., p.428.

sexual ha tomado algún tipo de medida de protección⁶⁷². En consecuencia, otra de las finalidades de las leyes de registro y notificación, esto es, ofrecer información de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual para el conocimiento y posible autoprotección por parte de la sociedad, no se ve respaldada por los resultados empíricos. Esto es, aún conociendo la existencia de dichas leyes gran parte de la población ni hace uso de ellas ni toma medida alguna de protección⁶⁷³.

2.8. Conclusiones.

Por una parte, las leyes de registro y notificación constituyen una limitación de los derechos constitucionales de los individuos condenados por un delito de carácter sexual que, en el mejor de los casos, durará quince años e incluso, en algunos estados, será a perpetuidad sin distinción de la gravedad del delito cometido o del riesgo de reincidencia futuro. Por otra parte, la finalidad establecida en las distintas leyes se basa en una idea que no es acorde a la realidad y que, aun considerando que los registros puedan tener algún efecto positivo, los estudios criminológicos demuestran que ni reducen la reincidencia de los sujetos implicados ni parece que el público tenga un especial interés en conocer los delincuentes sexuales liberados pero, por el contrario, los sujetos condenados padecen una serie de consecuencias sociales muy negativas para su reinserción. En resumen, con la aprobación de leyes de registro y notificación se pretendió crear la impresión de que los gobiernos (federal y estatales) están haciendo alguna cosa para reducir el número de delitos de carácter sexual, creando así una falsa sensación de seguridad a la ciudadanía⁶⁷⁴.

⁶⁷² Vid. SAMPLE, L. / EVANS, M. / ANDERSON, A., “Sex offender community notification laws: are their effects symbolic or instrumental in nature?”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 22, 2011, p. 44

⁶⁷³ La diferencia entre el porcentaje de la sociedad que conoce de la existencia de las leyes de registro y del uso de las mismas conduce a creer que el motivo es la falta de interés por parte de la sociedad en conocer los delincuentes sexuales que han sido liberados. En este sentido, vid. BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, op. cit., p. 15.

⁶⁷⁴ EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, op. cit., p. 109.

Por parte de la doctrina norteamericana se propone modificar las leyes de registro y notificación en el sentido de proponer un sistema de clasificación basado en una evaluación individual de riesgo donde sólo respecto de aquellos sujetos que presenten un mayor riesgo fuere obligatoria la publicidad de sus datos⁶⁷⁵. Con ello se podría reducir el padecimiento de las consecuencias psicológicas y sociales negativas para una gran parte de aquellos sujetos registrados y además se permitiría identificar aquellos sujetos que realmente pueden generar un riesgo real para la sociedad, reduciendo así el coste de implementación y aumentando la eficiencia de las leyes de registro y notificación⁶⁷⁶. Esto es, supondría un mayor equilibrio entre el derecho a la información por parte de la sociedad⁶⁷⁷, a conocer los individuos que han cometido un delito de carácter sexual, y los costes sociales y económicos de la implementación de este tipo de leyes y la reintegración de estos individuos. En mi opinión, considero que, a raíz de los diversos datos y estudios criminológicos que se han señalado, la publicidad de la información personal relativa a individuos que han cometido un acto delictivo no debería de producirse, si bien podría resultar tolerable en aquellos casos en que la notificación se produjera sólo en relación con aquellos sujetos que presentasen un elevado riesgo de reincidencia y siempre que no existiera una relación previa entre el agresor y la víctima. Además, sería preciso que se limitaran los datos personales que se ofrecieran a la sociedad, siendo sólo notificados aquellos imprescindibles para

⁶⁷⁵ Vid. LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., p. 63; COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: what we do know?”, op. cit., p. 377; SMALL, J., “Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws”, op. cit., pp. 1490;

⁶⁷⁶ Vid. LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., “Effects of South Carolina’s Sex offender registration and notification policy on adult recidivism”, op. cit., p. 455; LEVENSON, J. / COTTER, L., “The effect of Megan’s Law on sex offender reintegration”, op. cit., p. 63; FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, op. cit., p. 265; LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / ARMSTRONG, K. / SINHA, D., “The effects of sex offender registration and notification on judicial decisions”, en *Criminal Justice Review*, vol. 35, 2010, pp. 312-313; SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, op. cit., p. 237.

⁶⁷⁷ Que no quedaría reducido, sino que racionalizado por ser sólo pública la información de aquellos que tienen más probabilidades de cometer nuevos delitos con lo que a la vez se eliminaría el exceso de información que dificulta poder conocer la información de aquellos sujetos que realmente presentan un riesgo para la sociedad. En este sentido, vid. HARRIS, A. / LEVENSON, J. / ACKERMAN, A., “Registered sex offenders in the United States: behind the numbers”, op. cit., p. 23.

identificar al concreto individuo⁶⁷⁸ con lo que se reducirían las consecuencias psicológicas y sociales que pueden padecer los individuos afectados. Finalmente, tal y como se ha establecido por los tribunales supremos de algunos estados de Estados Unidos las leyes de registro y notificación tienen un objetivo punitivo⁶⁷⁹ y no sólo civil por lo que, en ningún caso, deberían aplicarse con carácter retroactivo.

3. Las restricciones de residencia a delincuentes sexuales.

3.1. La implementación y la evolución de las restricciones de residencia a delincuentes sexuales.

Junto con la aprobación de las leyes de registro y notificación, algunos estados han aprobado leyes dirigidas a restringir el lugar de residencia de sujetos que han sido condenados por delitos de carácter sexual respecto de determinados lugares donde acostumbran a congregarse menores de edad⁶⁸⁰. Aunque las restricciones de residencia no hayan sido reguladas en las leyes de registro y notificación de delincuentes sexuales y su existencia no esté extendida en todos los estados que configuran los Estados Unidos, sí que en muchos de los estados en que se han aprobado leyes de restricción de residencia existe una relación entre ambas importante.

⁶⁷⁸ Una encuesta realizada en el condado de Brevard, Florida, muestra que incluso la población considera excesiva que se notifique la dirección del lugar de trabajo, el teléfono del sujeto o las huellas dactilares de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual. Vid. LEVENSON, J. / BRANNON, Y. / FORTNEY, T. / BAKER, J., “Public perceptions about sex offenders and community protection policies”, op. cit., p. 12.

⁶⁷⁹ Tal como establece el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo EEUU *Smith v Doe* se dan dos motivos para considerar que las leyes de registro y notificación son punitivas. Primero, que los registros públicos afectan a la libertad personal en un sentido semejante a como se ve afectada por la *supervised release* y, segundo, que las leyes de registro y notificación se aplican a todos los sujetos que han cometido un delito sin distinción alguna y en cambio no se aplican a individuos que no han cometido ningún delito.

⁶⁸⁰ Vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 128.

El primer estado en implementar una ley de restricción de la residencia para delincuentes sexuales fue Florida en 1995⁶⁸¹. A partir de su aprobación, todos aquellos sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima fuera menor de edad no podían mantener su residencia a menos de 300 metros (1,000 pies) de cualquier colegio, guardería, parque, u otros lugares donde los menores acostumbran a congregarse⁶⁸². Junto al estado de Florida, durante el mismo año, los estados de Delaware y Michigan aprobaron sendas leyes, las cuales restringían el lugar de residencia de todos aquellos delincuentes sexuales respecto de colegios dentro de un radio de 150 y 300 metros, respectivamente⁶⁸³.

En los años siguientes un total de 12 estados más aprobaron sus respectivas leyes dirigidas a restringir la residencia de los sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual⁶⁸⁴. No obstante, no fue hasta 2005 que la aprobación de este tipo de leyes por parte de los estados tomó un rumbo imparable. Este impulso normativo se produjo principalmente por la violación y posterior muerte de Carlie Brucia de 11 años y de Jessica Lunsford de 9 años, por parte de sujetos con antecedentes penales, en el estado de Florida en 2004 y 2005, respectivamente⁶⁸⁵. Así, entre 2005 y 2007 el número de estados que aprobaron leyes dirigidas a restringir el lugar de residencia de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual se dobló⁶⁸⁶ hasta llegar a al

⁶⁸¹ En este sentido, vid. THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, op. cit., p. 624.

⁶⁸² Vid. Florida Statutes § 947.1405 (7) de la versión de 1997: “[...]If the victim was under the age of 18, a prohibition on living within 1,000 feet of a school, day care center, park, playground, or other place where children regularly congregate [...]”.

⁶⁸³ SINGLETON, D., “Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, en *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 3, 2006, p. 607.

⁶⁸⁴ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 268.

⁶⁸⁵ En este sentido, vid. SINGLETON, D., “Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, op. cit., p. 610; LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 268-269; HOBSON, B., “Banishing Acts: How Far May States Go to Keep Convicted Sex Offenders Away from Children?”, en *Georgia Law Review*, vol. 40, 2006, pp. 962-963.

⁶⁸⁶ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 269.

menos 30 estados⁶⁸⁷, y muchos de los que ya preveían restricciones de residencia modificaron sus leyes con la finalidad de incrementar la distancia o los lugares donde los sujetos no podían residir⁶⁸⁸. Además, en 2005, junto al auge normativo por parte de los estados, los ayuntamientos empezaron a aprobar ordenanzas municipales dirigidas a la introducción⁶⁸⁹ o a la ampliación⁶⁹⁰, en aquellos estados en que ya se habían aprobado leyes, de las restricciones de residencia de los delincuentes sexuales⁶⁹¹. El primer municipio en aprobar una ordenanza de este tipo fue Miami Beach, que amplió hasta a 760 metros⁶⁹² la distancia en que los sujetos tenían prohibido fijar su residencia respecto de los lugares establecidos⁶⁹³, lo que implicó *de facto* la imposibilidad de residir en lugar alguno de la ciudad⁶⁹⁴. La aprobación de ordenanzas municipales conllevó tal efecto dominó⁶⁹⁵ que en 2008 más de 130 municipios⁶⁹⁶ en el estado de Florida⁶⁹⁷

⁶⁸⁷ Vid. MELOY, M. L. / MILLER, S. L. / CURTIS, K. M., “Making sense out of nonsense: the deconstruction of state-level sex offender residence restrictions”, en *American Journal Criminal Justice*, vol. 33, 2008, p. 214.

⁶⁸⁸ Así, entre otros estados, Florida y California aprobaron en 2005 y 2006, respectivamente, sendas Jessica’s Law a través de las cuales se incrementaba la distancia respecto de colegios, parques u otros lugares en que los sujetos condenados por determinados delitos sexuales no podían vivir.

⁶⁸⁹ Por ejemplo en el estado de Nebraska, que en un principio no tenía una ley de restricción de residencia de los delincuentes sexuales, algunos municipios aprobaron ordenanzas. Vid., en este sentido, YUNG, C. R., “Banishment by a thousand laws: residency restrictions on sex offenders”, en *Washington University Law Review*, vol. 85, 2007, p. 125.

⁶⁹⁰ En el municipio de Cape Coral (Florida) las zonas prohibidas se ampliaron a las playas y la costa y en el condado de Hillsborough (Florida) se ampliaron a los refugios de huracanes. En este sentido, vid., HAWKINS, R., “Human zoning: the constitutionality of se-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders”, en *Pierce Law Review*, vol. 5, 2007”, p. 335. En el municipio de Tampa (Florida) se considera que simplemente prohíbe que un delincuente sexual viva en cualquier parte de la ciudad. En este sentido, vid. YUNG, C. R., “Banishment by a thousand laws: residency restrictions on sex offenders”, op. cit., p. 126.

⁶⁹¹ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 270.

⁶⁹² En concreto 2.500 pies.

⁶⁹³ LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 270-271; ZGOMBA, K. M., “Residence restriction buffer zones and the banishment of sex offenders: Have we gone one step too far?”, en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, 2011, p. 393.

⁶⁹⁴ En este sentido, vid. ROIG-FRANZIA, M., Miami Beach Mayor Seeks to Exclude Sex Offenders, *Washington Post*, 25 abril 2005. Disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/04/24/AR2005042401222.html> [última visita: 31/08/2013]

⁶⁹⁵ En el mismo sentido, vid. THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, op. cit., p. 624, que textualmente indica: “*The trend has become contagious as more states and communities attempt to discourage displaced sex offenders from moving into their areas. The domino effect is intentional, as lawmakers attempt to push the problem off onto other communities*”. Vid., también, LEVENSON, J., “Sex

aprobaron ordenanzas por las que se ampliaban las zonas prohibidas en que podían residir los exdelincuentes sexuales. Junto a Florida, muchos otros municipios y condados de otros estados se apresuraron a aprobar normativas dirigidas a la restricción de los lugares donde los delincuentes sexuales podían vivir⁶⁹⁸.

Las justificaciones de su introducción, como acostumbra a suceder en la aprobación de nuevas leyes penales relacionadas con la delincuencia sexual, son dos. Primero, la necesidad de prevenir la comisión de nuevos delitos de carácter sexual, sobre todo en aquellos casos en que las víctimas son menores de edad. Segundo, la reducción de la alta reincidencia de los delincuentes sexuales⁶⁹⁹. No obstante, los datos empíricos sobre la reincidencia y de las relaciones entre agresor y víctima que anteriormente se han indicado hacen que uno deba dudar de que los reales y principales motivos para la aprobación de este tipo de leyes sean los que oficialmente fueron indicados. Dicha

offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p 271, donde se textualmente se cita el comentario de un político de la ciudad de Hollywood (Florida) sobre la necesidad de implementar una ordenanza: “*Other cities already have them and if we fail to act, then we put a big target on ourselves as being a desirable place for sex offenders to reside*”.

⁶⁹⁶ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 271.

⁶⁹⁷ Es difícil poder decir lo que sucede en otros estados, pues no existe ningún listado del número de municipios con una ordenanza de este tipo y tampoco la mayor parte doctrina norteamericana no ha indicado, ni a grandes rasgos, el número de municipios que tienen una ordenanza de restricción de la residencia. No obstante, seguramente el número de municipios sea elevado, pues, tal y como sucedió en Florida, el hecho de que un municipio apruebe una ordenanza de este tipo puede provocar una alerta a las ciudades próximas por una posible llegada de delincuentes sexuales afectados por la normativa.

⁶⁹⁸ Algunos ejemplos pueden encontrarse en YUNG, C. R., “*Banishment by a Thousand Laws: Residency Restrictions on Sex Offenders*”, op. cit., pp. 125-126, donde se ilustra sobre la constante aprobación de normativas tanto en estados que ya preveían leyes de restricción de residencia como en estados que no. Sin embargo, y como consecuencia de este auge legislativo, no deben tomarse en cuenta los ejemplos en sí, pues en algunos de los casos el panorama normativo ha sido modificado desde la publicación de la citada obra como sucede, por ejemplo, en el estado de Nebraska o en New Jersey en 2007 más de 100 ciudades habían aprobado normativas dirigidas a la restricción de residencia, las cuales prohibían residir a menos de 750 metros de colegios, parques o bibliotecas. No obstante, otros estados, como por ejemplo Kansas, han prohibido aprobar leyes de restricción de residencia a sus municipios. En este sentido, vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p 270.

⁶⁹⁹ Con carácter general, Vid. SINGLETON, D., “Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, op. cit., p. 610. En relación con la justificación realizada en la ley californiana y en diversas ordenanzas municipales, vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 271-272.

hipótesis, además, se refuerza con alguno de los comentarios realizados por parlamentarios en distintos estados norteamericanos que, en síntesis, vienen a manifestar que la aprobación de estas leyes tiene como objetivo evitar que sujetos condenados por delitos sexuales vivan en sus territorios⁷⁰⁰.

3.2. La regulación de las restricciones de residencia.

A diferencia de lo sucedido con el registro de delincuentes sexuales, el parlamento federal no ha aprobado ninguna ley de armonización de las leyes de restricción de residencia. No obstante, en 2005 se presentó el proyecto de ley de “*Jessica Lunsford Act*”⁷⁰¹ en el Congreso norteamericano, a través del cual se pretendía que todos los estados obligaran a aquellos sujetos registrados que en al menos dos ocasiones hubieran incumplido alguna de las condiciones derivadas del registro a que fueran sometidos a control electrónico por un tiempo mínimo de 5 años. Sin embargo, el proyecto de ley no hacía ninguna referencia a la restricción de la residencia de los sujetos registrados respecto de determinados lugares. Con todo, el proyecto de ley nunca se llegó a votar en el Congreso y quedó en nada al finalizarse la legislatura.

Con este panorama, los propios estados han realizado aquello que han estimado conveniente. A su vez, dentro de cada estado, tanto los condados como los municipios han aprobado sus propias normativas dirigidas a la restricción del lugar de residencia de los delincuentes sexuales. Ello ha implicado que el rasgo principal de dichas disposiciones normativas sea la falta de uniformidad en las leyes dirigidas a la prohibición del establecimiento de la residencia de los delincuentes sexuales, produciéndose un gran número de distinciones entre estados e incluso entre condados o municipios dentro un mismo estado. A pesar de ello, es posible establecer una definición común para todas ellas. Así, las restricciones de residencia suponen la

⁷⁰⁰ Ejemplos de estos comentarios pueden encontrarse en HAWKINS, R., “Human zoning: the constitutionality of se-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders”, op. cit., p. 338.

⁷⁰¹ H.R.1505 -- Jessica Lunsford Act (Introduced in House - IH). Disponible en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:H.R.1505>: [última visita: 01/09/2013]

prohibición de que los sujetos condenados por la comisión de un delito contra la libertad o indemnidad sexual puedan residir cerca de determinados lugares durante el tiempo que se esté registrado⁷⁰². Además, dado que este tipo de leyes están configuradas como no penales, su aplicación acostumbra a tener efectos retroactivos, aunque en algunos casos se establece lo que se llaman “*grandfather provisions*” que permiten que aquellos sujetos afectados por las leyes de restricción de residencia que tuvieran fijada su residencia con anterioridad a la entrada en vigor de la ley queden exentos de la aplicación de las mismas. Finalmente, en todos los casos, el incumplimiento de las prohibiciones de residencia conlleva la comisión de un delito castigado en algunos casos con penas privativas de libertad desorbitadas⁷⁰³.

Seguidamente, se establecerá una clasificación de las distintas leyes estatales en atención a los sujetos afectados, indicando algunos ejemplos de cada una de las regulaciones. Así pues, las leyes de restricción de residencia pueden clasificarse en aquellas que afectan a todos los sujetos sometidos al registro de delincuentes sexuales, aquellas que restringen el lugar de residencia de los registrados que han cometido un delito en que la víctima es menor de edad, aquellas que afectan a los registrados a quienes se les supone un riesgo de comisión de nuevos delitos y aquellas que ofrecen una amplia discrecionalidad al juez tanto para aplicar dichas restricciones como, en su caso, para establecer las condiciones de dicha restricción.

3.2.1. Restricciones de residencia a todos los sujetos registrados.

⁷⁰² Con carácter general, los preceptos que regulan las restricciones de residencia no hacen referencia a la duración de las mismas. No obstante, en estos casos la configuración de los preceptos en el sentido de establecer que “los registrados” o “los sujetos registrados que hayan cometido un delito contra un menor” no pueden residir en determinados lugares, hace pensar que la duración de tales restricciones estará condicionada al tiempo que el sujeto debe estar sometido al registro de delincuentes sexuales.

⁷⁰³ Así, en Georgia se castiga el incumplimiento de las restricciones de residencia con penas de hasta 30 años de prisión. Vid., una tabla con las penas derivadas del incumplimiento de las restricciones de residencia en diversos estados, LESTER, J. L., “Off to Elba: The Legitimacy of Sex Offender Residence and Employment Restrictions”, en *The Berkeley Electronic Press*, paper 1818, 2006, pp. 31-33.

Este tipo de leyes tienen en común que las restricciones de residencia se aplican a todos los sujetos sometidos al registro en el estado correspondiente. Dentro de este grupo de leyes se encuentran estados como California, Alabama, Oklahoma, Georgia⁷⁰⁴, Michigan, Ohio, Misisipi o Kentucky y cada uno de ellos tiene sus propias peculiaridades. California⁷⁰⁵ prohíbe a todos los sujetos registrados establecer su residencia a una distancia inferior a 600 metros de cualquier colegio o parque donde los menores de edad se congreguen. Junto a ello, muchos municipios⁷⁰⁶ dentro del propio estado han ampliado las restricciones, no sólo en relación con el lugar donde se puede establecer la residencia, sino también a la posibilidad de pasear sin una finalidad concreta a menos de una cierta distancia de colegios o parques así como otras restricciones relacionadas, por ejemplo, con Halloween o con determinados eventos en los que se congregan una gran cantidad de menores de edad.

En Alabama⁷⁰⁷ se prohíbe tanto residir como trabajar a menos de 600 metros de cualquier colegio y a menos de 300 metros del lugar de residencia de la víctima o de

⁷⁰⁴ Vid. YUNG, C. R., “*Banishment by a Thousand Laws: Residency Restrictions on Sex Offenders*”, op. cit., p. 123, quien indica que la ley de restricción de residencia de Georgia es de las más duras de Estados Unidos. En el mismo sentido, vid. HAWKINS, R., “Human zoning: the constitutionality of sex-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders”, op. cit., p. 336.

⁷⁰⁵ Vid. artículo 3003.5(b) California Penal Code.

⁷⁰⁶ A modo de ejemplo, vid. la ordenanza municipal número 1396 del municipio de Tustin (California) o la ordenanza núm. 1132 del municipio de Cypress (California), establecen una ampliación de las restricciones. Así mismo, el municipio de Tustin establece un mapa con las zonas en las que está prohibido establecer la residencia y pasear y el calendario de eventos que los delincuentes sexuales tienen prohibido acudir. Disponible en <http://www.tustinpd.org/290/index.html> [última visita: 02/09/2013]. Otras ordenanzas establecen la aplicación de las restricciones de residencia con efectos retroactivos para aquellos sujetos condenados por un delito en que la víctima sea menor de edad. En este sentido, vid. ordenanza núm. 3149 del municipio de Fullerton (California). La más dura de todas las ordenanzas dictadas – aunque actualmente ya derogada – por parte de algún municipio del estado de California era la de Palmdale (ordenanza 1351), donde se amplió hasta 915 metros la prohibición de residir respecto, además, de paradas de autobús escolar, piscinas municipales, bibliotecas municipales, iglesias, entre otros lugares. Vid. CALIFORNIA SEX OFFENDER MANAGEMENT BOARD, *Homelessness among registered sex offenders in California: the numbers, the risks and the response*, California State University, Sacramento, 2008, anexo B, donde se establece un resumen de todas las ordenanzas y leyes de condados dictadas en el estado de California hasta octubre de 2008. Disponible en http://www.cdcr.ca.gov/Parole/Sex_Offender_Facts/docs_SOMB/Housing_2008_Rev.pdf [última visita: 02/09/2013]

⁷⁰⁷ Vid. artículo 15-20-26 Alabama Code. El anuncio de la aprobación de una ley de restricción de residencia para los delincuentes sexuales vino precedido del comentario de un conocido presentador de televisión que explícitamente manifestó que el gobierno de Alabama no se preocupaba por los delincuentes sexuales. En este sentido, vid. Yung, C. R., “Banishment by a thousand laws: residency restrictions on sex offenders”, op. cit., pp. 122.123.

familiares de la víctima del delito cometido. Junto a ello, se imponen mayores cargas para aquellos sujetos registrados que hayan cometido un delito contra un menor de edad en el sentido que tampoco podrán trabajar ni permanecer, a menos que sea con una finalidad concreta, a menos de 150 metros de cualquier parque o lugar donde se congreguen menores con fines educativos o de entretenimiento.

En Georgia⁷⁰⁸ los sujetos registrados tienen prohibido tanto residir como trabajar a menos de 300 metros de cualquier colegio, iglesia o cualquier otro lugar donde se reúnan menores de edad⁷⁰⁹.

En Ohio⁷¹⁰, Michigan⁷¹¹ e Idaho⁷¹² se prohíbe a todos los sujetos registrados residir a menos de 300 metros, en los primeros, y de 150 metros, en el último estado, de colegios.

Finalmente, en Oklahoma⁷¹³ y Kentucky⁷¹⁴ se prohíbe residir a menores de 600 y 300 metros, respectivamente, de colegios y de parques de recreo infantil. Además, si una vez establecida la residencia en una zona permitida se construye con posterioridad una nueva escuela dentro de la zona del lugar de residencia de un concreto sujeto, éste estará obligado a mudarse en un plazo determinado de tiempo.

3.2.2. Restricciones de residencia a sujetos registrados por delitos contra menores.

⁷⁰⁸ Vid. artículo 42-1.15(b) Georgia Code. En Georgia a parte de la ley estatal 158 de los 159 condados que existen en el estado tienen sus propias leyes de restricción de residencia. En este sentido, vid. HAWKINS, R., "Human zoning: the constitutionality of sex-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders", op. cit., p. 335.

⁷⁰⁹ Dentro de este concepto deben incluirse las paradas de bus escolar, bibliotecas públicas, pistas de monopatín, piscinas municipales, gimnasios, centros sociales o parques. En este sentido, vid. 42-1.12.(a)(3) Georgia Code.

⁷¹⁰ Vid. artículo 2950.034 Ohio Revised Code.

⁷¹¹ Vid. artículo 28.735 Michigan Compiled Laws.

⁷¹² Vid. artículo 18-8329 Idaho Code.

⁷¹³ Vid. artículo 590 del título 57 Oklahoma Statutes.

⁷¹⁴ Vid. artículo 17.495 Kentucky Revised Statutes.

Dentro de esta clasificación podemos encontrar todos aquellos estados que prevén leyes dirigidas a la restricción de la residencia de aquellos sujetos registrados por la comisión de un delito contra un menor de edad. El estado más representativo de todos es Florida⁷¹⁵, donde todos los sujetos registrados en que la víctima del delito sea menor de edad tienen prohibido establecer su residencia en un radio de 300 metros de cualquier colegio, parque, parada de autobús escolar o cualquier otro lugar donde se concentren menores de edad⁷¹⁶. Además, existen un gran número de ordenanzas municipales, tal como se ha indicado anteriormente, que han incrementado considerablemente las cargas a todos estos sujetos.

Por otro lado, Tennessee⁷¹⁷ prohíbe tanto residir como trabajar e incluso acudir a un programa de tratamiento a todos aquellos sujetos registrados por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima es menor de edad a menos de 300 metros de cualquier colegio, parque, centro de entretenimiento, pista de atletismo y de la residencia de la víctima del delito. En términos similares, en Illinois⁷¹⁸ se prohíbe que estos sujetos residan a menos de 150 metros de cualquier colegio, parque o de la residencia de la víctima del delito.

Finalmente, en Iowa⁷¹⁹ y Missouri⁷²⁰ se prohíbe que los sujetos registrados que han cometido delitos de carácter sexual contra víctimas menores de edad residan a menos de 600 metros de cualquier colegio.

3.2.3. Restricciones de residencia a aquellos sujetos considerados más peligrosos.

En este grupo se encuentran todos aquellos estados que prevén la imposición de restricciones de residencia a aquellos sujetos registrados clasificados como peligrosos.

⁷¹⁵ El estado de Carolina del Sur (artículo 23-3-535 South Carolina Code) e Indiana (artículo 35-42-4-11 Indiana Code), aunque no tan restrictivas, tienen leyes muy similares a la de Florida.

⁷¹⁶ Vid. artículo 647.1405(7) Florida Statutes.

⁷¹⁷ Vid. artículo 40-39-211 Tennessee Code.

⁷¹⁸ Vid. 720 Illinois Compiled Statutes 5/11-9.3(b-5).

⁷¹⁹ Vid. artículo 629.2A Iowa State Code.

⁷²⁰ Vid. artículo 566.147 Missouri Revised Statutes.

Los estados para determinar los sujetos que deben considerarse peligrosos han seguido dos sistemas. En unos se consideran peligrosos todos aquellos sujetos que han recibido la etiqueta de depredadores sexuales violentos. En otros, se prevén distintos niveles de clasificación de los sujetos registrados, considerándose peligrosos únicamente aquellos clasificados en los niveles más altos⁷²¹. Como peculiaridad, el estado de Nuevo México⁷²² prevé que aquellos sujetos condenados por un delito de violación por delitos sexuales contra menores de edad no pueden residir a menos de 1600 metros de cualquier colegio. En el estado de Luisiana⁷²³ se prohíbe a todos aquellos considerados depredadores sexuales violentos residir a menos de 300 metros de cualquier colegio, piscina pública o centro de recreo infantil y juvenil. En Montana⁷²⁴ se establece que todos aquellos clasificados en el nivel 3 en el registro de delincuentes sexuales tienen prohibido residir a una distancia inferior a la determinada por el juez de colegios, parques o iglesias.

3.2.4. Restricciones de residencia aplicables según el criterio del juez.

Dentro de esta clasificación se encuentran los estados de Texas, Oregón⁷²⁵ y Minnesota⁷²⁶. En todos ellos se establece que el juez será el que determine tanto los supuestos en que es posible aplicar dichas restricciones como el ámbito espacial de las mismas. El único estado que prevé legalmente los lugares concretos sobre los cuales deberá basarse la restricción de residencia es Texas, que establece que deberá establecerse respecto de colegios, parques, piscinas públicas y de centros recreativos⁷²⁷.

⁷²¹ Los estados son: Luisiana, Montana, Nebraska, Nuevo México y Arkansas.

⁷²² Vid. artículo 29-11A-5.1 New Mexico Statutes.

⁷²³ Vid. artículo 14:91.1 Louisiana Revised Statutes.

⁷²⁴ Vid. artículo 46-18-255 Montana Code.

⁷²⁵ Vid. artículo 144.642 Oregon Revised Statutes. Sobre el modelo de restricción de residencia de Oregón, vid. BOYD, J. H., "How to stop a predator: the rush to enact mandatory sex offender residency restrictions and why states should abstain", en *Oregon Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 241-247.

⁷²⁶ Vid. 244.052 Minnesota Statutes. En Minnesota se realizó un estudio en 2003

⁷²⁷ Vid. artículo 508.187 Texas Government Code.

El estado de Minnesota, para justificar su decisión de establecer un sistema de imposición de las restricciones de residencia discrecional, realizó un estudio en el que se indicaba que la aprobación de una ley de restricción de residencia, aunque sólo se aplicara a aquellos sujetos considerados de riesgo, no tendría ningún efecto en la reducción de la reincidencia⁷²⁸ por lo que se recomendaba seguir con el sistema discrecional previsto en este estado⁷²⁹.

3.3. La constitucionalidad de las restricciones de residencia.

La única legislación que ha llegado a un tribunal de apelación federal ha sido la del estado de Iowa⁷³⁰. El Tribunal de Apelación (octavo circuito)⁷³¹ declaró, en el caso *Doe v. Miller*, que la ley de Iowa era constitucional⁷³². La sentencia utiliza como precedente

⁷²⁸ Vid. MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Level three sex offenders residential placement issues*, St Paul, 2003, p. 11, donde textualmente se indica: “There is no evidence in Minnesota that residential proximity to schools or parks affects reoffense. Thirteen level three offenders released between 1997 and 1999 have been rearrested for a new sex offense since their release from prison, and in none of the cases has residential proximity to schools or parks been a factor in the re-offense”. Disponible en: [http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_Lvl%203%20SEX%20OFFENDER_S%20report%202003%20\(revised%202-04\).pdf](http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_Lvl%203%20SEX%20OFFENDER_S%20report%202003%20(revised%202-04).pdf) [última visita: 02/09/2013]; En el mismo sentido y reafirmando las conclusiones extraídas en el primer estudio, vid. MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Residential proximity and sex offense recidivism in Minnesota*, St Paul, 2007, *passim*. Disponible en http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_04-07SexOffenderReport_Proximity%20MN.pdf [última visita: 02/09/2013]

⁷²⁹ Vid. MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Level three sex offenders residential placement issues*, op. cit., p. 11. Otros estados, después de evaluar su posible utilidad, optaron por no aprobar leyes de restricción de residencia de aplicación generalizada. Vid., en este sentido, COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, Denver, 2004, p. 37. Disponible en: http://dcj.state.co.us/odvsom/sex_offender/SO_Pdfs/FullSLAFinal01.pdf [última visita: 02/09/2013]; KANSAS SEX OFFENDER POLICY BOARD, *Annual report*, Kansas Criminal Justice Coordinating Council, Topeka, 2007, pp. 27-32. Disponible en: <http://www.calcasa.org/wp-content/uploads/2007/11/sopbreport.pdf> [última visita: 02/09/2013]

⁷³⁰ El caso fue planteado al Tribunal Supremo de Estados Unidos pero, sin embargo, el recurso fue rechazado por parte del propio tribunal de apelación. En este sentido, vid. LEVENSON, J. / ZGOBA, K. / TEWKSBURY, R., “Sex offender residence restrictions: sensible crime policy or flawed logic?” *en Federal Probation*, vol. 71, 2007, p. 2.

⁷³¹ Vid. *Doe v. Miller*, 403 F.3d 700 (8th Cir. 2005).

⁷³² Ampliamente, un análisis sobre la sentencia y la constitucionalidad de las leyes de restricción de residencia, vid. HAWKINS, R., “Human zoning: the constitutionality of sex-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders”, op. cit., pp. 337-344; THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders

la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Smith v. Doe*.

En el recurso se planteó la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo al no existir procedimiento para acreditar la necesidad de imponer dicha restricción del derecho a la libertad e intimidad personal y familiar y de la prohibición de retroactividad de las leyes penales. El Tribunal consideró que no se había vulnerado ninguno de los aspectos que fueron alegados. El argumento repetido en la sentencia para justificar la constitucionalidad de la ley de restricción de residencia de Iowa fue que la finalidad de la ley es proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos de Iowa, por lo que no puede considerarse una ley penal y por tanto no vulnera la prohibición de retroactividad. A su vez, la afectación de derechos individuales está justificada por un interés estatal en la protección de sus ciudadanos, por lo que no puede indicarse una vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y la intimidad de los sujetos. Finalmente, el tribunal consideró que la ley establece de forma clara que debe aplicarse a todos los sujetos registrados que han cometido un delito contra menores de edad, por lo que no es necesario iniciar un nuevo procedimiento para acreditar una circunstancia que la ley no establece.

En la misma sentencia se plasma el voto particular de uno de los tres jueces que formaron el tribunal. Éste considera que sí que se ha producido una vulneración de la prohibición de retroactividad de las leyes penales. Esto es, la ley de restricción de residencia debe considerarse penal y, dado que supone un incremento punitivo, no puede aplicarse retroactivamente. Para ello, se basa en la aplicación del test del caso *Smith v. Doe*, sobre las leyes de registro y notificación de delincuentes sexuales. En resumidas cuentas, el tribunal considera que si bien el legislador aprobó la ley con un propósito no punitivo y ello debe tener un peso importante, la restricción de residencia a estos sujetos supone una forma de castigo – la expulsión –, que tiene, *de facto*, un objetivo punitivo – de prevención especial negativa –, supone una restricción de derechos fundamentales, pues no pueden residir en un elevado número de lugares y todo

registration act”, op. cit., pp. 631-637; LESTER, J. L., “Off to Elba: The Legitimacy of Sex Offender Residence and Employment Restrictions”, op. cit., pp. 18-23.

ello, al no tenerse en cuenta la efectiva peligrosidad de los sujetos afectados, excede de lo necesario para la finalidad de garantizar la salud y la seguridad de los ciudadanos de Iowa.

Aunque no haya llegado ninguna otra cuestión relativa a la constitucionalidad de las leyes de restricción de residencia a un tribunal federal, sí que muchos tribunales estatales se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las leyes u ordenanzas municipales dirigidas a la restricción de la residencia de los delincuentes sexuales. Así, el Tribunal Supremo del estado de Kentucky⁷³³ falló por seis votos a favor frente dos en contra, que la ley de restricción de residencia de Kentucky era inconstitucional por la violación de la prohibición de retroactividad de las leyes penales y, en consecuencia, no podía aplicarse a aquellos sujetos condenados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. En este mismo sentido, otros tribunales supremos estatales han declarado que la aplicación retroactiva de las leyes de restricción de residencia vulnera la llamada cláusula “*ex post facto*”⁷³⁴.

Por otra parte, numerosas ordenanzas municipales han sido declaradas inconstitucionales en los últimos años como consecuencia, en muchos casos, de la amplitud de las zonas restringidas que conllevan que ningún sujeto afectado por la normativa pueda residir en dichos municipios⁷³⁵.

⁷³³ Vid. la sentencia *Commonwealth v. Baker*, et al., 2007 del Tribunal Supremo del estado de Kentucky.

⁷³⁴ Igualmente, la sentencia *State of Indiana v. Pollard*, 2009 dictada por el Tribunal Supremo del estado de Indiana, la sentencia *State of Missouri v. Charles A. Raynor*, 2010 del Tribunal Supremo del estado de Missouri, la sentencia *Hyle v. Porter*, 2008 del Tribunal Supremo de Ohio o la sentencia *Mann v. Georgia Department of Corrections* del Tribunal Supremo de Georgia. Vid. ampliamente, sobre esta última, ZLATKOVICH, E., “The constitutionality of sex offender residency restrictions: a taking analysis”, en *The Review of Litigation*, vol. 29, 2009, pp. 219-247.

⁷³⁵ Así, entre otros, en Englewood (Colorado), Lower Township (New Jersey), Galloway Township (New Jersey), Albany County (Nueva York), Nassau County (Nueva York), Saratoga County (Nueva York).

3.4. La eficacia de las restricciones.

3.4.1. La necesidad de aprobar una ley de restricción de residencia.

Antes de analizar si las leyes de restricción de residencia cumplen su objetivo, si son eficaces en la reducción de la reincidencia de delitos de carácter sexual, parece pertinente comprobar si su aprobación era necesaria. Esto es, si ante una determinada realidad criminal era necesario, o al menos útil, aprobar una ley que restringiera el lugar de residencia de los delincuentes sexuales – de todos o sólo de aquellos que han cometido un delito contra un menor de edad – en relación con determinados lugares donde acostumbra a haber un elevado número de menores. Primero, es imprescindible determinar si los delincuentes sexuales tienden a vivir más cerca de las proximidades de colegios, parques u otros lugares donde se concentra un elevado número de menores de edad que el resto de ciudadanos de un municipio. Segundo, en el caso de cumplirse lo anterior, si ello tiene alguna incidencia en el número de delitos cometidos.

En relación con la primera de las cuestiones, los estudios realizados muestran conclusiones diversas. Así, en dos estudios realizados en New Jersey se concluye que los delincuentes sexuales tienden a vivir más cerca de colegios y parques que el resto de los ciudadanos. Concretamente, en el condado de Camden se establece que el 88% de los delincuentes sexuales viven a menos de 760 metros de un colegio o parque respecto el 80% del resto de población⁷³⁶. El otro estudio, realizado en la ciudad de Newark, se concluye que los delincuentes sexuales tienden a vivir más cerca de colegios y parques que el resto de la sociedad; sin embargo, dentro del grupo de delincuentes sexuales, aquellos que han cometido delitos contra menores de edad tienden a vivir más lejos de dichos lugares que aquellos que han cometido un delito de carácter sexual en que la víctima ha sido mayor de edad⁷³⁷. En el mismo sentido, un estudio realizado en el condado de Arkansas (Arkansas) concluyó que el 48% de los delincuentes sexuales que habían cometido un delito contra una víctima menor de edad vivían a menos de 300 metros de un colegio y, en cambio, sólo el 26% de delincuentes que habían cometido un

⁷³⁶ Vid., ZGOBA, K. / LEVENSON, J. S. / MCKEE, T., “Examining the impact of sex offender residence restrictions on housing availability”, en *Criminal justice Policy Review*, vol. 20, 2009, p. 91.

⁷³⁷ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 276.

delito de carácter sexual contra una víctima mayor de edad vivían dentro de la misma distancia respecto de un colegio. Ello, según el autor del estudio, tenía su explicación en atención a la teoría de las actividades rutinarias. Los sujetos que cometen delitos de carácter sexual contra menores viven más cerca de colegios, más cerca de potenciales víctimas, para facilitar la comisión de los delitos⁷³⁸. En Colorado, se comparó el lugar de residencia de los delincuentes sexuales reincidentes de aquellos no reincidentes y se llegó a la conclusión de que no existía ninguna relación entre ser delincuente reincidente y vivir más cerca de un colegio⁷³⁹.

En relación con la segunda de las cuestiones, la doctrina mayoritaria ya ha indicado que el hecho de que en algunos lugares los delincuentes sexuales residan más cerca de colegios o parques que el resto de la sociedad se debe, básicamente, a razones económicas. Los delincuentes, y en particular los delincuentes sexuales, tienen problemas considerables a la hora de obtener un trabajo y ello puede forzar a residir en lugares más pobres que a su vez acostumbran a ser áreas con una mayor densidad de población donde, por tanto, es más fácil vivir cerca de escuelas u otros lugares donde hay un mayor número de menores congregados⁷⁴⁰. A parte de los estudios que apuntan que el hecho de que un exdelincuente por la comisión de un delito de carácter sexual resida más cerca de un colegio que el resto de ciudadanos es debido a causas económicas y sociales, otros han indicado que directamente no existe una relación entre mayor proximidad de la residencia de un exdelincuente sexual frente a un colegio y

⁷³⁸ Vid. ZGOBA, K. / LEVENSON, J. S. / MCKEE, T., “Examining the impact of sex offender residence restrictions on housing availability”, op. cit., p. 93; LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 276-277; NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUNG, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, en *Crime and Delinquency*, vol. 58, 2012, p. 493.

⁷³⁹ Vid. COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, Sex Offender Management Board, 2004, p. 30. Disponible en: http://dcj.state.co.us/odvsom/sex_offender/SO_Pdfs/FullSLAFinal01.pdf [última visita: 11/09/2013]

⁷⁴⁰ Vid. ZGOBA, K. / LEVENSON, J. S. / MCKEE, T., “Examining the impact of sex offender residence restrictions on housing availability”, op. cit., p. 93; COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, op. cit., p. 30; LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 277; ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 37, 2010, p. 483.

mayores índices de reincidencia⁷⁴¹ y tampoco que una mayor concentración de delincuentes sexuales en una área incrementa el número de delitos que se cometen en esa concreta zona⁷⁴². Junto a ello, el estado de Minnesota realizó dos estudios⁷⁴³ para evaluar la necesidad de aprobar una nueva ley de restricción de residencia más severa. Las conclusiones fueron en ambos casos que la aprobación de una ley generalizada no tendría ningún efecto en la reducción de la reincidencia, pues en ninguno de los casos evaluados habría podido tener ningún efecto. Así, en el primer estudio, se constató que de 329 delincuentes sexuales evaluados como de alto riesgo habían reincidido un total de 13 sujetos y de estos, sólo dos volvieron a cometer un nuevo delito en un parque. No obstante, en ambos casos los delincuentes vivían a kilómetros de los parques donde cometieron los delitos. En el segundo estudio, de un total de 224 sujetos reincidentes, 16 cometieron un delito contra una víctima menor de edad la cual conocieron dentro de un radio de 760 metros de su residencia⁷⁴⁴, aunque en ningún caso se produjo a menos de 760 metros de un colegio o parque⁷⁴⁵.

De los estudios realizados, sólo se ha podido demostrar que en algunos casos los delincuentes sexuales viven más cerca de colegios que el resto de la sociedad, pero ello no ha sido relacionado con un mayor índice de reincidencia por parte de estos sujetos⁷⁴⁶. Por consiguiente, no existe una necesidad real de aprobar una ley dirigida a prohibir que los delincuentes sexuales puedan vivir cerca de colegios, parques u otras zonas donde puede haber un considerable número de menores de edad.

⁷⁴¹ Vid. TEWKSBURY, R. / MUSTAINE, E. / STENGEL, K. M., “Examining rates of sexual offenses from a routine activities perspective”, en *Victims and Offenders*, vol. 3, 2008, p. 83.

⁷⁴² Vid. TEWKSBURY, R. / MUSTAINE, E. / STENGEL, K. M., “Examining rates of sexual offenses from a routine activities perspective”, op. cit., pp. 81-82.

⁷⁴³ Un tercer estudio realizado en Minnesota concluye, en el mismo sentido que los informes publicados por el gobierno estatal, que la instauración de una ley de restricción de residencia generalizada en el estado de Minnesota no tendría ningún efecto en la reducción de la reincidencia. Vid. DUWE, G. / DONNAY, W. / TEWKSBURY, R., “Does residential proximity matter? A geographic analysis of sex offense recidivism”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 35, 2008.

⁷⁴⁴ Sólo se tienen en cuenta aquellas víctimas que no tenían ninguna relación anterior con el agresor, pues en el resto de los casos no tiene ningún sentido determinar el lugar donde se conocieron respecto de sus residencias. Vid. MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Residential proximity and sex offense recidivism in Minnesota*, op. cit., p. 13.

⁷⁴⁵ Vid. MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Residential proximity and sex offense recidivism in Minnesota*, op. cit., p. 21.

⁷⁴⁶ En este sentido, vid. BOYD, J. H., “How to stop a predator: the rush to enact mandatory sex offender residency restrictions and why states should abstain”, op. cit., p. 231.

3.4.2. La reducción de la reincidencia.

Realmente poco puede decirse sobre la eficacia en la reducción de la reincidencia de las leyes de restricción de residencia, pues son escasos los estudios realizados donde se haya evaluado dicha eficacia por parte de este tipo de leyes. No obstante, en los dos únicos estados en que sí se han realizados estudios para evaluar la incidencia de las leyes de restricción de la residencia en la reducción de la reincidencia de delincuentes sexuales el resultado ha sido negativo. En un estudio realizado en Iowa, donde se compara el número de delitos sexuales contra una víctima menor de edad cometidos con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la ley de restricción de residencia en el estado, se concluye que con posterioridad a su entrada en vigor los delitos se han incrementado⁷⁴⁷. Posteriormente, en dos estudios realizados en Florida se ha concluido que las restricciones de residencia tampoco han tenido ningún efecto en la reducción de la reincidencia. El primero de dichos estudios, que ha sido realizado sobre una muestra del estado de Florida, concluye que las restricciones de residencia no tienen ningún efecto en la reducción de la reincidencia ni dificultan el acceso a potenciales víctimas⁷⁴⁸. El segundo estudio, en relación con la eficacia de la ordenanza de restricción de residencia de la ciudad de Jacksonville (Florida)⁷⁴⁹, concluye que no se ha demostrado que la restricción de residencia tenga ningún efecto en la reducción de la reincidencia⁷⁵⁰.

3.4.3. Las consecuencias colaterales de la aplicación de las restricciones de residencia.

⁷⁴⁷ Vid. BLOOD, P. / WATSON, L. / STAGEBERG, P., State legislation monitoring report: FY 2007, Criminal and Juvenile Justice Planning, 2008, p. 10.

⁷⁴⁸ Vid. ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, op. cit., *passim* y, en concreto, p. 499.

⁷⁴⁹ Actualmente declarada inconstitucional.

⁷⁵⁰ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., *passim*.

Las leyes de restricción de residencia han implicado una serie de consecuencias para los propios sujetos que es necesario tener presente. Además, debe tenerse en cuenta que los sujetos afectados por estas leyes lo están también por las leyes de registro y notificación existentes en todos los estados de Norteamérica, por lo que las consecuencias derivadas de las primeras deben sumarse a éstas últimas.

Con carácter general, se presentan consecuencias derivadas de la implantación de restricciones de residencia en relación con dos aspectos: el domicilio y el registro de delincuentes sexuales. Por un lado, son diversos los estudios realizados en que se ha confirmado la dificultad de poder obtener una residencia que cumpla con las obligaciones derivadas de las leyes por parte de los sujetos afectados⁷⁵¹. Incluso, en algunas ciudades es, *de facto*, imposible residir en ellas sin vulnerar las prohibiciones de residencia.

En Florida son varios los estudios que confirman la dificultad para poder acceder a una vivienda. En un estudio realizado en el condado de Orange (Florida) se pudo comprobar que el 95% de las propiedades estaban en un radio de 300 metros de colegios, parques o paradas de autobús escolar, por lo que sólo podían residir en el restante 5% de las propiedades. Este problema se agravaba en aquellas ciudades donde, como sucede en muchos municipios en el estado de Florida, se habían aprobado ordenanzas dirigidas a la ampliación de las restricciones de residencia hasta los 760 metros de distancia frente a estos lugares, lo que implicaba que el 99% de las residencias en el condado de Orange estuvieran bajo la afectación de las restricciones de residencia⁷⁵². En otro condado de Florida se estima que sólo un 4% de las residencias están situadas fuera de las zonas prohibidas por la ley de restricción de residencia y sólo un 1% tienen un precio de

⁷⁵¹ En relación con la dificultad para encontrar una residencia, especialmente en las grandes áreas metropolitanas, por parte de los delincuentes sexuales, vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 279.

⁷⁵² Ello implica que sólo quedan fuera de las zonas prohibidas un total de 37 propiedades. En este sentido, vid., ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, op. cit., p. 484; LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 279; NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 496.

alquiler de menos de 1250 dólares al mes⁷⁵³, por lo que no es extraño que muchos sujetos estén residiendo en zonas prohibidas por las leyes de restricción de residencia tal y como reflejan dos estudios que han sido realizados en dos condados de Florida⁷⁵⁴. Este extremismo ha llevado, incluso, a que en el sur del estado de Florida sea habitual que los delincuentes sexuales afectados por las restricciones de residencia vivan bajo puentes⁷⁵⁵. Junto a ello, en un estudio realizado en el estado de Florida donde se pasaron cuestionarios a los propios afectados por las restricciones de residencia, se concluye que un 50% de estos sujetos tuvieron que irse del lugar donde vivían antes de ser condenados, un 25% no pudieron volver al lugar donde vivían o que, entre otras cuestiones, un 57% de los sujetos como consecuencia de la aplicación de las restricciones de residencia se les había incrementado la dificultad para encontrar un lugar donde residir⁷⁵⁶. Dicha dificultad se repite en todos los estados donde se han aprobado leyes de restricción de residencia. Así, en las cuatro áreas metropolitanas más grandes de Carolina del Sur los sujetos afectados por la ley de restricción de residencia sólo pueden optar a establecer su vivienda en menos del 5% de las propiedades⁷⁵⁷ existentes. En Newark (New Jersey), el 93% del total de viviendas de la ciudad están dentro de las zonas prohibidas⁷⁵⁸. En las zonas más pobladas de Colorado no existe prácticamente ninguna vivienda en la que legalmente puedan residir los afectados por

⁷⁵³ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 496.

⁷⁵⁴ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 497.

⁷⁵⁵ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 279-280. La colonia de delincuentes sexuales más conocida que vive debajo de un puente es la Julia Tuttle Causeway situada en Miami. En este sentido, vid. ZGOBA, K. M., “Residence restriction buffer zones and the banishment of sex offenders: have we gone one step too far?”, en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, 2011, p. 395; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 129.

⁷⁵⁶ Vid. LEVENSON, J. S. / COTTER, L. P., “The impact of sex offender residence restrictions: 1,000 feet from danger or one step from absurd?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 49, 2005, pp. 168-178. El estudio realizado es de 2005 por lo que con la aprobación de las restricciones de residencia por parte de los ayuntamientos este problema se habrá incrementado. En este sentido, vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 282.

⁷⁵⁷ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 496; ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, op. cit., p. 484.

⁷⁵⁸ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 279.

las restricciones⁷⁵⁹. En Nebraska y Ohio, además de las dificultades ya indicadas para poder optar a un lugar donde establecer una vivienda por parte de los delincuentes sexuales, un estudio indica que los precios de las casas en las zonas que no están afectadas por las restricciones de residencia son más elevados que en las de las zonas prohibidas⁷⁶⁰. En Indiana, un 25% de los sujetos afectados por la ley de restricción de residencia no pudieron volver a sus casas una vez liberados de prisión y un 37% no pudieron vivir con sus familiares⁷⁶¹. En Kansas y Oklahoma un 54% de los sujetos tuvo que cambiar su lugar de residencia como consecuencia de las restricciones⁷⁶². Además en New Jersey y en Kentucky los sujetos afectados tienen que vivir en zonas menos pobladas, lo que les supone una mayor dificultad para encontrar un trabajo y para acceder a los programas de tratamiento⁷⁶³.

Por otro lado, las leyes de restricción de residencia han tenido un efecto negativo en los registros de delincuentes sexuales en el sentido que dificultan el control de los sujetos registrados. Esto es, muchos delincuentes sexuales, y por tanto registrados, afectados por las leyes de restricción de residencia, en el momento de ofrecer información para ser incluida al registro, manifiestan que no tienen hogar, dadas las imposibilidades para encontrarlo, o que teniéndolo no cumplen con la obligación de informar anualmente del lugar de residencia o que indican direcciones falsas para evitar las consecuencias del incumplimiento de las restricciones de residencia. Así, en Iowa, se estima que en seis meses desde la aprobación de la ley de restricción de residencia se dobló el número de

⁷⁵⁹ COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, Sex Offender Management Board, op. cit., p. 30.

⁷⁶⁰ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 496.

⁷⁶¹ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 495.

⁷⁶² Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 495; LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 281; ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, op. cit., p. 485.

⁷⁶³ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 496.

sujetos registrados como “sin hogar”⁷⁶⁴. Los propios miembros del sistema de justicia penal han indicado que las restricciones de residencia producen que los delincuentes sexuales no notifiquen a las autoridades los cambios de residencia, que ofrezcan domicilios falsos o que simplemente desaparezcan⁷⁶⁵, lo que dificulta el control de éstos y hace que la información contenida en los registros sea menos eficaz. Finalmente, en California se estima que desde la aprobación de la reforma de la ley de restricción de residencia en 2006 se han incrementado hasta en un 60% el número de sujetos que se registran o actualizan la información contenida en el registro como “sin hogar”⁷⁶⁶. Concretamente, en Sacramento (California) el número de sujetos registrados como “sin hogar” en un año, desde la aprobación de la nueva ley de restricción de residencia, pasó de ser de algo más de 2000 a 3229 sujetos⁷⁶⁷.

3.5. Recapitulación.

Tal como se ha indicado, las restricciones de residencia suponen para determinados delincuentes sexuales la prohibición de residir cerca de colegios, parques u otros lugares donde se considera que puede haber un elevado número de menores. A estas restricciones en la libertad de los sujetos afectados debe sumarse la obligación que tienen estos mismos sujetos de ofrecer todo tipo de información personal a las

⁷⁶⁴ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 279. En el mismo sentido, aunque sin coincidir con el tiempo que paso desde la aprobación hasta el hecho de doblarse el número de sujetos que se notificaron que no tenían donde vivir, vid. THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, op. cit., p. 639.

⁷⁶⁵ Vid. en este sentido, SINGLETON, D., “Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, op. cit., p. 616. Se apunta que como consecuencia de la aplicación de las leyes de restricción de residencia se ha pasado de conocer el domicilio del 90% al 50% de delincuentes sexuales. En este sentido, vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 497.

⁷⁶⁶ Vid. NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, op. cit., p. 497; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 130.

⁷⁶⁷ Vid. LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., p. 280.

autoridades con el objetivo de que gran parte de ésta sea notificada a la población a través de los registros públicos, entre otros medios.

Si bien se ha podido comprobar que existen una gran variedad de normativas que tienen como destinatarios grupos más o menos concretos de delincuentes, frente a la gran mayoría de las leyes de restricción de residencia debería partirse de dos premisas a la hora de decidir regular y posteriormente imponer una medida de restricción de residencia. Por un lado, una de carácter constitucional. Aunque no haya una decisión unánime en la jurisprudencia de Estados Unidos, las restricciones de residencia aunque configuradas como medidas de carácter civil, tienen una finalidad punitiva y por tanto deben ser tratadas como sanciones penales. Por otro lado, sobre la necesidad de su imposición. Esto es, aunque las restricciones de residencia pasaran el filtro de la constitucionalidad de la medida, ello no implica *de facto* que su regulación y su imposición estén legitimadas. Si, tal como se ha indicado, el objetivo de las restricciones de residencia es la reducción de la reincidencia de los delincuentes sexuales y su aplicación no ha comportado una reducción de la misma y en cambio sí que ha conllevado un incremento de las cargas sociales que éstos deben soportar una vez cumplida su pena, es evidente que su imposición es contraproducente. En este sentido, la doctrina norteamericana ha sido unánime en considerar que las leyes de restricción de residencia básicamente sólo han producido un incremento de los factores de riesgo dinámicos vinculados con la delincuencia sexual. Las restricciones han reducido la posibilidad de obtener un lugar estable donde poder vivir, una reducción de las relaciones sociales, la dificultad para poder encontrar trabajo o de acudir a los centros de tratamiento lo que supone un incremento de la estabilidad social, emocional y económica⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ Vid., en este sentido, LEVENSON, J., “Sex offender residence restrictions”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, op. cit., pp. 280-281; THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, op. cit., p. 638; SINGLETON, D., “Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, op. cit., p. 615; ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., “Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism”, op. cit., p. 485; LEVENSON, J. S. / COTTER, L. P., “The impact of sex offender residence restrictions: 1,000 feet from danger or one step from absurd?”, op. cit., p. 175.

Sólo sería posible plantearse dejar fuera de estas críticas aquellas legislaciones que regulan unas leyes de restricción de residencia verdaderamente discrecionales y que otorgan un amplio poder al tribunal para poder determinar si es necesaria su imposición y, una vez determinada, para poder individualizar el contenido de la misma. No obstante, tampoco existen estudios que avalen dicho modelo, pues aunque Minnesota hubiera publicado un informe en el que se hacía hincapié sobre la ineficacia de la aprobación de una ley de restricción de residencia ampliada, nada se decía sobre la eficacia del sistema vigente.

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: OTROS ESTADOS

I. El Reino Unido.

1. Penas privativas de libertad aplicables a la delincuencia peligrosa.

1.1. Introducción.

En el Reino Unido y más concretamente en Inglaterra y Gales, se prevé desde 2003, con la aprobación de la *Criminal Justice Act* de 2003⁷⁶⁹ (en adelante CJA 2003), un régimen de penas privativas de libertad específicamente aplicables a aquellos sujetos que cometan determinados delitos cuando además sean considerados peligrosos. Este tipo de penas, que se encuentran reguladas en el capítulo 5 del título 12 de la referida ley, son tres: la cadena perpetua, la *imprisonment for public protection* y la *extended sentence*. Todas ellas, y particularmente las dos últimas, implican un mayor reproche penal no tanto por el delito cometido sino sobre todo por la peligrosidad que presentan los condenados a estas penas en el momento de cometer el delito⁷⁷⁰.

Ya en 2002 el gobierno británico había elaborado un informe en el que se hacía patente la necesidad de modificar las penas aplicables a los delincuentes considerados peligrosos, con especial referencia a los delincuentes sexuales y a los violentos⁷⁷¹. Esta necesidad – indica el documento - se originó con la muerte de la menor de ocho años Sarah Payne en el año 2000⁷⁷².

⁷⁶⁹ Toda la legislación británica puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/>

⁷⁷⁰ En este sentido, vid. EDWARDS, A. / SAVAGE, J., *Sentencing Handbook. Sentencing guidelines in the Criminal Courts*, Ed. The Law Society, London, 2009, p. 31.

⁷⁷¹ Vid. HOME OFFICE, *Justice for all*, London, Home Office, 2002, p. 95.

⁷⁷² Vid HOME OFFICE, *Justice for all*, op. cit., p. 95, que textualmente indica: “Our overhaul of the system began with the special measures we put in place after the tragic murder of Sarah Payne”.

En adelante se abordará la regulación jurídica de estas tres medidas privativas de libertad a partir de su regulación en la CJA 2003⁷⁷³ y sus sucesivas reformas operadas por la *Criminal Justice and Immigration Act 2008* (en adelante CJIA 2008) y la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* (en adelante LASPOA 2012). Si bien, con carácter anterior, es preciso hacer un inciso acerca del concepto legal de delincuente peligroso, que se establece en la propia CJA 2003, y su posterior evolución.

1.2. La consideración de delincuente peligroso.

La calificación de delincuente peligroso está regulada normativamente en el artículo 229 CJA 2003, tal y como se acaba de indicar. La ley exige la concurrencia de tres requisitos para poder calificar a un delincuente de peligroso. En primer lugar, es necesario que se cometa un delito específico. En segundo lugar, se precisa que el tribunal considere que existe un riesgo considerable⁷⁷⁴ de cometer nuevos delitos específicos y finalmente, es necesario, que a través de éstos se pueda causar un grave daño a otras personas⁷⁷⁵. Paralelamente, el artículo 224 de la CJA 2003 establece el concepto normativo tanto de delito específico como de daño grave. Así pues, se dispone que por delito específico debe entenderse todos aquellos delitos establecidos en la lista número 15 anexada en la propia ley, la cual contiene un total de 153 delitos, todos ellos de carácter violento⁷⁷⁶ o sexual⁷⁷⁷. Por daño grave parece que debe entenderse tanto la

⁷⁷³ Su entrada en vigor no se produce hasta el 4 de abril de 2005. Vid. el anexo 1 de la CJA 2003 Order 2005.

⁷⁷⁴ Vid. la sentencia R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 17(i) donde se determina que riesgo significativo debe considerarse como más que una mera posibilidad de ocurrir.

⁷⁷⁵ Vid. s. 229(1) CJA 2003. En el mismo sentido, la sentencia R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 7.

⁷⁷⁶ En relación con los delitos violentos incluidos puede encontrarse desde el delito de asesinato hasta el delito de riña.

⁷⁷⁷ En lo que a delitos contra la libertad e indemnidad sexual se refiere se incluye desde el delito de violación hasta el de exhibicionismo. Debe tenerse en cuenta que unos 26 delitos de carácter sexual que se establecen en la lista ya no están en vigor (derogados a través de la Sexual Offences Act 2003), con lo cual sólo podrán tenerse en cuenta como antecedentes penales para determinar la presunción de peligrosidad que seguidamente se analizará. En este sentido, vid. R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 5.

muerte como las lesiones físicas o psicológicas graves que se produzcan a otras personas.

La ley establece dos sistemas para valorar si existe tal peligrosidad futura de comisión de nuevos delitos específicos que puedan conllevar la causación de un grave daño a otras personas. Así, y con carácter general, para determinar dicha peligrosidad el tribunal deberá valorar la naturaleza y circunstancias tanto del delito cometido como, si fuera el caso, de los antecedentes penales del individuo, además de toda la información que se dispusiera del sujeto, contenida en todos aquellos informes que se hubieran realizado con anterioridad⁷⁷⁸. No obstante, en el propio artículo 229 se establece una presunción *iuris tantum* respecto de determinados sujetos. En este sentido, todos aquellos que cometan un delito específico y que con anterioridad hubieran cometido otro delito calificado como específico deben ser considerados peligrosos⁷⁷⁹, excepto que una vez valoradas las circunstancias anteriormente mencionadas – la naturaleza y circunstancias del actual y de los anteriores delitos así como los informes sobre el sujeto – el tribunal considere que no es razonable concluir que existe un riesgo de cometer nuevos delitos específicos y que con ellos se pueda causar un grave daño⁷⁸⁰. Dicha presunción se basa únicamente en los antecedentes penales por la comisión de determinados delitos. Así pues, si un sujeto que había sido condenado por la comisión de un delito específico vuelve a cometer otro será considerado muy probablemente delincuente peligroso y, por

⁷⁷⁸ Vid. R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 17(ii) y ss. donde se especifica todos y cada uno de los factores que deben tenerse presentes para determinar el riesgo significativo de comisión de futuros delitos, de la necesidad de tener muy en cuenta igualmente el riesgo significativo a que éstos causen un grave daño y de la utilidad de los informes previos a dictar sentencia como herramienta para su valoración. Para una descripción más detallada de todos los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la peligrosidad de un sujeto, vid. SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, London, SGC, 2007, pp. 14-17; BANKS, R. / HARRIS, L., *Banks on sentence*, Ed. Banks, vol. 1, Etchingham, 2012, pp. 533 y ss; CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, Ed. Jordan Publishing Limited, Bristol, 2008, pp. 414-415.; EDWARDS, A. / SAVAGE, J., *Sentencing Handbook. Sentencing guidelines in the Criminal Courts*, op. cit., p. 34.

⁷⁷⁹ Vid. s. 229(3) CJA 2003.

⁷⁸⁰ Es interesante el razonamiento realizado en la sentencia R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 17(v) en relación con dicha presunción. El tribunal considera que en estos casos es necesario, igualmente, argumentar las razones por las cuales se considera que el sujeto es peligroso de acuerdo con el artículo 174(1) CJA 2003 con lo que una vez valorados todos los factores para determinar la peligrosidad del sujeto y de éstos se derive que no es razonable considerar al sujeto peligroso la presunción *debería* quedar anulada.

tanto, le serán de imposición las penas privativas de libertad anteriormente mencionadas.

Con la aprobación de la CJIA 2008 se modifica el artículo 229 de la CJA 2003 en el sentido de derogar la presunción de peligrosidad para aquellos sujetos que tengan antecedentes penales por la comisión de un previo delito específico⁷⁸¹. Con la eliminación de la automatización de tener que considerar que todos aquellos sujetos con antecedentes penales por la comisión de determinados delitos son, en todo caso, peligrosos se otorga una mayor flexibilidad a los tribunales en la determinación de la peligrosidad y, por consiguiente, se consigue una reducción de la aplicación de penas específicas para delincuentes peligrosos.

1.3. La cadena perpetua.

1.3.1. La regulación de la cadena perpetua a partir de la regulación establecida en la CJA 2003.

A) La imposición de la cadena perpetua.

El artículo 225 de la CJA de 2003 establece que se impondrá la pena de cadena perpetua a aquellos sujetos que cometan un delito específico grave⁷⁸² en aquellos casos en que se considere, por parte del tribunal, que concurre el requisito de peligrosidad de acuerdo con las reglas establecidas anteriormente, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos. El primero de ellos, que la ley establezca por el delito cometido la posibilidad de imponer una pena de cadena perpetua. El segundo, que el tribunal considere que debido a la gravedad del delito cometido y, si fuere el caso, a la gravedad de otros delitos cometidos que tengan una relación con éste sea justificada la imposición

⁷⁸¹ Vid. s. 17 CJIA 2008. En este sentido, SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, London, SGC, 2008, p. 16: *Attorney General's Reference* (No 55 of 2008) [2008] EWCA Crim 2790, [2009] Crim LR 221, párrafo 6.

⁷⁸² Esto es, aquellos delitos que sean castigados con una máxima de 10 años o más. Vid. s. 224(2) CJA 2003.

de una pena de cadena perpetua⁷⁸³. Para ello será necesario valorar tanto la gravedad del delito cometido como la culpabilidad del sujeto⁷⁸⁴. Del mismo modo, deberá tenerse en consideración cualquier elemento que indique una falta de estabilidad mental del sujeto que pueda concluir en una tendencia a cometer nuevos delitos, si bien este último requisito no será necesario en aquellos casos en que la propia gravedad del delito ya justifique la imposición de una pena de cadena perpetua⁷⁸⁵.

La pena de cadena perpetua puede dividirse en dos fases. Una primera fase privativa de libertad y otra no privativa de libertad. En la primera de las fases deben diferenciarse, a su vez, dos regímenes distintos. El primero, aquel correspondiente al período mínimo de privación de libertad basado en la gravedad del delito cometido y, el segundo, aquel periodo privativo de libertad basado ya no en el concreto delito cometido sino en la concreta peligrosidad por la futura comisión de delitos específicos que puedan causar un daño grave por parte del condenado. Finalmente, la segunda fase, consiste en la sujeción por parte del sujeto condenado a un régimen de libertad condicional durante el resto de su vida.

La primera parte del periodo de privación de libertad se conoce como *minimum term*⁷⁸⁶ y se corresponde, estrictamente, al tiempo mínimo que un sujeto debe estar privado de libertad en atención a la gravedad del delito cometido⁷⁸⁷, esto es, aquel periodo de privación de libertad derivado del principio de proporcionalidad. Para su determinación es necesario, como si de una pena privativa de libertad determinada⁷⁸⁸ se tratara, fijar

⁷⁸³ Vid. BANKS, R. / HARRIS, L., *Banks on sentence*, pp. 740 y ss., donde se citan diversas sentencias en relación con el criterio para determinar la justificación de una pena de cadena perpetua.

⁷⁸⁴ Vid. ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 230; SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, op. cit., pp. 19-20.

⁷⁸⁵ Vid. la sentencia McNee, Gunn and Russell [2008] 1 Cr App R (S) 108; CREIGHTON, S. / ARNOTT, H., *Prisoners, law and practice*, Ed. Legal Action Group, London, 2009, p. 465; CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, op. cit., pp. 388-389.

⁷⁸⁶ Puede también encontrarse, sobretodo en la doctrina, el concepto de *tariff*.

⁷⁸⁷ Vid. ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., 2010, p. 230.

⁷⁸⁸ Las penas de prisión determinadas son aquellas que tienen una duración concreta. Están compuestas por un periodo de privación de libertad – normalmente la primera mitad de la pena – y un segundo en régimen de libertad bajo el cumplimiento de determinadas condiciones. Una vez cumplidos los dos periodos el condenado finaliza el cumplimiento de su condena y, por tanto, obtiene la definitiva libertad.

previamente la duración total de la pena de prisión⁷⁸⁹, llamada *notional determinate term*. Tal y como ha indicado la jurisprudencia, es importante tener en cuenta que todos aquellos hechos tales como antecedentes penales o las circunstancias del delito que han sido valoradas previamente para determinar la peligrosidad del sujeto que va a ser condenado, no pueden nuevamente ser apreciadas⁷⁹⁰ para incrementar el montante de la *notional determinate term*⁷⁹¹.

Una vez determinada la *notional determinate term*, el *minimum term* se obtendrá restando la mitad de la duración de la primera⁷⁹².

B) La puesta en libertad de los condenados a cadena perpetua.

Una vez cumplido en régimen de privación de libertad el periodo correspondiente al *minimum term* – excepto para aquellos que el *minimum term* sea de por vida –, la Junta de Libertad⁷⁹³ deberá decidir si ese concreto preso es apto para ser puesto en libertad⁷⁹⁴ o, si por el contrario, es necesario que continúe privado de libertad, en régimen de *post-*

⁷⁸⁹ El periodo privativo de libertad junto con el periodo bajo libertad hasta el final de la condena.

⁷⁹⁰ Vid. s. 143 CJA 2003 donde se establecen todos aquellos factores que pueden tenerse en cuenta para agravar la pena.

⁷⁹¹ En este sentido, vid. R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 10.

⁷⁹² Vid. la sentencia R. v. Lang y R. v. Delucca; R. v. Murray; R. v. Stubbings [2010] EWCA Crim 710 sobre la forma como se debe calcular el *minimum term*. A modo de ejemplo, un sujeto que cometa un delito de secuestro, castigado con pena máxima a cadena perpetua (vid. R v Morris [1951] 1 KB 394, 34 Cr App R 210, CCA), en que el tribunal determinara que el *notional determinate term* debe ser 20 años, el *minimum term* será 10 años de prisión. En el caso de delitos de asesinato la pena de cadena perpetua es obligatoria y la propia ley ya establece la duración del *minimum term* (15, 30 años o indefinido) y la forma como calcularlo en el anexo 21 de la CJA 2003. En relación con la pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad vid. la sentencia del TEDH Vinter y otros contra Reino Unido de 9 de julio de 2013.

⁷⁹³ La Junta de libertad (Parole Board) es una institución dependiente del Ministerio de Justicia del Reino Unido responsable en materia de libertad condicional respecto de los condenados a cualquier pena indeterminada y de los condenados a determinadas penas privativas de libertad determinadas (penas de prisión de más de 15 años y a *extended sentence*). Vid., entre otros, WHITFIELD, D., “Public protection and the parole board in England and Wales”, en NASH, M / WILLIAMS, A., *Handbook of public protection*, Ed. William Publishing, Abingdon (Oxford), 2010, p. 187.

⁷⁹⁴ En el ejemplo anterior, una vez cumplidos los 10 años en prisión, es el momento para decidir si debe liberarse el condenado en régimen de libertad condicional o, si por el contrario, debe mantenerse privado de libertad.

minimum term, en atención a su peligrosidad⁷⁹⁵. Esto es, en atención al riesgo de que el sujeto, una vez en libertad, vuelva a cometer nuevos delitos específicos a través de los cuales pueda causar un grave daño físico o psicológico a otras personas⁷⁹⁶. En aquellos casos en que se haya decidido que, en atención a la peligrosidad que presenta el sujeto no es posible la liberación del condenado, la junta de Libertad deberá revisar periódicamente, cada dos años como máximo, la situación penitenciaria del mismo⁷⁹⁷.

Finalmente, una vez cumplido el *minimum term* y cuando la Junta de Libertad establezca que el concreto individuo ya no presenta un riesgo futuro de comisión de específicos delitos se ordenará la inmediata liberación en régimen de *conditional release / licence* para el resto de su vida⁷⁹⁸. La obtención de la libertad condicional implica el cumplimiento de una serie de condiciones⁷⁹⁹ comunes para todos los sujetos liberados junto con otras, adicionales, que deberán imponerse en atención a las singulares necesidades de cada sujeto en particular.

Las estadísticas anuales que presenta la Junta de Libertad en relación con el número de sujetos que una vez han cumplido su *minimum term* son liberados en régimen de libertad condicional⁸⁰⁰ – una mediana aproximada del 20% – demuestran que la regla

⁷⁹⁵ Vid. s. 28(6) Crime (Sentences) Act 1997. En el mismo sentido, ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., pp. 230-231.

⁷⁹⁶ Vid., ampliamente, PADFIELD, N. / VAN ZYL SMIT, D. / DÜNKEL, F., *Release from prison, european policy and practice*, Ed, Willan Publishing, 2010, pp. 119 y ss., sobre la información a tener en cuenta para atorgar la libertad condicional.

⁷⁹⁷ Vid. s. 28(7) Crime (Sentences) Act 1997. En el mismo sentido, vid. CREIGHTON, S. / ARNOTT, H., *Prisoners, law and practice*, op. cit., p. 497.

⁷⁹⁸ Vid. s. 31(1) Crime (Sentences) Act 1997.

⁷⁹⁹ Vid. s. 250 CJA 2003 y s. 31(3) Crime (Sentences) Act 1997. El listado de condiciones comunes puede encontrarse, entre otros, en CREIGHTON, S. / ARNOTT, H., *Prisoners, law and practice*, op. cit., p. 517; PADFIELD, N., “Understanding recall 2011”, en *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2013, pp. 6-7. Disponible en papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2201039. En relación con las condiciones adicionales, vid. la Prison Service Order 6000 (Parole Release and Recall) donde se indican, en el anexo 4 del capítulo 14 el listado de condiciones adicionales. Disponible en: <http://www.justice.gov.uk/downloads/offenders/psipso/psipso-6000.pdf> [última visita: 03/09/2013]

⁸⁰⁰ Aunque se establecen los porcentajes respecto de todas las penas indeterminadas, vid. PAROLE BOARD, *Annual Report and Accounts the Parole Board for England and Wales 2008/09*, London: The Stationery Office, 2009, p. 52; PAROLE BOARD, *The Parole Board for England and Wales: Annual Report and Accounts 2011/2012*, London: The Stationery Office, 2012, p. 37.

general es la continuidad en prisión una vez finalizado este primer periodo así como que incluso existe la posibilidad de continuar privado de libertad perpetuamente.

1.3.2. La introducción de la cadena perpetua obligatoria para determinados delincuentes.

La última de las reformas operadas en la legislación penal británica a través de la LASPOA 2012⁸⁰¹ ha modificado el capítulo 5 del título 12 de la CJA 2003 creando un nuevo artículo 224A en el que se regula una nueva pena de cadena perpetua que lleva como rúbrica “*life sentence for second listed offence*”⁸⁰². En realidad su regulación no representa una completa novedad en la legislación británica, pues en 1997 con la aprobación de la *Crime (Sentences) Act 1997* ya se estableció una pena de cadena perpetua por la comisión de un segundo delito sexual o violento cometido, aunque luego fue abolida por la CJA 2003⁸⁰³. Su introducción puede ser que tenga una relación muy directa con la derogación de la *imprisonment for public protection* por la misma ley que ha aprobado la pena de cadena perpetua por la comisión de un segundo delito, como posteriormente se explicará con más detalle.

El nuevo artículo 224A de la CJA 2003 establece que todos aquellos sujetos que hayan cometido un delito específico y tengan antecedentes por la comisión de, al menos, otro delito específico serán condenados a cadena perpetua, excepto que de las circunstancias del delito cometido o de los delitos que hayan cometido anteriormente se concluya, por parte del tribunal, que su imposición sería injusta⁸⁰⁴. Según la ley, por delito específico debe entenderse, en relación con esta concreta pena de cadena perpetua, cualquiera de

⁸⁰¹ Introducido por el artículo 122 de la LASPOA 2012 por el que se crea un nuevo artículo 224A en la CJA 2003.

⁸⁰² Es una medida idéntica a las leyes de *three strikes and you're out* de Estados Unidos.

⁸⁰³ Vid. CREIGHTON, S. / ARNOTT, H., *Prisoners, law and practice*, op. cit., pp. 465-466; EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 146-147. Es interesante comprobar como los motivos por los cuales se decidió su derogación, tal y como apunta EASTON AND PIPER, no han sido tenidos en cuenta para su reintroducción en el sistema de sanciones británico.

⁸⁰⁴ Nótese que en ningún momento, a diferencia de la pena a cadena perpetua regulada en el artículo 225 CJA 2003, se establece que es necesario determinar la peligrosidad del sujeto (s. 224A CJA 2003).

los 43 delitos contenidos en la primera parte del nuevo anexo 15B de la CJA 2003⁸⁰⁵, entre los cuales se encuentran diversos delitos de terrorismo, el delito de homicidio, el delito de lesiones agravado o un gran número de delitos contra la libertad sexual así como la tentativa, la conspiración o la provocación de todos los anteriores, siempre y cuando fueran castigados, en caso de no aplicarse la pena de cadena perpetua, a una pena privativa de libertad de 10 años o más. En relación con los antecedentes, el nuevo artículo 224A establece que sólo deberán tenerse en cuenta aquellos que conformen alguno de los delitos contenidos en el anexo 15B fuere cual fuere el momento de su comisión siempre y cuando hubieran sido castigados a una pena que conlleve un *minimum term*, una vez descontado el periodo en libertad condicional⁸⁰⁶, de cinco años.

1.4. La pena de Imprisonment for Public Protection.

1.4.1. La imposición de la *imprisonment for public protection*.

La pena *imprisonment for public protection* (IPP) fue introducida por primer vez a través de la CJA 2003. Esta es una pena privativa de libertad de duración indeterminada con las mismas consecuencias que la pena de cadena perpetua⁸⁰⁷, con la salvedad que aquellos sujetos a los que se les hubiera impuesto una *imprisonment for public protection* tienen la posibilidad de obtener, algún día, la definitiva libertad.

La imposición de la *imprisonment for public protection*⁸⁰⁸ viene determinada por los mismos requisitos establecidos para la cadena perpetua: comisión de un delito específico grave y determinación de la peligrosidad del delincuente. Así, el artículo 225 CJA 2003 establece que la IPP se impondrá a todos aquellos delincuentes que, habiendo sido considerados peligrosos, cometan un delito específico grave y no pueda imponerse

⁸⁰⁵ Introducido por el anexo 18 de la LASPOA 2012.

⁸⁰⁶ En este sentido, vid. CAIRNS, R., “The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: the significant changes”, en *Probation Journal*, vol. 60, 2013, p. 181.

⁸⁰⁷ En este sentido, vid. EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, op. cit., p. 149; ROSE, C., “RIP the IPP: A look back at the sentence of imprisonment for public protection”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 76, 2012, p. 303; CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, op. cit., p. 391.

⁸⁰⁸ Está regulada en el mismo artículo 225 de la CJA 2003 junto con la cadena perpetua.

la pena de cadena perpetua, bien porque la ley no prevé dicha pena por el concreto delito cometido, o bien porque, pudiéndose imponer una pena de cadena perpetua, el tribunal considera que su imposición no es adecuada con arreglo a la gravedad del delito cometido y, si es el caso, de otros delitos cometidos asociados al primero⁸⁰⁹. Así pues,, en aquellos casos en que – tal y como se exige para la imposición de la pena de cadena perpetua – se haya cometido alguno de los delitos considerados graves contenidos en el anexo 15 y el individuo es considerado peligroso pero, no obstante el tribunal considera que no es legalmente posible o, siendo posible, no es adecuada la imposición de una pena de cadena perpetua, la ley establece que se deberá imponer una *imprisonment for public protection*.

Una vez determinados los supuestos en que se debe imponer la nueva pena de *imprisonment for public protection*, es necesario determinar la duración mínima de la misma. Para hacerlo se deben seguir los mismos pasos que los detallados para la pena de cadena perpetua. Sin embargo, para determinar el *notional determinate term* en el caso de condenas a *imprisonment for public protection* se debe tener en cuenta que éste nunca puede ser superior a la duración máxima de la pena⁸¹⁰. En realidad, tanto para la determinación del *notional determinate term* de la pena de cadena perpetua como de la IPP es necesario tener en cuenta la duración máxima de la pena según el delito cometido establecida en la ley. No obstante, en todos aquellos casos en que se permita la imposición de una pena de prisión a cadena perpetua, como resulta lógico, el límite máximo permitido por la ley será la propia vida del condenado. Por ello, sólo en relación con los supuestos en que se imponga una pena de IPP por la comisión de un delito específico grave que no esté castigado con la pena máxima de cadena perpetua por parte de un delincuente peligroso es cuando deberá tenerse en cuenta dicha circunstancia.

El número de sujetos condenados a una *imprisonment for public protection* desde la entrada en vigor⁸¹¹ de la *Criminal Justice Act* de 2003 se disparó hasta el punto que en

⁸⁰⁹ Vid. s. 225(3) CJA 2003

⁸¹⁰ El periodo privativo de libertad junto con el periodo bajo libertad hasta el final de la condena.

⁸¹¹ Tal y como se ha señalado anteriormente fue el 4 de abril de 2005.

tan sólo dos años y medio la cifra de sujetos en prisión condenados era superior a los 3,500⁸¹², cantidad que ha ido incrementando exponencialmente⁸¹³. Por el contrario, hasta junio de 2008 sólo habían sido puestos en libertad condicional, una vez cumplido el *minimum term*, un total de 22 sujetos⁸¹⁴.

Ya desde su introducción por la CJA 2003, la *imprisonment for public protection* fue criticada desde distintos ámbitos relacionados con el sistema de justicia penal⁸¹⁵. Las principales críticas iban dirigidas a dos aspectos. El primero de ellos, con carácter general a todas las sanciones aplicables a la delincuencia considerada de riesgo, se refería a la presunción de peligrosidad establecida por la propia CJA en 2003 tal y como se ha analizado anteriormente⁸¹⁶. El segundo, en relación con la amplitud con la que fue regulada la imposición de la *imprisonment for public protection* y la falta de recursos e infraestructuras para poder hacer frente al gran número de sujetos condenados a una IPP. Así, la pena de IPP tal y como fue regulada en 2003 podía ser impuesta por un gran número de delitos⁸¹⁷, pues aunque la ley especificaba que para su imposición los delitos cometidos debían ser graves, no significaba que en realidad así fuera⁸¹⁸. Ello conllevó la imposición de un gran número de penas de *imprisonment for public protection*, muchas

⁸¹² Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Justice Statistics Quarterly Update to December 2012: England and Wales*, Ministry of Justice, Statistics Bulletin, 2013, p. 50 y tabla complementaria de condenas A.5.16, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-justice-statistics-quarterly-update-to-december-2012> [última visita 24/07/2013].

⁸¹³ Puede verse una gráfica del número de sujetos condenados a penas privativas de libertad indeterminadas así como la duración media de los periodos relativos a la culpabilidad durante el período 2002 a 2012 en <https://www.justice.gov.uk/statistics/criminal-justice/criminal-justice-statistics>

⁸¹⁴ Lo que supone aproximadamente un 7% del total de sujetos que habían cumplido el *minimum term*. Vid. PAROLE BOARD, *Annual Report and Accounts the Parole Board for England and Wales 2008/09*, op. cit., p. 51.

⁸¹⁵ Vid. STRICKLAND, P., *The abolition of sentences of imprisonment for public protection*, SN/HA/6068, House of Commons Library, 2013.

⁸¹⁶ Vid. *supra* el apartado relativo a la consideración de delincuente peligroso.

⁸¹⁷ Vid. SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, op. cit., anexos B y D.

⁸¹⁸ La legislación penal británica establece la duración máxima de las penas pero no la mínima. Así, por ejemplo, el delito de *child grooming* (s. 15(4) *Sexual Offences Act 2003*) está castigado con una pena máxima de hasta 10 años de prisión pero no con una pena mínima o el delito de robo con violencia o intimidación – incluido también en el anexo 15 de la CJA 2003 – de menor gravedad que en la s. 8 *Theft Act 1968* está castigado con la pena máxima de cadena perpetua y por tanto considerado grave.

con un *minimum term* de una duración muy breve⁸¹⁹. El principal problema de todo ello se presenta en el momento de la liberación definitiva, pues como posteriormente se verá, para obtener la libertad definitiva es necesario acreditar que un concreto preso no representa un riesgo para el resto de la sociedad. Con todo, el problema se agrava en aquellos casos en que se condena a un sujeto a una IPP con un *minimum term* relativamente corto, pues la dificultad para poder acreditar la ausencia de peligrosidad resulta todavía más difícil, lo que conlleva que muchos de los condenados a una IPP continúen privados de libertad una vez cumplido con el *minimum term* de su condena⁸²⁰.

Tal situación condujo a que a través de la *Criminal Justice and Immigration Act 2008* se procediera a reformar los requisitos para la imposición de la *imprisonment for public protection* en el sentido que seguidamente se expondrá.

Con la aprobación y entrada en vigor de la CJIA 2008 se modificó la pena de *imprisonment for public protection*⁸²¹ con el objetivo de reducir la aplicabilidad de la misma a sujetos que aun siendo considerados delincuentes peligrosos⁸²² hayan cometido delitos de menor gravedad, reduciendo con ello el número de sujetos condenados a una pena de *Imprisonment for public protection*. Así, se establece que para poder condenar a un sujeto considerado peligroso a esta pena es necesario, además de haber cometido un delito específico grave, que éste tenga antecedentes por la comisión de un delito específico contenido en una nueva lista⁸²³ o que fuera tal la gravedad del delito

⁸¹⁹ Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures relating to offenders serving indeterminate sentence of imprisonment for public protection (IPPs)*, junio de 2011, donde se indica que aun 2011 más del 70% de sujetos en prisión condenados a una IPP habían sido condenados a un *minimum term* de hasta 4 años de prisión. Incluso se llegó a castigar a un sujeto a una pena de IPP a un *minimum term* de 28 días. En este sentido, vid. STRICKLAND, P., *The abolition of sentences of imprisonment for public protection*, op. cit., p. 6.

⁸²⁰ En este sentido, vid. STRICKLAND, P., *The abolition of sentences of imprisonment for public protection*, op. cit., p. 7; EPSTEIN, R. / MITCHELL, B., “Indeterminate imprisonment for public protection and the impact of the 2008 reforms”, en *Criminal Law and Justice Weekly*, 2009, p. 3. Del mismo modo, vid., el informe relativo a las necesidades de cambio del sistema penal, LORD CARTER’S, *Securing the future: Proposals for the efficient and sustainable use of custody in England and Wales*, 2007, p. 50, donde se alerta de este problema.

⁸²¹ Vid. s. 13 CJIA 2003.

⁸²² Vid. supra la consideración de delincuente peligroso, donde se describe la reforma de introducida respecto a la determinación de la peligrosidad a partir de la entrada en vigor de la CJIA 2008.

⁸²³ El anexo 15A de la CJA 2003 introducido por la CJIA 2008 que incluye 22 delitos violentos y de carácter sexual graves. Sobre la particular gravedad de estos delitos, vid. EASTON, S / PIPER, C.,

cometido⁸²⁴ que fuera necesario imponer, al menos, una pena de prisión con un *minimum term* de dos años de duración⁸²⁵. En aquellos casos en que el sujeto tenga antecedentes por la comisión de alguno de los delitos establecidos en la nueva lista no será necesario que el *minimum term* tenga una duración mínima de dos años. No obstante, el *minimum term* siempre tendrá una duración mínima de un año, aunque se considerase por parte del tribunal que dicha duración debería ser inferior.

1.4.2. El régimen de libertad de los condenados a IPP.

Los condenados a *imprisonment for public protection*, una vez finalizado el cumplimiento del periodo referido al *minimum term* y, si fuera el caso, el periodo extra de privación de libertad derivado de la peligrosidad que presentan, serán liberados en régimen de libertad condicional siempre y cuando ya no supongan un riesgo para el resto de personas por la comisión de futuros delitos específicos. Una vez en libertad condicional, los condenados deberán cumplir con las condiciones impuestas en los mismos términos que los condenados a cadena perpetua. La particularidad se presenta, tal como se ha indicado anteriormente, en la posibilidad de obtener la definitiva libertad. Así pues, aquellos sujetos condenados a *imprisonment for public protection* estarán sometidos, con carácter general, a libertad condicional durante el resto de su vida a no

Sentencing and Punishment. The quest for justice, op. cit., p. 149; ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 231, aunque éste último establezca que son 23 los delitos incluidos, en realidad el número 23 se refiere a formas imperfectas de ejecución de los 22 delitos.

⁸²⁴ Tanto el artículo 153(2) CJA 2003 como el artículo 82A(3) de la Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act de 2000 establece que para determinar el *minimum term* se deben tener en cuenta la gravedad del delito cometido junto con la de otros delitos asociados a éste. Ello hace que en determinados casos en que, de acuerdo con la gravedad del delito cometido, no sería posible imponer un *minimum term* de dos años, tener en consideración delitos anexos al principal para justificar tal duración mínima y con ello imponer una pena de *imprisonment for public protection*. En este sentido, vid. THOMAS, D. A., “Sentencing: dangerous offenders – amendments made to the Criminal Justice Act 2003 by the Criminal Justice and Immigration Act 2008 – general guidance”, en *Criminal Law Review*, vol. 3, 2009, p. 222, en base a las sentencias R. v. O’Brien [2007] 1 WLR 833 y R. v. O’Halloran [2006] EWCA Crim. 3148. En sentido contrario, vid. la sentencia del Tribunal de Apelación en R. v. Roberts [2009] EWCA 701.

⁸²⁵ Es importante en este instante tener en cuenta el proceso en su versión completa para determinar el *minimum term*. Esto es, una vez determinado el *notional determinate term*, se restaría 1/3 de la pena en aquellos casos en que el sujeto se hubiera declarado culpable (sólo en relación con aquellos delitos en los que está permitida dicha reducción por la declaración de culpabilidad). Una vez restada esta podrá deducirse la mitad de la pena para a la que deberá descontarse el determinar tiempo que el sujeto ha estado en prisión preventiva. El resultado final será el *minimum term*.

ser que una vez cumplidos 10 años desde su puesta en libertad, la Junta de Libertad considere que ya no es necesario que ese concreto individuo continúe sujeto a las restricciones impuestas por parte de la Junta para proteger a la sociedad⁸²⁶.

Los datos oficiales en relación con el número de sujetos que continúan privados de libertad una vez cumplido el *minimum term* demuestran la dificultad de ser liberado una vez cumplido este periodo. Así en 2011 del total de 6,550 sujetos cumpliendo una *imprisonment for public protection* privados de libertad, 3,000 estaban todavía en su fase de *minimum term*, y 3,500 continuaban privados de libertad una vez finalizada la misma⁸²⁷. Además, tal y como se ha mencionado anteriormente, la realidad demuestra la dificultad de poder obtener la libertad condicional⁸²⁸ por lo que en la práctica esto conlleva a que la IPP sea una especie de cadena perpetua encubierta⁸²⁹, de tal modo que la misma pueda aplicarse a un mayor número de delitos.

1.4.3. La reforma operada en 2012 por la LASPOA 2012.

En 2010 el nuevo gobierno británico elaboró un documento en el que se indicaba la necesidad de reformar el sistema de *imprisonment for public protection* con la finalidad que sólo se impusiera a los delincuentes que cometieran los delitos más graves – concretamente, se decía que para aquellos que fuera necesario imponer una pena de prisión con un *notional determinate term* de al menos 10 años – y para aquellos que representaran un riesgo muy grave de causar un grave daño a otras personas a través de la comisión de futuros delitos. En este documento se citaba el hecho de que sólo el 5% de sujetos condenados a una pena de *imprisonment for public protection* habían sido liberados en régimen de libertad condicional. Junto a ello, los datos del número de

⁸²⁶ Vid. el anexo 18 de la CJA 2003. En el mismo sentido, vid. ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 232.

⁸²⁷ Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures relating to offenders serving indeterminate sentence of imprisonment for public protection (IPPs)*, op cit., *passim*

⁸²⁸ Vid supra que hasta junio de 2008 sólo habían sido liberados 23 sujetos una vez finalizado su *minimum term*.

⁸²⁹ Sobre las similitudes entre la pena de cadena perpetua y la IPP, vid. *Saunders* [2013] EWCA Crim 1027, párrafos 13-14.

condenados a IPP habían continuado creciendo después de la reforma operada en 2008, llegando a la cifra de más de 6,100 sujetos⁸³⁰ de los cuales sólo habían sido liberados en libertad condicional 140⁸³¹. Finalmente, en 2012 y a diferencia de lo que había indicado el gobierno británico en 2010⁸³², se aprobó la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* a través de la cual se terminó por derogar la pena de *imprisonment for public protection* definitivamente⁸³³, si bien la propia ley establece expresamente que la reforma no tendrá efectos retroactivos con lo cual todos aquellos condenados con anterioridad no podrán beneficiarse de la reforma operada⁸³⁴.

1.5. La extended sentence.

1.5.1. Introducción.

La última de las penas específicamente contenidas en la legislación británica diseñadas para afrontar la delincuencia considerada peligrosa es la llamada *extended sentence*. En este caso, se trata de una pena privativa de libertad de duración determinada que tiene por objetivo retrasar la definitiva libertad de los sujetos considerados peligrosos sin que ello suponga condenarlos de por vida, como sí sucede con la cadena perpetua y con la *imprisonment for public protection*. La *extended sentence* fue gestada⁸³⁵ en la *Criminal Justice Act 1991* y ha sido modificada posteriormente por todas y cada una de las reformas operadas en la normativa penal británica.

⁸³⁰ Cifra que llegó a 6,550 sujetos presos bajo la imposición de una IPP en junio de 2011. Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures relating to offenders serving indeterminate sentence of imprisonment for public protection (IPPs)*, op cit., *passim*.

⁸³¹ Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Breaking the Cycle: effective punishment, rehabilitation and sentencing of offenders*, Cm 7972, 2010, p. 11. Disponible en www.justice.gov.uk/downloads/consultations/green-paper-evidence-a.pdf [última visita 19/07/2013].

⁸³² Sobre la posible razón de ello, vid. ROSE, C., “RIP the IPP: A look back at the sentence of imprisonment for public protection”, op. cit., p. 309, que textualmente dice: “*Whether dangerous offenders, serving long sentences for violent or sexual offences, do, in fact, go on to receive the necessary level of rehabilitation, which few would argue they should, will indicate whether these most recent reforms are about improving the way in which dangerous offenders are dealt with or are simply about reducing the prison population and, consequently, the drain on the public purse*”.

⁸³³ Vid. s. 123 LASPOA 2012.

⁸³⁴ En este sentido, vid. STRICKLAND, P., *The abolition of sentences of imprisonment for public protection*, op. cit., p. 1.

⁸³⁵ Vid. EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, op. cit., p. 147.

A través del artículo 44 de la CJA 1991, dentro del capítulo “special cases”, se creó una excepción al sistema de ejecución de penas para los delincuentes sexuales. Con carácter general, según la regulación de la CJA 1991⁸³⁶, los presos una vez cumplida la mitad de la pena impuesta, o a las dos terceras partes en aquellos supuestos en que se hubiera impuesto una pena de larga duración, debían ser liberados en régimen de libertad condicional hasta, en todo caso, las tres cuartas partes de la pena, momento en el cual cesaban las condiciones impuestas y pasaban a cumplir el resto de la pena en libertad. Por el contrario, el artículo 44 de la CJA 1991 estableció un régimen de libertad condicional excepcional que debía extenderse hasta el final de la condena para aquellos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual. Posteriormente, con la aprobación de la *Crime and Disorder Act 1998* se aprobó la pena de *extended sentence* tal como se entiende actualmente. En este sentido, se ampliaron los supuestos en que podía ser impuesta una *extended sentence* en el sentido de incluir a los delitos violentos. Asimismo, se añadió a la duración normal de las penas lo que se llama *extended period* con una duración de hasta cinco o diez años, según el delito cometido fuera de carácter violento o sexual, en todos aquellos casos en que se considerara que la duración de la pena privativa de libertad que debía imponerse no sería suficiente ni para prevenir la comisión de nuevos delitos ni para asegurar la rehabilitación del propio delincuente⁸³⁷.

1.5.2. La regulación de la *extended sentence* según la *Criminal Justice Act 2003*.

A) La imposición de la pena.

Finalmente, con la aprobación de la CJA 2003 se introdujo la *extended sentence*⁸³⁸ dentro del abanico de penas especialmente diseñadas para ser impuestas a aquellos delincuentes considerados peligrosos. Con una regulación similar a la de la versión

⁸³⁶ Vid. los artículos 33 y ss. de la *Criminal Justice Act* de 1991 en su versión original.

⁸³⁷ Vid. s. 58(1) *Crime and Disorder Act 1998*. Sobre la finalidad asegurativa del *extended period*, vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, op. cit., p. 404.

⁸³⁸ Regulada en la s. 227 CJA 2003.

original⁸³⁹, se establece que todos aquellos sujetos condenados por un delito específico que no sea considerado grave pero que sean considerados peligrosos serán condenados a la pena privativa de libertad llamada *extended sentence*. Así pues, serán condenados a una *extended sentence* aquellos sujetos que cometan algún delito violento o sexual incluido en el anexo 15 de la CJA 2003 que castigados con una pena privativa de libertad de duración máxima de 10 años siempre que el tribunal considere, de acuerdo con los artículos 224 y 229 CJA 2003⁸⁴⁰, que existe un riesgo de comisión de nuevos delitos específicos a través de los cuales se pueda causar un grave daño físico o psicológico a otros. La imposición de una pena de *extended sentence*, una vez detectada la peligrosidad de un sujeto, vendrá determinada por la duración máxima de la pena del delito cometido. Así, si la duración máxima permitida por la ley para un delito en cuestión es inferior a 10 años de prisión se deberá imponer una *extended sentence* y si, por el contrario, es igual o superior a los 10 años se deberá imponer una pena de *imprisonment for public protection* o una pena de cadena perpetua.

La diferencia más notable de la *extended sentence* respecto de las anteriores penas que han sido analizadas es su duración. En este caso se trata de una pena de duración determinada por lo que, una vez cumplida la totalidad de la pena, el condenado obtendrá la definitiva libertad. No obstante, para determinar la duración total de la *extended sentence*, el tribunal deberá, en primer lugar, determinar la duración de la pena, el llamado *custodial term*, como si de un delincuente no peligroso se tratara, en atención a la culpabilidad por el delito cometido y rigiéndose por los límites temporales fijados en la ley por el delito en cuestión. La única excepción se presenta en relación con aquellos casos en que el *custodial term* adecuado, según el tribunal, fuera inferior a 12 meses, pues entonces deberá imponerse un *custodial term* de 12 meses⁸⁴¹. Determinado éste, el tribunal sumará al mismo lo que propiamente conforma una extensión de la pena, el *extended period*, que podrá ser de hasta 5 o 8 años de duración, según el delito cometido

⁸³⁹ En este sentido, vid. EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, op. cit., p. 147. En un sentido similar, aunque señalando el mayor ámbito de aplicación de la regulación anterior, pues también podía imponerse por la comisión de delitos violentos o sexuales graves, vid. R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 13.

⁸⁴⁰ Vid. supra en relación con la consideración de delincuente peligroso.

⁸⁴¹ Vid. s. 227(3) CJA 2003.

haya sido uno de carácter violento o sexual⁸⁴². La duración concreta del periodo extendido de la pena de prisión deberá ser el adecuada al objetivo perseguido con su imposición, proteger al resto de la sociedad de la peligrosidad que presenta el condenado⁸⁴³. Finalmente, la CJA 2003, en su artículo 227(5), establece que el resultado de la suma de la duración de la pena y del periodo extendido no podrá ser superior a la duración máxima de la pena fijada en la ley por el delito en cuestión.

B) El régimen de libertad.

El artículo 247 CJA 2003 establece que la Junta de libertad deberá ordenar la libertad de los sujetos condenados a una pena de *extended sentence* en régimen de *licence* (libertad condicional) tan pronto como sea posible, una vez hayan cumplido la mitad de su *custodial term*, y en todo caso una vez cumplido el periodo correspondiente al *custodial term*⁸⁴⁴. El hecho de que la liberación se prolongue más allá de la mitad del *custodial term* sólo será posible en atención a la peligrosidad que representa su puesta en libertad por la posible comisión de nuevos delitos específicos⁸⁴⁵. Una vez en libertad el sujeto deberá estar sometido a *licence* hasta el final de su condena, esto es, durante el periodo restante del *custodial term* más todo el periodo establecido por el tribunal como *extension period*⁸⁴⁶.

1.5.3. La modificación de la *extended sentence* por la aprobación de la CJIA 2008.

⁸⁴² A modo de ejemplo, piénsese en un sujeto considerado peligroso que ha cometido un delito violento incluido en el anexo 15 y castigado por la ley con una pena máxima de 8 años. El tribunal deberá castigar a este sujeto a una *extended sentence* de por ejemplo 4 años de prisión (no superior a los 8 años establecidos en la ley) y 4 de periodo extendido lo que implica una condena por un periodo total de 8 años (el total tampoco es superior a los 8 años tal como se establece en la s. 227(5) CJA 2003).

⁸⁴³ Vid. s. 227(2)(b) CJA 2003. En el mismo sentido, vid. R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S) párrafo 12; ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 233.

⁸⁴⁴ Vid. S. 247(4) CJA 2003 en su versión original. En este sentido, vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, op. cit., p. 407.

⁸⁴⁵ Vid. ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 233.

⁸⁴⁶ En el ejemplo anterior y considerando que no haya sido liberado hasta las 2/3 partes del *custodial term* el sujeto deberá estar sometido a libertad condicional durante un año y cuatro meses (1/3 de 4 años) más 4 años más relativos al periodo extendido.

La *Criminal Justice and Immigration Act* 2008 establece una reforma significativa de la *extended sentence* dirigida a la reducción del número de sujetos condenados a esta pena por la comisión de delitos menores a la vez que amplía su campo de imposición a los delitos graves con la finalidad de reducir la duración de las condenas impuestas a los sujetos que cometen estos delitos.

En concreto, el artículo 15 de la CJIA 2008 reforma, por un lado, la *extended sentence* en el sentido de ampliar el número de delitos a los que puede imponerse la mencionada pena. A partir de su entrada en vigor la imposición de esta pena ya no quedará limitada a los supuestos de delitos específicos menos graves y podrá imponerse en relación con todos los delitos específicos establecidos en el anexo 15⁸⁴⁷. Esto supone que a partir de la entrada en vigor de la CJIA 2008, si un sujeto valorado como peligroso comete alguno de los delitos específicos considerados graves podrá ser castigado a una pena de *imprisonment for public protection*, a una pena de cadena perpetua⁸⁴⁸ o a una *extended sentence*. Junto a ello, la reforma introduce, en el mismo sentido que se hizo en relación con la IPP, ciertas restricciones a la imposición de una *extended sentence* en aquellos supuestos menos graves. Esto es, sólo podrá imponerse una *extended sentence* en aquellos casos en que el sujeto condenado tenga antecedentes por la comisión de uno de los delitos establecidos en el nuevo anexo 15A⁸⁴⁹ o en aquellos casos en que el propio delito cometido justifique la imposición de un *custodial term* de cuatro años⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ Compárese la regulación del artículo 227 CJA 2003 en su versión inicial y con posterioridad a la CJIA 2008.

⁸⁴⁸ Si bien el artículo 224 CJA 2003 establece que en aquellos supuestos en que no sea legalmente posible o no sea adecuada en atención a las circunstancias del hecho delictivo la imposición de una pena de cadena perpetua deberá imponerse una pena de *imprisonment for public protection*, nada impide que a partir de la reforma de 2008 pueda asimismo optarse por la imposición de la *extended sentence*. En este sentido, *Attorney General's Reference* (No 55 of 2008) [2008] EWCA Crim 2790, [2009] Crim LR 221, párrafo 19 y 20, donde además se establece el criterio para decidir sobre la imposición de una u otra pena.

⁸⁴⁹ Vid. *supra*, en nota a pie de página en el apartado sobre la regulación de la *imprisonment for public protection*, sobre el reducido número de delitos que incluye esta nueva lista.

⁸⁵⁰ En este punto la reforma operada no es exactamente igual que la realizada en la IPP, pues aunque en teoría sea lo mismo cuatro años de *custodial term* que dos años de *minimum term* (pues la propia reforma establece que deberá liberarse en régimen de libertad condicional a los sujetos una vez cumplida la mitad de la pena), es necesario tener en cuenta que el tiempo pasado en prisión preventiva debe ser descontado para calcular el *minimum term*. Sobre el cálculo del *minimum term*, vid. *supra* en relación con la reforma operada por la CJIA 2008 en la IPP y las respectivas notas a pie de página.

Por otro lado, en relación con la reducción del número de sujetos condenados que están privados de libertad, la reforma operada a través de la CJIA 2008⁸⁵¹ modifica el sistema de obtención de la libertad condicional. Así, se establece que los condenados a una *extended sentence* obtendrán, en todo caso, la libertad condicional una vez cumplida la mitad de la pena (*custodial term*) sin necesidad de tomar en consideración la mayor o menor peligrosidad que pueda representar el sujeto en cuestión⁸⁵².

La diferencia relativa al momento de obtención de la libertad condicional respecto a la regulación establecida en la versión original de la CJA 2003 es abrumadora y difícilmente comprensible. Más si se tiene en cuenta que la *extended sentence* se impone a sujetos porque precisamente han sido considerados peligrosos pero en cambio se decide que deberán ser liberados en régimen de libertad condicional como si de un sujeto no peligroso se tratara. La modificación sólo puede ser comprendida si se considera que el principal objetivo de la misma es la reducción del número de sujetos en prisión, pues durante el periodo de 2007 y 2008 sólo el 22% de los sujetos que habían cumplido la mitad del *custodial term* eran liberados en régimen de libertad condicional⁸⁵³ lo que había supuesto un incremento del número de presos en el Reino Unido.

1.5.4. La modificación introducida por la LASPOA 2012.

En la última de las reformas operadas que ha modificado las penas aplicables a la delincuencia peligrosa se ha derogado, tal como se ha señalado anteriormente, la *imprisonment for public protection*. No obstante, la misma reforma, operada por la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* en su artículo 124, ha

⁸⁵¹ Vid. s. 25 CJIA 2008 por el que se modifica la s. 247 CJA 2003.

⁸⁵² En relación con la dilución de la función de protección del resto de la sociedad como consecuencia de la reforma de 2008, vid. ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, op. cit., p. 233.

⁸⁵³ Vid. PAROLE BOARD, *The Parole Board for England and Wales: Annual Report and Accounts 2011/2012*, op. cit., p. 33.

modificado la *extended sentence* de tal manera que la primera – la IPP- queda, en su mayor parte, absorbida por ésta⁸⁵⁴.

Así, se introduce un nuevo artículo 226A a la CJA 2003, creado por el artículo 124 de la LASPOA 2012, donde se establece que en aquellos casos en que se cometa un delito específico establecido en el anexo 15 por parte de un sujeto considerado peligrosos en que no sea posible la imposición de una pena de cadena perpetua será de imposición una *extended sentence* si el sujeto tiene antecedentes por la comisión de alguno de los delitos considerados graves establecidos en el nuevo anexo 15B⁸⁵⁵, o si el propio delito cometido justifica la imposición de un *custodial term* de cuatro años.

Sin embargo, las reformas más importantes operadas por la LASPOA 2012 se prevén en relación con el sistema de libertad condicional de los sujetos condenados a una *extended sentence*⁸⁵⁶. Por un lado, se restringe el acceso a la libertad condicional hasta que no se hayan cumplido las dos terceras partes del *custodial term* en régimen de privación de libertad⁸⁵⁷. Además, por otro lado, se establece una regla especial de obtención de la libertad condicional para aquellos sujetos que cometan alguno de los delitos establecidos en las partes 1 a 3 del nuevo anexo 15B o cuando el delito cometido, aun cuando no siendo alguno de los establecidos en la lista, le corresponda una pena (*custodial term*) de 10 años o más de prisión. En estos casos, una vez finalizadas las dos terceras partes de la pena relativas a la culpabilidad del sujeto por el hecho cometido, la Junta de Libertad, en atención a la peligrosidad que presente el sujeto, deberá decidir si le concede la libertad condicional o si, por el contrario, decide que es necesario que continúe privado de libertad. Si la Junta de Libertad decide que no es adecuado liberar un determinado sujeto, la ley establece que deberá revisarse la situación penitenciaria

⁸⁵⁴ En el mismo sentido, vid. la sentencia *Saunders* [2013] EWCA Crim 1027, párrafos 16-17, donde se indica que la nueva regulación de la *extended sentence* absorbe todos aquellos supuestos en que debía imponerse una IPP excepto cuando se constata que el riesgo de comisión de futuros delitos puede llegar a ser por un periodo indefinido.

⁸⁵⁵ Este nuevo anexo 15B contiene más de 45 delitos considerados graves lo que duplica el número de delitos contenidos en el anterior anexo 15A.

⁸⁵⁶ Su regulación se establece en el artículo 125 LASPOA 2012 el que introduce un nuevo artículo (art. 246A) en la CJA 2003.

⁸⁵⁷ Vid. 125 LASPOA 2012 y s. 246A(2) y (8)(a) CJA 2003 según la última versión después de la reforma.

periódicamente en un periodo máximo de dos años. En el momento en que la Junta de libertad decida que ya no es necesario para proteger al resto de la sociedad que el sujeto reste privado de libertad, será liberado en régimen de libertad condicional hasta el final del periodo añadido de la *extended sentence*.

De la modificación producida en el sistema de libertad condicional de las *extended sentence* puede reafirmarse la alegación realizada al inicio de este apartado en referencia a la absorción de la *imprisonment for public protection* por parte de la *extended sentence*. Así, la nueva regulación de la pena implica la aplicación de distintos regímenes de libertad según la gravedad del delito cometido. Así pues, en aquellos casos en que se ha cometido un delito específico grave el régimen aplicable será más próximo al régimen anterior de las IPP que al que habitualmente ha sido regulado para las *extended sentence*.

1.6. El régimen de revocación de la libertad condicional para los sujetos condenados como delincuentes peligrosos.

Con carácter previo a la explicación de la revocación de la libertad condicional y de las consecuencias de ello respecto de aquellos sujetos condenados a alguna de las penas descritas anteriormente, es necesario describir sucintamente el sistema de revocación de la libertad condicional en la legislación de Inglaterra y Gales.

Actualmente, existen tres tipos de revocación de la libertad condicional por la violación de alguna de las condiciones establecidas o por la comisión de un nuevo delito durante el periodo de libertad condicional: la revocación temporal, la revocación por razones de emergencia y la revocación estándar⁸⁵⁸. La revocación temporal es, con carácter general, el sistema de revocación de la libertad condicional común para aquellos que están cumpliendo una pena privativa de libertad de duración determinada. Concretamente, la revocación temporal consiste en la revocación de la libertad condicional por un periodo

⁸⁵⁸ PADFIELD, N., “Understanding recall 2011”, op. cit., p. 7.

fijo de 28 días. La revocación por razones de emergencia se activa en aquellos casos en que debe aplicarse la revocación estándar como consecuencia de la violación de alguna de las condiciones de la libertad condicional cuando, junto a ello, exista un riesgo de reincidencia inminente por la comisión de futuros delitos que puedan causar un grave daño. Finalmente, la revocación estándar se aplica a todos aquellos sujetos que estén cumpliendo una pena privativa de libertad indeterminada (*cadena perpetua y imprisonment for public protection*), una *extended sentence*, una pena por la comisión de alguno de los delitos establecidos en el anexo 15 CJA 2003 o frente a aquellos sujetos a quienes ya se les haya revocado anteriormente su libertad condicional y hayan vuelto a ser puestos en libertad condicional.

Una vez explicados los distintos tipos de revocación de la libertad condicional contenidos en la legislación británica, es preciso profundizar en el análisis de la revocación de la libertad condicional de aquellos sujetos que han sido condenados bajo el paraguas de las penas aplicables a delincuentes peligrosos. El artículo 255A(2)(a) CJA 2003, establece que si alguno de los sujetos condenados bajo esta etiqueta incumple alguna de las condiciones impuestas en su libertad condicional, o si comete un nuevo delito durante el mismo periodo se procederá a la revocación de su libertad condicional a través del régimen estándar. Una vez un sujeto ve revocada su libertad condicional deberá cumplir el resto de su condena en régimen de privación de libertad y sólo podrá ser liberado de nuevo en régimen de libertad condicional en aquellos casos en que la Junta de Libertad considere que dicho sujeto ya no presenta un riesgo a cometer nuevos delitos que puedan generar un grave daño para otros⁸⁵⁹. En concreto, una vez ha sido revocada la libertad condicional, la Junta de libertad debe decidir si considera que el concreto sujeto al que le ha sido revocada su libertad puede ser liberado inmediatamente o en una concreta fecha o, por el contrario, considera que debe permanecer en prisión⁸⁶⁰. En este último caso, será necesario revisar la situación del

⁸⁵⁹ Una explicación sobre el proceso del inicio y fin de la revocación, vid. PADFIELD, N., “Recalling conditionally released prisoners in England and Wales”, en *European Journal Probation*, vol. 4, 2012, pp. 36-38.

⁸⁶⁰ Para ello debe considerar, entre otras cosas, el riesgo del sujeto, si es probable que vuelva a violar las condiciones de la libertad condicional, su situación personal en libertad o el interés público y de rehabilitación del condenado. Vid. Secretary of State’s Directions to the Parole Board: December

preso anualmente por si fuere apropiado ser finalmente liberado⁸⁶¹. Así, aquellos sujetos condenados a cadena perpetua o *imprisonment for public protection* a los que, una vez liberados, se les revoca su libertad condicional deberán permanecer en prisión indefinidamente hasta que la Junta de libertad considere nuevamente que pueden ser liberados. En relación con aquellos sujetos condenados a una pena de *extended sentence* a los cuales les ha sido revocada su libertad condicional deberán permanecer privados de libertad hasta que la Junta de libertad considere que pueden ser liberados o hasta el límite máximo de la duración de su condena, momento en el que en todo caso deberán ser liberados definitivamente.

En la práctica supone que una vez ha sido revocada la libertad condicional de un sujeto, éste tenga pocas probabilidades de volver a ser liberado, al menos, dentro de un plazo de tiempo corto⁸⁶². Los datos que figuran en el informe anual que presenta la Junta de Libertad muestran como cada año el número de revocaciones de libertades condicionales es muy superior al número de libertades condicionales que se otorgan a sujetos aun privados de libertad⁸⁶³.

2. Medidas no privativas de libertad aplicables a la delincuencia peligrosa.

2.1. El registro de delincuentes sexuales.

2.1.1. Antecedentes.

2009, disponible en <http://www.justice.gov.uk/offenders/parole-board/sos-directions/dec2009> [última visita: 22/07/2013].

⁸⁶¹ Vid. s. 256(2) CJA 2003.

⁸⁶² Vid. PAROLE BOARD, *The Parole Board for England and Wales: Annual Report and Accounts 2011/2012*, op. cit., p. 29, en relación con sujetos condenados a penas privativas de libertad determinadas durante el periodo de junio de 2010 a junio de 2011 de 14,159 sujetos a los que se les había revocado la libertad condicional y se debía decidir sobre su puesta en libertad, se acordó su libertad de manera automática o con fecha determinada a sólo 1,737 de ellos.

⁸⁶³ PAROLE BOARD, *The Parole Board for England and Wales: Annual Report and Accounts 2011/2012*, op. cit., *passim*; PADFIELD, N., "Recalling conditionally released prisoners in England and Wales", op. cit., p. 39.

Junto a las penas privativas de libertad de especial imposición a la delincuencia considerada peligrosa, en el Reino Unido se prevé la obligación de que todos los sujetos condenados a delitos sexuales en los que la víctima haya sido un menor de edad tengan que notificar ciertos datos personales a la policía para que sean introducidos en un registro de delincuentes sexuales.

La primera vez que se establece la obligación de crear un registro de delincuentes sexuales en el que consten los datos de todos aquellos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima sea menor de edad es a través de la *Sex Offenders Act 1997*. Sin embargo, con anterioridad, los cuerpos de policía ya recopilaban ciertos datos de los sujetos condenados por un delito sexual en sus áreas de actuación aunque lo hacían sin ninguna base legal y su nivel de actualización y rigor no era el más adecuado⁸⁶⁴.

A diferencia de Estados Unidos, en Inglaterra y Gales la creación de un registro no vino precedida por ningún suceso criminal de extrema gravedad con una gran repercusión mediática que acabara presionando a los poderes políticos para su aprobación. En este caso, fue el propio cuerpo de policía⁸⁶⁵ el que dio un impulso a la creación de un registro de los delincuentes condenados por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima fuera menor de edad⁸⁶⁶. La finalidad principal de su introducción, se dijo, era poder poseer información personal permanentemente actualizada de los sujetos condenados a delitos sexuales con el objetivo de prevenir la futura comisión de delitos por parte de estos sujetos y, al mismo tiempo, gracias a la mayor información y

⁸⁶⁴ Vid. HOME OFFICE, DEPARTMENT OF HEALTH, DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE WELSH OFFICE, *Working together: under the Children Act 1989: a guide to arrangements for inter-agency co-operation for the protection of children from abuse*, HMSO, London, 1991, pp. 50-51.

⁸⁶⁵ Vid., en este sentido, HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, Cm 3304, Ed. Home Office, London, 1996, p. 8.

⁸⁶⁶ En este sentido, vid. THOMAS, T., “The sex offender register: a measure of public protection or a punishment in its own right?”, en *Papers from the British Criminology Conference*, vol. 8, 2008, p. 86. No obstante, es posible que la decisión de aprobar un registro de delincuentes sexuales también viniera motivada por la muerte y violación de una niña de siete años en 1995 en Gales, pues su repercusión en la prensa durante 1995 y 1996 fue considerable; tan sólo en el diario “The Herald Scotland” se encuentran 40 noticias (todas ellas concentradas básicamente en dos meses) con el término “Sophie Hook”, el nombre de la menor. Vid., también, THE INDEPENDENT, “Murdered girl’s father support register plans”, 20 julio de 1996.

fiabilidad de los datos del registro, facilitar la identificación de los autores de delitos cometidos⁸⁶⁷.

2.1.2. La creación del registro de delincuentes sexuales en el Reino Unido.

A) Evolución legislativa.

Con anterioridad a la definitiva creación de un registro de delincuentes sexuales se abrió el trámite de información pública⁸⁶⁸ por el cual se anunciaba la introducción de un registro de delincuentes sexuales así como las líneas generales de su desarrollo y las posibles alternativas⁸⁶⁹ a la población en general. Una vez finalizado éste, se presentó, en diciembre de 1996, el proyecto de ley en el parlamento británico. Durante el debate parlamentario se plantearon varias cuestiones espinosas como la posible retroactividad de la ley o la publicidad de la información contenida en el registro⁸⁷⁰. Establecer que el registro de delincuentes sexuales debía operar con carácter retroactivo suponía automáticamente la inclusión de unos 110.000 sujetos que habían sido condenados anteriormente por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima era menor de edad⁸⁷¹, lo que podía acarrear ciertos problemas⁸⁷², por lo que finalmente se

⁸⁶⁷ Vid. HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, op. cit., p. 8.

⁸⁶⁸ Consiste exactamente en un trámite a través del cual los ciudadanos pueden opinar sobre los temas que se proponen legislar en un sentido similar al que se prevé en la legislación española en el artículo 86 de la ley 30/1992 en relación con los procedimientos administrativos.

⁸⁶⁹ Del total de 238 personas que respondieron, un 87% estaban a favor de la introducción de un registro de delincuentes sexuales. En alusión a ello, vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 61-62.

⁸⁷⁰ Según indica THOMAS, la tramitación parlamentaria del registro no creó un gran debate político parlamentario dado que en mayo de 1997 se celebraron las elecciones generales y ningún partido quería ir en contra de la aprobación de una medida como ésta. Vid. THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 62.

⁸⁷¹ Vid. THOMAS, T., "The sex offender register: a measure of public protection or a punishment in its own right?", op. cit., p. 87.

⁸⁷² Algunas de las dificultades que fueron planteadas: qué hacer con los condenados por delitos que ya habían sido derogados, cómo encontrar a todos los que habían sido condenados con anterioridad o cómo quedaba afectado el principio de seguridad jurídica de las normas. Vid. HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, op. cit., pp. 9-10.

optó por establecer el nuevo registro con efectos “irretroactivos”⁸⁷³. En relación con la publicidad de los datos contenidos en el registro de delincuentes sexuales, si bien se debatieron varias opciones⁸⁷⁴, después de consultar con una asociación policial dicha posibilidad, se decidió que los datos contenidos en los registros debían ser, por regla general, confidenciales⁸⁷⁵.

B) Concepto y naturaleza.

Después de la tramitación parlamentaria, en 1997 se aprobó la *Sex Offenders Act 1997*. La nueva ley obliga a todos aquellos sujetos que cometan un delito de carácter sexual en que la víctima sea menor de edad a notificar a las autoridades sus datos personales.

El registro se constituye como una medida de naturaleza civil dirigida a la protección de la sociedad y no como un castigo para el delincuente, pues tal y como se indica en el preámbulo de la ley, su finalidad es la de evitar futuros delitos por parte de quien ya ha sido condenado. Esto implica principalmente que su imposición retroactiva – porque de facto así debe considerarse – no vulnera el principio de irretroactividad de las leyes penales como tampoco la prohibición de *non bis in idem*. Dicha naturaleza ha sido discutida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ambos casos: *Ibbotson v. United Kingdom* (1998) y *Adamson v. United Kingdom* (1999). En éstos, se planteó la posible vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al imponerse la obligación de someterse al registro de delincuentes sexuales a sujetos que habían cometido delitos con anterioridad a la entrada en vigor de la *Sex Offenders Act 1997*. En ambos casos el tribunal desestimó las pretensiones, pues consideró que el

⁸⁷³ En realidad su aplicación sí tiene efectos retroactivos, pues quedan incluidos en la ley aquellos sujetos que en el momento de la entrada en vigor de la ley estén cumpliendo su condena aunque, eso sí, no a aquellos que ya han finalizado el cumplimiento de la misma.

⁸⁷⁴ En este sentido, vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 10, 2004, p. 340. A modo de ejemplo, vid. HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, op. cit., p. 12, donde se indican las distintas posibilidades en relación con la notificación de los datos contenidos en el registro de delincuentes sexuales.

⁸⁷⁵ Así, vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, op. cit., p. 340.

registro de delincuentes sexuales regulado en el Reino Unido no era una pena⁸⁷⁶. Según el tribunal, para determinar si una medida debe considerarse de naturaleza penal o civil es necesario tener en cuenta los siguientes factores: la necesidad de haber cometido previamente un delito o no, la propia regulación de la medida, la naturaleza y la finalidad establecida en la propia ley, el procedimiento que se sigue para su imposición y la severidad de la misma. Así, en el caso concreto, el tribunal consideró que aunque se imponga siempre en aquellos casos en que se cometa un determinado delito, su naturaleza no es punitiva, pues se dirige a prevenir la comisión de nuevos delitos. Además, el tribunal indica que el hecho de tener que registrarse ante la policía y tener que notificar cierta información, sin que ésta sea de dominio público no puede considerarse una pena⁸⁷⁷, pues el hecho de que un concreto sujeto haya cometido un determinado delito podría ser perfectamente conocido por la policía, sin la necesidad de estar registrado.

C) Regulación.

La *Sex Offenders Act* 1997 establece que todos aquellos sujetos que cometan alguno de los delitos establecidos en el anexo 1⁸⁷⁸ de la propia ley están obligados a notificar a la policía aquellos datos personales que se fijan en la ley. Así, deberán inscribirse en el registro aquellos que, a partir de la entrada en vigor de la ley, sean condenados, sean declarados inimputables como consecuencia de la falta de comprensión del delito cometido, hayan recibido una “*caution*”⁸⁷⁹ por parte de la policía y aquellos que hayan cometido alguno de los delitos anteriormente indicados con anterioridad a la entrada en

⁸⁷⁶ Sobre el concepto de pena según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. el caso *Welch v. United Kingdom* (1995).

⁸⁷⁷ Esta afirmación seguramente no sería válida después de todas las reformas operadas en el registro de delincuentes sexuales que más adelante se detallaran. Para hacerse una idea de lo que ello significa, vid. THOMAS, T., “The sex offender register: a measure of public protection or a punishment in its own right?”, op. cit., pp. 89-90, ofrece un esquema de las reformas operadas hasta 2008.

⁸⁷⁸ Se incluyen tanto aquellos delitos de carácter sexual más grave como otros delitos menores en que las víctimas sean menores de edad.

⁸⁷⁹ Podría traducirse por advertencia policía. Es un método alternativo para castigar los delitos menores en aquellos casos en que el propio sujeto activo reconoce ser el autor del delito cometido. Existen dos tipos de *cautions*, las simples – que consisten en una advertencia - y las condicionales. La consecuencia más importante que se deriva es que es la propia policía la responsable de imponer estas “sanciones penales”.

vigor de la ley pero que en el momento de la entrada en vigor se estén ejecutando las consecuencias jurídico-penales derivadas del delito cometido⁸⁸⁰. Estos sujetos deberán estar sometidos al registro por un tiempo determinado según el tipo y la duración de la pena impuesta que puede ir desde los 5 años, para aquellos condenados a una *caution*, hasta de carácter permanente⁸⁸¹, en aquellos casos en que el sujeto haya sido condenado a una sanción – tanto una pena como una medida de seguridad - privativa de libertad con una duración de 5 años o superior⁸⁸² a partir del momento en que haya sido condenado⁸⁸³.

Una vez determinados los sujetos que deben notificar su información para ser incluida en el registro de delincuentes sexuales, la *Sex Offender Act 1997* establece qué datos deben notificarse, así como a quién, cómo y cuándo debe realizarse la notificación de los mismos⁸⁸⁴. Así, los sujetos obligados a registrarse deben, en el periodo de 14 días⁸⁸⁵, a contar desde el momento de la condena o desde el momento en que se obtiene la libertad⁸⁸⁶ - si se ha estado privado de la misma -, notificar a la policía el nombre actual y el del momento de la comisión del delito y, en caso de que sean distintos, los apodos por los que se le conozca, la fecha de nacimiento y el domicilio actual y del momento en que se cometió el delito. Dicha información podrá notificarse personalmente, acudiendo a la comisaría de policía del lugar donde reside, o por escrito. Además, cuando un sujeto modifique alguno de los datos notificados a la policía deberá igualmente, en un plazo de 14 días, notificar por los mismos medios dicho cambio.

⁸⁸⁰ Vid. artículo 1 de la *Sex Offenders Act 1997*.

⁸⁸¹ Sin posibilidad alguna de que sea revisada.

⁸⁸² Para determinar la duración de las *extended sentence* se debe tener en cuenta tanto el *custodial term* como el *extended period*. En este sentido, vid. 227(2C) CJA 2003 donde expresamente se indica que la condena estará constituida por los dos periodos mencionados. En el mismo sentido, vid. la sentencia R v Wiles [2004] 2 Cr App R (S) 467 párrafo 14: “[...]it is clear that the term of imprisonment or detention includes the extension period and is not confined to the custodial term. That reading is mandated by the definition of custodial sentence in s.76”, que aunque haga mención a la anterior regulación su aplicación es totalmente válida en la legislación actual.

⁸⁸³ Vid. 1(4) y (8) de la *Sex Offenders Act 1997*.

⁸⁸⁴ Artículo 2 de la *Sex Offenders Act 1997*.

⁸⁸⁵ En un primer momento se había considerado que fijar un periodo inferior a 21 días para poder notificar los datos requeridos no era razonable pero finalmente éste se redujo a 14 días. Vid. HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, op. cit., p. 12.

⁸⁸⁶ O en caso de haber estado fuera del Reino Unido, desde el momento en que se vuelve al país.

Finalmente, en el artículo 3 de la ley se establece que el incumplimiento de la notificación inicial o de la notificación de la modificación de los datos ofrecidos a la policía, así como la notificación falsaria de los mismos, conllevará la imposición de una pena de multa, una pena de prisión de hasta seis meses⁸⁸⁷ o ambas.

D) La notificación pública del registro.

En la *Sex Offenders Act 1997*, tal como se ha indicado anteriormente, no se hace referencia alguna a la posibilidad de difundir la información contenida en el registro de delincuentes sexuales al resto de la población o la posibilidad de notificar determinada información a terceras personas. No obstante, justo al cabo de poco tiempo de la aprobación de la *Sex Offenders Act 1997* se dictó una sentencia⁸⁸⁸ a través de la cual se posibilitaba con carácter muy restrictivo la notificación de los antecedentes penales de un concreto sujeto por parte de la policía. En el supuesto de hecho que se debatía en sentencia, la policía había revelado a un individuo que una pareja de exdelincuentes sexuales estaban viviendo en un terreno de su propiedad. Con anterioridad a la notificación, la policía había recibido información sobre el peligro de que esta pareja volviera a cometer nuevos delitos de carácter sexual dada la afluencia de menores de edad en dicho lugar durante las vacaciones de semana santa. Ante tal peligro, y después de intentar que se marcharan de dicho lugar, la policía optó por llevar una copia de una noticia de prensa al propietario del lugar donde estaban residiendo éstos con el objetivo de presionar para que la pareja se marchara de donde estaba viviendo⁸⁸⁹. El tribunal concluyó que, si bien debe partirse del derecho a la privacidad de todo individuo, la policía puede informar sobre la existencia de un exdelincuente a personas determinadas en aquellos casos en que ello, de acuerdo con el interés público, sea necesario para evitar la comisión de futuros y concretos delitos. En consecuencia, la sentencia dictada por el tribunal dio cobertura a la posibilidad de notificar la información contenida en el

⁸⁸⁷ En el informe publicado para consulta pública como en el proyecto de ley la pena máxima que se establecía en los casos de incumplimiento de la notificación era de 1 mes de prisión. Vid. HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, op. cit., pp. 10-11; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., p. 62.

⁸⁸⁸ R. v Chief Constable of North Wales Ex p. AB Divisional Court, 10 July 1997.

⁸⁸⁹ Es interesante hacer una lectura de los hechos de la sentencia donde se explica sucintamente todos y cada uno de los pasos que se siguieron hasta optar por notificar al propietario del terreno la condición de exdelincuentes de esta pareja.

nuevo registro de delincuentes sexuales y con ello salvaba la ausencia de previsión legal referida en la *Sex Offenders Act 1997* sobre este particular. Asimismo, el gobierno británico, al cabo de poco tiempo de dictarse esta sentencia, promulgó una circular en la que se establecían los requisitos que justificaban la notificación de la información contenida en el registro⁸⁹⁰. Básicamente se establecía que, con carácter general, no es posible notificar los datos contenidos en el registro y, sólo una vez analizado caso por caso el riesgo de comisión de futuros delitos y cuando ello sea necesario para proteger a futuras y concretas víctimas menores de edad, podría justificarse su divulgación⁸⁹¹. En relación con los asuntos de carácter procedimental, la circular establece la necesidad de cooperación entre distintos órganos públicos para determinar el riesgo de comisión de futuros delitos así como de la necesidad de notificar a determinadas personas información de un concreto sujeto. Junto a ello, además, se indican algunos ejemplos en que podría estar justificada la notificación y el modo en que debería realizarse la misma.

2.1.3. La reforma de la *Sex Offenders Act 1997* en el 2000.

A principios de julio del 2000 Sarah Payne, una niña de 8 años, fue asesinada por un sujeto con antecedentes penales por la comisión de un anterior delito de carácter sexual. La muerte de esta menor causó un gran revuelo en los medios de comunicación hasta el punto que el periódico dominical “*News of the World*” empezó una campaña llamada “*For Sarah*” a través de la cual se proponía la publicidad generalizada del contenido en el recién creado registro de delincuentes sexuales, e incluso decidió publicar por cuenta propia los nombres y fotografías de varios delincuentes sexuales⁸⁹². Ello, además,

⁸⁹⁰ Vid. Home Office Circular 39/1997.

⁸⁹¹ La propia circular hace referencia, entre otras, a la sentencia *R v. North Wales Police* de 1997 y una vez analizada con un poco de detenimiento puede fácilmente concluirse que consiste en el desarrollo de los argumentos establecidos por el tribunal para justificar la notificación de los antecedentes de los demandantes.

⁸⁹² Vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, op. cit., p. 341; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 120-121. Esta campaña terminó con ataques a personas inocentes por parte de otros ciudadanos por lo que al cabo de poco tiempo el diario dejó de publicar dicha información. En este sentido, vid. LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender disclosure scheme*, House of Commons Library, London, 2012, p. 2. Disponible en <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN01692> [última visita: 15/08/2013]

implicó que se convocaran por parte de la ciudadanía diversas manifestaciones con la intención de que el gobierno endureciera las leyes para los delincuentes sexuales⁸⁹³.

Al cabo de pocos días del inicio de la campaña a favor de la notificación pública del registro de delincuentes sexuales, el gobierno británico publicó un informe sobre la implementación del registro por parte de la policía llamado “Where are they now?”⁸⁹⁴. En este informe, se ponía de relieve la efectividad del registro, pues, entre otros aspectos, se indicaba que un 94,7% de los registrados cumplían con la ley⁸⁹⁵ o que los cuerpos de policía consideraban, en su mayoría que el registro era efectivo⁸⁹⁶. Del mismo modo, se apuntaron algunas deficiencias de la vigente regulación, como por ejemplo que los sujetos podían notificar su información a la policía a través del correo, la imposibilidad de controlar, a falta de regulación, aquellos sujetos que salían del Reino Unido o de aquellos sujetos que habiendo cometido un delito de carácter sexual contra un menor en el extranjero residían en el Reino Unido. A estas objeciones se añadían otras como el hecho de que no se obligara a tener una residencia más o menos fija a los sujetos registrados, que las penas derivadas del incumplimiento de las obligaciones fueran benignas o que no se hubieran incluido delitos que, si bien no suponen una ofensa directa contra la libertad o indemnidad sexual, su comisión pueda tener una finalidad sexual⁸⁹⁷.

Finalmente, el 30 de noviembre de 2000 se aprobó una nueva ley, la *Criminal Justice and Court Services* 2000, que, entre otras cosas, modificaba el registro de delincuentes sexuales aprobado en la *Sex Offenders Act* 1997 con la finalidad de endurecer las

⁸⁹³ Vid. Gardham, D., “Fresh protests as Sarah Payne's parents appeal for calm”, *The Guardian*, 12 de agosto de 2000. [última visita: 10/08/2013] disponible en: www.theguardian.com/uk/2000/aug/12/childprotection.society2; “Paedophile protest estate quiet”, *BBC News*, 11 de agosto de 2000. [última visita: 10/08/2013] disponible en: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/873067.stm>;

⁸⁹⁴ Vid. PLOTNIKOFF, J. / WOOLFSON, R., *Where are they now?: an evaluation of sex offender registration in England and Wales*. Police Research Series Paper 126, Home Office, 2000.

⁸⁹⁵ Vid. PLOTNIKOFF, J. / WOOLFSON, R., *Where are they now?: an evaluation of sex offender registration in England and Wales*, op. cit., p. 6.

⁸⁹⁶ Vid. PLOTNIKOFF, J. / WOOLFSON, R., *Where are they now?: an evaluation of sex offender registration in England and Wales*, op. cit., p. 45.

⁸⁹⁷ Vid. PLOTNIKOFF, J. / WOOLFSON, R., *Where are they now?: an evaluation of sex offender registration in England and Wales*, op. cit., pp. 45-46.

obligaciones a las que estaban sometidos los sujetos registrados⁸⁹⁸. En primer lugar, a partir de la reforma los sujetos debían realizar la notificación inicial – una vez condenados o liberados de prisión – en un plazo máximo de tres días⁸⁹⁹ y personalmente acudiendo a la comisaría de policía donde la policía podría tomar fotografías y una muestra de sus huellas dactilares⁹⁰⁰. En segundo lugar, aquellos sujetos registrados que viajaran al extranjero por un periodo superior a siete días debían notificar con 48 horas de antelación, entre otra información, cuándo y a dónde van a viajar y, una vez hubieran vuelto al Reino Unido, notificar en un plazo igualmente de 48 horas dicha circunstancia⁹⁰¹. Finalmente, se incrementaron las penas derivadas del incumplimiento de la obligación de notificar a la policía toda aquella información requerida por ley para ser introducida en el registro de delincuentes sexuales, pasando a poder imponer una pena de hasta 5 años de prisión. Esta última modificación, si bien fue una de las demandas que había solicitado la policía, parece, a la luz de los resultados del informe presentado por el gobierno británico en el mismo informe de 2000, poco lógica, pues el porcentaje de sujetos que estaban cumpliendo con las obligaciones derivadas del registro de delincuentes sexuales llegaba hasta el 94,7%, a no ser que para ello se tomaran en cuenta las exigencias punitivas de la opinión pública⁹⁰².

2.1.4. La actual regulación del registro de delincuentes sexuales.

A) Antecedentes.

Al año siguiente a la reforma operada por la *Criminal Justice and Court Services Act* 2000, se publicó un informe elaborado por el gobierno británico y el gobierno escocés

⁸⁹⁸ Vid. anexo 5 de la *Criminal Justice and Court Service Act 2000*.

⁸⁹⁹ La reducción del plazo para realizar la primera notificación a tres días coincide con lo señalado en la encuesta que realizó el periódico semanal *News of The World*. En este sentido, vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, op. cit., p. 344.

⁹⁰⁰ Vid. artículos 2(6A) a (6C) de la *Sex Offenders Act 1997*.

⁹⁰¹ Vid. artículos 2(6D) a (6G) de la *Sex Offenders Act 1997* modificada por el anexo 5 de la *Criminal Justice and Court Service Act 2000* y *The Sex Offenders (Notice Requirements) (Foreign Travel) Regulations 2001*, donde se especifican los plazos, información y los sujetos que deben notificarla en el caso de viajar al extranjero.

⁹⁰² En este sentido, vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, op. cit., p. 345.

en el que se ponía de relieve la necesidad de reformar el registro de delincuentes sexuales⁹⁰³. Si bien el informe apuntaba que un 97% de los sujetos estaban cumpliendo con las obligaciones de notificación⁹⁰⁴, se consideraba que era necesario incrementar las cargas a los sujetos que estaban registrados⁹⁰⁵, obligar a notificar más datos o incluir nuevos delitos⁹⁰⁶ con el objetivo, según el propio documento, de mejorar la efectividad del registro en la contribución de la protección ciudadana.

Justo al cabo de un año, el gobierno británico anunció la voluntad de reformar la legislación relacionada con la delincuencia sexual⁹⁰⁷ con la finalidad de actualizarla y clarificarla⁹⁰⁸. En relación con el registro de delincuentes sexuales ello significaba, en la misma línea definida por el informe publicado en 2001, la necesidad de incrementar el control y las obligaciones de los sujetos registrados⁹⁰⁹.

B) La definitiva aprobación de la *Sexual Offences Act* 2003.

En 2003 se aprobó la anunciada reforma de la legislación relativa a la delincuencia sexual a través de la *Sexual Offences Act* 2003 (SOA 2003). La nueva ley derogó, entre otras, la *Sex Offenders Act* 1997, por lo que a partir de su entrada en vigor⁹¹⁰ el registro de delincuentes sexuales se encuentra regulado en la segunda parte de la SOA 2003⁹¹¹.

⁹⁰³ Vid. HOME OFFICE / SCOTTISH EXECUTIVE, *Consultation paper on the review of part 1 of the Sex Offenders Act 1997*, London, 2001.

⁹⁰⁴ Vid. HOME OFFICE / SCOTTISH EXECUTIVE, *Consultation paper on the review of part 1 of the Sex Offenders Act 1997*, op. cit., p. 12.

⁹⁰⁵ Vid. HOME OFFICE / SCOTTISH EXECUTIVE, *Consultation paper on the review of part 1 of the Sex Offenders Act 1997*, op. cit., p. 23.

⁹⁰⁶ Vid. HOME OFFICE / SCOTTISH EXECUTIVE, *Consultation paper on the review of part 1 of the Sex Offenders Act 1997*, op. cit., pp. 20-21.

⁹⁰⁷ HOME OFFICE, *Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*, Cm 5668, London, 2002.

⁹⁰⁸ Vid. HOME OFFICE, *Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*, op. cit., p. 9.

⁹⁰⁹ Vid. HOME OFFICE, *Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*, op. cit., pp. 12-13. Vid, también, THOMAS, T., "When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender", op. cit., p. 346.

⁹¹⁰ El 1 de mayo de 2004. Vid. art. 2 *The Sexual Offences Act 2003 (Commencement) Order* 2004.

⁹¹¹ Vid. artículos 80 y ss. SOA 2003.

La SOA 2003 parte de la regulación del registro de delincuentes sexuales establecido en la *Sex Offenders Act 1997* pero a su vez amplía las cargas que tienen que soportar los sujetos registrados. Por un lado, la nueva ley deja intacta la estructura de la anterior regulación pero, por otro, introduce una serie de novedades, a través tanto de la modificación como de la introducción de nuevas obligaciones con la finalidad de tener más controlados a los delincuentes sexuales.

Por una parte, la nueva SOA 2003 conlleva un conjunto de modificaciones en relación con las obligaciones ya existentes en la SOA 1997. Primero, establece una nueva lista de delitos ampliada en el anexo 3, la comisión de los cuales implica la inclusión en el registro de delincuentes sexuales automáticamente y sin posibilidad de apelación. Segundo, la notificación de los datos a la policía deberá hacerse en un plazo máximo de 3 días en todo caso, ya sea como consecuencia de la notificación inicial o por la modificación de alguno de los datos previamente notificados y ello se deberá hacer presencialmente en la comisaría de policía que así se establezca⁹¹². Junto a ello, en aquellos casos en que la notificación sea por una modificación de los datos, ésta podrá también realizarse en un plazo no superior a dos días con anterioridad al momento en que tendrá efecto el cambio. Tercero, en la notificación inicial debe comunicarse, a parte de la fecha de nacimiento, el nombre y el domicilio, y el número de la seguridad social⁹¹³. Cuarto, deberá notificarse todo viaje al extranjero que tenga una duración superior a dos días a diferencia de los ocho días que se establecía en la regulación anterior⁹¹⁴. Último, se modifican los periodos en que deben estar registrados aquéllos que han recibido una *caution* que pasa de cinco a dos años⁹¹⁵.

Por otra parte, la nueva ley introduce nuevas obligaciones que no estaban previstas en el registro de delincuentes sexuales anterior. En primer lugar, se establece la obligación de verificar anualmente la veracidad de los datos ofrecidos por los delincuentes sexuales. La verificación deberá realizarse al cabo de 12 meses desde la última notificación

⁹¹² Vid. artículos 83 y 87 SOA 2003.

⁹¹³ En 2006, a través de la *Police, Public Order and Criminal Justice Act 2006*, en relación con el conjunto de información a notificar, se añadió los detalles del pasaporte.

⁹¹⁴ Vid. artículo 86 SOA 2003 y *The Sexual Offences Act 2003 (Travel Notification Requirements) Regulations 2004*.

⁹¹⁵ Vid. artículo 82 SOA 2003.

realizada, con la finalidad de evitar un posible incumplimiento de las obligaciones⁹¹⁶. En segundo lugar, deberá notificarse la dirección de cualquier lugar dentro del Reino Unido donde el sujeto registrado pase más de seis días en un periodo de 12 meses⁹¹⁷. Finalmente, en ejercicio de los poderes que la ley otorga al Ministro de Justicia⁹¹⁸, se establece la posibilidad de incluir en el registro de delincuentes sexuales la información de sujetos que han cometido un delito equivalente a alguno de los incluidos en el anexo 3 de la SOA 2003 en el extranjero pero que estén residiendo en el Reino Unido⁹¹⁹.

En 2008, con la aprobación de la *Criminal Justice Immigration Act 2008* se amplía indirectamente los sujetos que deben notificar a la policía su información. Esto es, la ley de 2008 crea una nueva medida civil dirigida al control de determinados sujetos que han cumplido su pena por la comisión de determinados delitos violentos⁹²⁰. Una de las consecuencias de su imposición es la automática inclusión en el llamado registro de delincuentes sexuales.

Finalmente, en 2012, el Ministro de Justicia en el ejercicio de las competencias otorgadas para desarrollar la *Sexual Offences Act 2003* ha aprobado un reglamento⁹²¹ que modifica algunas de las obligaciones e introduce nuevas cargas para los delincuentes sexuales registrados⁹²². Así, será necesario notificar en un plazo mínimo de siete días o excepcionalmente de 12 horas cualquier viaje al extranjero aunque éste tenga una duración de un día. Además, aquellos sujetos que no tengan una residencia fija deberán actualizar el lugar donde se encuentran viviendo o la zona donde puede encontrarse semanalmente. Junto a ello, se establece dos nuevas obligaciones. Primero, la obligatoriedad de informar de todas las cuentas y tarjetas bancarias de que disponen a la policía. Segundo, aquellos sujetos que residan, aunque temporalmente, por un periodo

⁹¹⁶ Vid. artículo 85 SOA 2003.

⁹¹⁷ Vid. artículo 84 SOA 2003.

⁹¹⁸ Vid., entre otros, artículo 83(5), 84(5A) SOA 2003.

⁹¹⁹ Vid. artículos 97 y ss. SOA 2003.

⁹²⁰ Regulada en los artículos 98 a 106 CJIA 2008.

⁹²¹ *The Sexual Offences Act 2003 (Notification Requirements) (England and Wales) Regulations 2012*.

⁹²² Vid. LIPSCOMBRE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, House of Commons Library, London, 2012, pp. 8-9. Disponible en <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05267> [última visita: 15/08/2013]

superior a 12 horas con un menor de edad en un lugar privado, deberán notificar con antelación a la policía dicha circunstancia.

C) La sentencia *F and Thompson v. Secretary of State for the Justice*.

Desde la aprobación de la *Sex Offenders Act 1997*, aquellos sujetos condenados por la comisión de alguno de los delitos incluido en el anexo 1 que comportaran la efectiva imposición de una pena de prisión de cinco años o más de duración debían estar sometidos al registro de por vida, sin la posibilidad de ver reducida su duración. Estos plazos establecidos eran una copia de los instaurados en relación con la duración de los antecedentes penales⁹²³, la cual estaba basada, al mismo tiempo, en la duración de la condena sin tener en consideración ningún elemento relacionado con la peligrosidad criminal del sujeto en cuestión.

Esta cuestión llegó a los tribunales en 2008⁹²⁴ por parte de dos individuos que estaban sometidos al registro de por vida. Ambos consideraban que la ausencia de un mecanismo que permitiera revisar el periodo que debían estar registrados suponía una afectación desproporcionada de sus derechos fundamentales, con lo que se vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar. En 2010 el caso llegó hasta el Tribunal Supremo del Reino Unido⁹²⁵ el cual, al igual que los tribunales *a quo*, dio la razón a los dos individuos sujetos al registro con carácter perpetuo. El Tribunal estableció que para determinar, con carácter general, la vulneración de un derecho fundamental es necesario hacerse tres cuestiones⁹²⁶. La primera, determinar si el objetivo legislativo es suficientemente importante para justificar la limitación a un derecho fundamental. La segunda, si las medidas adoptadas son objetivamente racionales para la consecución de dicho objetivo. La tercera y final, si la duración de las medidas adoptadas es necesaria para cumplir con dicho objetivo.

⁹²³ Vid. *Rehabilitation of Offenders Act 1974*.

⁹²⁴ *F and Angus Aubrey Thompson v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWHC 3170.

⁹²⁵ *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17.

⁹²⁶ Vid. *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17, para. 17-18.

En este caso en cuestión, no obstante, el Tribunal indicó de antemano que el debate debía centrarse en la tercera de las cuestiones, la necesidad o no de imponer una medida de por vida. Así, para concluir que el registro de por vida sin posibilidad de revisión no respetaba el artículo 8 del Convenio el Tribunal se basó en tres argumentos. En primer lugar, que con anterioridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con un caso relativo al registro de delincuentes sexuales francés, había considerado que el hecho de establecer una duración máxima de 30 años no vulneraba el artículo 8 del Convenio, pues en la legislación francesa se preveía la posibilidad de que con anterioridad a dicha fecha se pudiera solicitar la eliminación de los datos contenidos en el registro⁹²⁷. En segundo lugar, el propio derecho británico establecía en relación con otras medidas aplicables a delincuentes sexuales y dirigidas a la protección de la sociedad – aplicables a los mismos delincuentes y con la misma finalidad – la posibilidad de dar por finalizada su aplicación anticipadamente en aquellos casos en que se considere que el sujeto afectado ya no presenta un riesgo de comisión de futuros delitos⁹²⁸. Finalmente, que aunque con anterioridad otros tribunales hubieran considerado que la notificación de por vida era legal⁹²⁹ y ello pudiera parecer contradictorio, estas sentencias se habían dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la SOA 2003 por lo que no habían tenido en cuenta la gran ampliación de las cargas introducidas por la ley⁹³⁰. Así, la sentencia establece que en aquellos casos en que no exista un riesgo de comisión de nuevos delitos no es necesario que un sujeto continúe registrado, por lo que su inclusión vulneraría el derecho a la privacidad personal y familiar contenida en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹³¹ por lo que es necesario que el poder legislativo habilite un mecanismo de revisión de la duración del periodo de notificación con la finalidad de evitar posibles futuras vulneraciones.

⁹²⁷ Vid. *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17, para. 32-33.

⁹²⁸ Vid. *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17, para. 45-49.

⁹²⁹ Vid. *supra* SSTEDH Ibbotson v UK y Adamson v UK.

⁹³⁰ Vid. *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17, para. 27-29 y 43-44.

⁹³¹ Vid. *R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17, para. 51.

Ante esta resolución judicial, el gobierno británico anunció durante un debate parlamentario en 2011⁹³² que, si bien no estaba de acuerdo con el fallo del Tribunal Supremo, iba a introducir un mecanismo de revisión de la duración del registro para aquellos sujetos condenados a penas de cinco años o más de prisión pero que, a diferencia de la modificación que hizo el gobierno escocés, éste sería mucho más restrictivo. En el anuncio, se indicó que sólo podría solicitarse una revisión una vez se hubiera sido sometido al registro durante 15 años desde la puesta en libertad de un sujeto y que la decisión sería tomada por parte de la policía, sin posibilidad alguna de apelación⁹³³.

No obstante, en julio de 2012, cuando finalmente se aprobó la *The Sexual Offences Act 2003 (Remedial) Order 2012*⁹³⁴ a través de la cual se daba respuesta a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo y con ello se posibilitaba la revisión de la duración del registro para aquellos sujetos sometidos con carácter permanente⁹³⁵, la respuesta no fue tan extrema como había sido anunciado. Así, los sujetos registrados indefinidamente, una vez lleven sometidos al registro de delincuentes sexuales durante un periodo mínimo de 15 años, pueden solicitar al jefe de policía de su distrito que se les exima de notificar a la policía la información requerida y que sea eliminada del registro. Para obtener una respuesta afirmativa deberán demostrar que ya no existe un riesgo de cometer nuevos delitos con los que puedan causar un grave daño a menores de edad y

⁹³² Hansard, HC *Debates*, col. 959, 16 February 2011).

⁹³³ Literalmente la ministra del interior dijo: “[...] *The Scottish Government have already implemented a scheme to give offenders an automatic right of appeal for removal from the register after 15 years. We will implement a much tougher scheme. Offenders will be able to apply for consideration of removal only after waiting 15 years following release from custody. In England and Wales, there will be no automatic appeals. We will deliberately set the bar for those reviews as high as possible. Public protection must come first. A robust review, led by the police and involving all the relevant agencies, will be carried out so that a full picture of the risks to the public can be considered. The final decision on whether an offender should remain on the register will be down to the police, and not, as in Scotland, the courts. The police are best placed to assess the risk of an offender committing another crime, and they will rightly put the public first. There will be no right of appeal against the police's decision to keep an offender on the register. That decision will be final. Sex offenders who continue to pose a risk will remain on the register, and will do so for life if necessary [...]*”.

⁹³⁴ Introduce los nuevos artículos 91A a 91F de la *Sexual Offences Act 2003*.

⁹³⁵ Sobre la regulación de la revisión de la duración del registro, vid., LIPSCOMBRE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, op. cit., pp. 4-7.

que, por tanto, en atención al objetivo principal del registro de delincuentes sexuales, ya no sea necesario que continúen sometidos al mismo. La policía, con base en los factores establecidos en la orden, deberá determinar si es necesario o no que ese concreto sujeto continúe sometido al registro. En el caso de que la respuesta sea negativa será posible plantear un recurso ante los juzgados⁹³⁶. Si igualmente la petición es desestimada no podrá volver a solicitarse la finalización de dicha carga hasta al cabo de ocho años o excepcionalmente, en aquellos casos en que el riesgo se considere tal que sea justificada la continuación por un periodo superior, hasta al cabo de quince años.

2.1.5. La notificación pública del contenido del registro.

Tal como se ha indicado con anterioridad, ni en la *Sex Offenders Act 1997* ni posteriormente en la *Sexual Offences Act 2003* – al menos en su regulación original – se previó la posibilidad de notificar al resto de la sociedad los datos contenidos en el registro de delincuentes sexuales. En concreto, tanto en una como en otra regía una presunción de privacidad de los datos de los sujetos registrados y sólo en aquellos casos en que fuera estrictamente necesario era posible la notificación de determinada información a personas concretas.

Este punto de partida quedó anulado con la aprobación de la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*⁹³⁷. Previamente, en 2007 el gobierno británico publicó un informe en el que señalaba la necesidad de ampliar el sistema de notificación de la información contenida en el registro⁹³⁸ de un modo muy similar al que se había exigido a través de la campaña del periódico “The News of the World” para la aprobación de la

⁹³⁶ En el anuncio de 2011 no se anunció la posibilidad de recurrir la decisión tomada por la policía. El motivo por el que ha debido preverse la inclusión de un recurso seguramente se debe a que el comité de derechos humanos del parlamento británico indicó que tal posibilidad vulneraba el derecho a un proceso justo. Vid. THOMAS, T. / THOMPSON, D., “Applications to come off the UK sex offender register: the position after F and Thompson v. Home Office 2010” en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 51, 2012, p. 282.

⁹³⁷ El artículo 140 CJIA 2008 ha introducido dos nuevos artículos (327A y 327B) en la CJA 2003 que regulan la notificación del contenido del registro de delincuentes sexuales.

⁹³⁸ Vid. HOME OFFICE, *Review of the protection of children from sex offenders*, London, 2007, pp.10-11.

“*Sarah’s Law*”⁹³⁹. Así, el nuevo artículo 327A de la CJA 2003 establece que en aquellos casos establecidos es preceptivo notificar a determinadas personas información contenida en el registro de delincuentes sexuales. En concreto, en aquellos casos en que exista una causa razonable para creer que un sujeto con antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual en que la víctima fuera menor de edad pueda cometer un nuevo delito sexual contra otro menor de edad causando un grave daño físico o psicológico a la víctima la policía deberá notificar, si ello es útil para la protección de dicho menor, la información relativa a los antecedentes penales del delincuente a personas concretas⁹⁴⁰.

Paralelamente a la introducción de esta nueva presunción de notificación, en 2008 el gobierno británico inicio una prueba piloto dirigida a la notificación de la información contenida en el registro. La prueba se inició en cuatro áreas de Inglaterra⁹⁴¹ y consistía en la posibilidad de ofrecer información sobre determinados sujetos por parte de aquellos que así lo solicitaran durante el periodo de un año. El único requisito era que sólo se podía pedir información de personas que tuvieran contacto no supervisado con menores⁹⁴². Durante este periodo se gestionaron un total de 315 solicitudes. Los autores del informe indicaron que la prueba piloto había ayudado a gestionar la protección de los menores⁹⁴³ por parte de la policía y que había sido un éxito en todos los aspectos⁹⁴⁴. El segundo paso fue ampliar a 18 áreas la posibilidad de solicitar dicha información. Actualmente ya se ha extendido a toda la Gran Bretaña⁹⁴⁵.

⁹³⁹ Incluso actualmente, no sólo la prensa sino también el propio gobierno británico denomina a la nueva regulación “*Sarah’s Law*”.

⁹⁴⁰ Vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., pp. 482-483; THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, op. cit., pp. 125-126.

⁹⁴¹ Cambridgeshire, Cleveland, Hampshire y Warwickshire. En este sentido, vid. LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender disclosure scheme*, op. cit., p. 6.

⁹⁴² Vid. KEMSHALL, H. / WOOD, J. et al., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010.

⁹⁴³ Vid. KEMSHALL, H. / WOOD, J. et al., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, op. cit., p. 4.

⁹⁴⁴ Vid. KEMSHALL, H. / WOOD, J. et al., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, op. cit., p. 5; LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender disclosure scheme*, op. cit., p. 7.

⁹⁴⁵ Vid. KEMSHALL, H. / WEAVER, B., “The sex offender public disclosure pilots in England and Scotland: lessons for 'marketing strategies' and risk communication with the public”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, 2012, p. 550; LIPSCOMBE, S., *Sarah’s Law: the child sex offender*

2.1.6. Recapitulación.

La regulación del registro de delincuentes sexuales en el Reino Unido ha evolucionado a una velocidad considerable⁹⁴⁶. Ha pasado de ser una mera base de datos actualizada con el nombre y domicilio de delincuentes sexuales a comportar una restricción considerable del derecho a la privacidad de éstos. Por un lado, a partir de la entrada en vigor la SOA 2003 se amplían el número de obligaciones al mismo tiempo que se disminuyen los plazos y los métodos de la notificación de las misma hasta el punto que el derecho a la libertad de movimiento queda seriamente afectado en comparación con las obligaciones originariamente implementadas por la SOA 1997. Por otro lado, se encuentra el cambio de paradigma en relación con la notificación a la población de la condición de exdelincuente sexual. Si bien no puede compararse con el derecho universal de notificación regulado en Estados Unidos, supone una afectación al derecho a la privacidad personal, sobre todo en aquellos casos en que desde el momento de la comisión del delito y el momento de la notificación de dicha circunstancia ha pasado un lapso de tiempo considerable o en aquellos casos en que ya no existe un verdadero riesgo de comisión de futuros delitos.

A la luz de todas las reformas operadas sería difícil continuar defendiendo la naturaleza civil del registro de delincuentes sexuales sobre todo partiendo del argumento de que así lo estableció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su día. El TEDH estableció que el registro no podía considerarse una pena, pues se dirigía a la prevención de futuros delitos y por tanto no tenía una finalidad punitiva, y que las consecuencias de la misma – la notificación inicial – no podían considerarse como limitación suficiente de derechos individuales como para poder considerarse una pena. A partir de la SOA 2003 el

disclosure scheme, op. cit., p. 8. En el mismo sentido, vid. HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, Ed. Routledge, London, 2011, p. 85-86.

⁹⁴⁶ En marzo de 2012 estaban registrados un total de 40.345 sujetos. Vid. MINISTRY OF JUSTICE, *Multi-Agency Public Protection Arrangements Annual Report 2011/12*, 2012, p. 5. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/multi-agency-public-protection-arrangements-annual-report> [última visita 03/09/2013]

registro ya no supone una notificación inicial y los datos que deben notificarse se han incrementado exponencialmente por lo que debe considerarse que los derechos fundamentales de los sujetos afectados quedan seriamente afectados⁹⁴⁷. A ello debe añadirse, en favor de su naturaleza punitiva, el hecho de que para su imposición se tiene únicamente en cuenta el delito cometido y no la peligrosidad criminal que puede suponer la puesta en libertad de un determinado sujeto⁹⁴⁸. Si se considera que el registro es una pena, a su vez sería necesario plantearse la necesidad y proporcionalidad de todas y cada una de las obligaciones que conlleva estar sometido al registro de delincuentes, por lo que antes de continuar ampliando las obligaciones derivadas del registro se debería analizar la verdadera efectividad en la reducción de la reincidencia, cosa que hasta el momento no se ha hecho⁹⁴⁹.

2.2. Medidas de carácter civil.

Junto con la creación de un registro de delincuentes sexuales y la posible notificación de la información contenida en el mismo, la legislación británica prevé una serie de medidas no privativas de libertad y de naturaleza civil dirigidas al control de los sujetos peligrosos. Existen un gran número de ordenes civiles⁹⁵⁰, algunas aplicables a sujetos

⁹⁴⁷ Ya en 2005 Thomas indicaba que las reformas operadas en el registro habían implicado que la naturaleza del registro estuviera en la frontera entre lo civil y lo penal, vid. THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, op. cit., p. 348.

⁹⁴⁸ Si ello se basara en la peligrosidad criminal podría discutirse si su naturaleza es punitiva o únicamente dirigida a la protección pública.

⁹⁴⁹ Vid. THOMAS, T., “The sex offender register: a measure of public protection or a punishment in its own right?”, op. cit., pp. 91-92.

⁹⁵⁰ Algunas de ellas son: la *anti-social behaviour order* regulada en el artículo 1 de la *Crime and Disorder Act 1998*, la *serious crime prevention order* regulada en los artículos 1 y ss. de la *Serious Crime Act 2007*, la *violent offender order* regulada en los artículos 98 y ss. de la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, la *risk of sexual harm order* regulada en los artículos 123 y ss. de la *Sexual Offences Act 2003*, la *sexual offenders prevention order* regulada en los artículos 104 y ss. de la *Sexual Offences Act 2003*, la *closure order* regulada en los artículos 1 y ss. de la *Anti-social Behaviour Act 2003*, la *football banning order* regulada en los artículos 14A y ss. de la *Football Spectators Act 1989* o la *dog control order* regulada en el artículo 55 de la *Clean Neighbourhoods and Environment Act 2005*. Vid., el listado completo de medidas civiles dirigidas a la prevención de futuros delitos, EDWARDS, A. / SAVAGE, J., *Sentencing Handbook: sentencing guidelines in the criminals courts*, op. cit., pp. 67-90.

que no han cometido ningún delito pero que se considera que existe un riesgo de que en un futuro así sea, otras aplicables a sujetos condenados por delitos menos graves y, finalmente, otras dirigidas a reducir la peligrosidad de aquellos sujetos que, habiendo cometido delitos graves, persiste un riesgo de cometer nuevos delitos de la misma naturaleza. Dado el objeto del presente trabajo, tan sólo se analizarán algunas de aquellas cuyo objetivo sea hacer frente a la peligrosidad que presentan sujetos que ya han cumplido, al menos, la parte privativa de libertad de su condena por la comisión de delitos graves.

2.2.1. Medidas dirigidas a conductas de carácter sexual.

A) La *Sexual offender prevention order*.

La *sexual offender prevention order* está regulada en los artículos 104 y siguientes de la SOA 2003⁹⁵¹. Tal y como su nombre indica, su objetivo es prevenir la comisión de delitos sexuales a través de la posibilidad de imponer al sujeto afectado determinadas prohibiciones.

La *sexual offender prevention order* puede imponerse a aquellos sujetos que hayan cometido alguno de los delitos establecidos en los anexos 3 y 5⁹⁵² de la SOA 2003, independientemente de si han sido declarados imputables o inimputables⁹⁵³, tanto en sentencia como en un momento posterior. Su imposición sólo será adecuada cuando sea necesario evitar que se cometa un nuevo delito de carácter sexual incluido en el anexo 3, a través del cual pueda causar un grave daño físico o psicológico a la víctima⁹⁵⁴. Junto a

⁹⁵¹ Su precedente, la *sex offender order*, fue creada por el artículo 2 de la *Crime and Disorder Act 1998*.

⁹⁵² Si bien los delitos establecidos en el anexo 3 de la SOA 2003 son todos de carácter sexual, en la lista del anexo 5 se incluyen determinados delitos que la tipificación de los cuales no responde a la protección de la libertad o indemnidad sexual como son el delito de homicidio o el delito de secuestro.

⁹⁵³ Arts. 104(2) y (3) SOA 2003.

⁹⁵⁴ Art. 104(1) y 106(3) SOA 2003. En relación con la diferencia entre los delitos cometidos que posibilitan la imposición de una *sexual offender prevention order* y los que se pretende evitar que se cometan en un futuro, vid. LIPSCOMBE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, op. cit., p. 12. En el mismo sentido, vid. HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, op. cit., p. 99.

ello, en aquellos casos en que su imposición sea posterior al momento de la condena, previa solicitud por parte de la policía⁹⁵⁵, será necesario acreditar las causas que, respecto al momento en que fue condenado, hacen necesaria su imposición⁹⁵⁶. Si bien, tal como se prevé para determinar la peligrosidad a la hora de imponer alguna de las penas privativas de libertad especialmente diseñadas para los delincuentes sexuales, el artículo 104 de la *Sexual Offences Act 2003* establece que se debe valorar el riesgo de que el sujeto pueda cometer un nuevo delito y que con ello pueda causar un grave daño a la víctima, ambos conceptos no deben confundirse⁹⁵⁷. En el caso de penas privativas de libertad para delincuentes sexuales dicho riesgo se define como la muerte o la producción de un daño grave y además se requiere que éste sea por la comisión de alguno de los delitos establecidos en el anexo 15 de la *Criminal Justice Act 2003*. Por el contrario, en este caso, el hipotético daño debe entenderse como menor, y relativo a los delitos establecidos en el anexo 3 de la *Sexual Offences Act 2003*⁹⁵⁸.

La ley establece que la medida deberá tener una duración mínima de 5 años a contar a partir del momento de su imposición sin establecer una duración máxima obligatoria, pudiendo llegar a ser de por vida⁹⁵⁹.

La *sexual offender prevention order* implica básicamente la imposición de determinadas prohibiciones⁹⁶⁰ durante el periodo de ejecución de la medida dirigidas a evitar la comisión de nuevos delitos. Concretamente supone la imposición de aquellas

⁹⁵⁵ Vid. art. 104(5) SOA 2003.

⁹⁵⁶ Art. 104(5) SOA 2003.

⁹⁵⁷ Vid. EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, op. cit., p. 155, donde se cita la sentencia Richards [2006] EWCA Crim 2519 en la que se establece que aunque no se imponga una *extended sentence* puede imponerse una *sexual offender prevention order*. En el mismo sentido, vid. THOMAS, D. A., “Sentencing: sexual offences prevention order”, en *Criminal Law Review*, 2007, pp. 173-177.

⁹⁵⁸ Así, vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., pp. 496-497. En el mismo sentido, vid. la sentencia *R v. Terrell* [2007] EWCA Crim 3079, párrafos 9-15.

⁹⁵⁹ Artículo 107(1)(b) SOA 2003.

⁹⁶⁰ Algunas de las prohibiciones habituales hacen referencia al uso o acceso de internet, teléfonos móviles, a la prohibición de acudir a determinados lugares o a la prohibición de mantener el contacto con menores de edad. Vid. BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, Ed. The Law Society, London, 2010, pp. 86-88; LIPSCOMBE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, op. cit., p. 13. Vid., también, CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., pp. 506-508 y la sentencia *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772 donde se analizan algunas prohibiciones.

prohibiciones⁹⁶¹ estrictamente necesarias para evitar la comisión de futuros delitos de carácter sexual a través de los cuales se pueda causar un grave daño para la víctima del delito.

Así mismo, tal y como establece el artículo 107(3) SOA 2003 todos aquellos sujetos a los que se les imponga una medida de este tipo quedaran automáticamente sometidos al registro de delincuentes sexuales durante el tiempo que duren las prohibiciones impuestas⁹⁶². Ello alcanza una mayor relevancia en dos supuestos. El primero, en aquellos en que se haya cometido alguno de los delitos establecidos en el anexo 5 por los que en caso de no imponerse una *sexual offender prevention order* la ley no requiere la obligación de ser incluidos en el registro de delincuentes sexuales. El segundo, en aquellos supuestos que, requiriendo en todo caso la obligación estar sometido al registro, la duración de ésta última fuera inferior a la duración de la *sexual offender prevention order*, ya sea porque como consecuencia de la duración de la pena principal su duración sea menor, ya sea como consecuencia de que la imposición de las prohibiciones se haya realizado con posterioridad a la sentencia. En ambos casos, el periodo de notificación deberá ampliarse por el tiempo que esté vigente la medida. Por el contrario, lo que sí que sería posible es que estando sometido al registro se impusiera un conjunto de prohibiciones por una duración inferior⁹⁶³.

Tanto para la imposición como para la determinación de las concretas prohibiciones que conformaran la medida es necesario tener en consideración dos cuestiones⁹⁶⁴. La primera, la necesidad de su imposición en relación con la finalidad de evitar la comisión de futuros delitos. Esto es, la probabilidad de que el concreto sujeto vuelva a cometer un nuevo delito de carácter sexual y que con su causación pueda provocar un grave daño a

⁹⁶¹ Sólo es posible la imposición de obligaciones de no hacer en sentido estricto. En este sentido, vid. BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 85.

⁹⁶² Vid. LIPSCOMBE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, op. cit., p. 13.

⁹⁶³ En relación con esta posibilidad, vid. *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772. Sin embargo, la misma sentencia apunta que, con carácter general, la duración de la *sexual offender prevention order* debería ser igual a la duración del registro.

⁹⁶⁴ En relación con los aspectos a tener en cuenta, vid. las sentencias *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772 y *R v. Mortimer* [2010] EWCA Crim 1303.

su víctima⁹⁶⁵. La segunda, una vez considerada la idoneidad de imponer una *sexual offender prevention order*, la necesidad de valorar la proporcionalidad e idoneidad de las restricciones efectivamente impuestas en relación con el objetivo que se pretende conseguir. Esto implica que una vez determinada la necesidad de imponer la medida, es preceptivo analizar la conveniencia de cada una de las prohibiciones que se pretenden imponer y la duración de la medida con la finalidad de determinar si su imposición resulta precisa y si ella es proporcional tanto al riesgo generado como al objetivo pretendido. Así, a modo de ejemplo, si se estima que un sujeto que ha cometido un delito de pornografía infantil presenta un riesgo real de cometer un nuevo delito de pornografía infantil podría considerarse necesaria la imposición de una *sexual offender prevention order*. En el momento de determinar las específicas prohibiciones a imponer el tribunal podría considerar adecuada la imposición de una prohibición relacionada con el uso de internet, pero no una prohibición de acudir a parques infantiles, pues dicha prohibición no sería idónea a un hipotético riesgo por la posible comisión de futuros delitos de pornografía infantil. En el mismo ejemplo, la imposición de una prohibición de poseer o descargar material pornográfico podría considerarse proporcional al riesgo que representaría este hipotético sujeto, pero no lo sería la prohibición general del uso de internet⁹⁶⁶.

Este mismo test de necesidad y proporcionalidad debe tenerse en cuenta respecto de la imposición de una *sexual offender prevention order* junto con determinadas penas privativas de libertad u otras consecuencias derivadas de la comisión de un delito de carácter sexual. Esto es, tanto en aquellos casos en que se aplique alguna de las penas especialmente diseñadas para la delincuencia peligrosa como con otras medidas de imposición obligatoria a los delincuentes sexuales. En relación con las penas privativas de libertad para delincuentes peligrosos, la jurisprudencia ha indicado que es necesario

⁹⁶⁵ Para ello, es necesario tener en cuenta distintos factores como los antecedentes penales, el riesgo de que cometan nuevos delitos o las circunstancias personales del sujeto. Vid. HOME OFFICE, *Guidance on part two of the Sexual Offences Act 2003*, 2012, p. 48. Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-part-2-of-the-sexual-offences-act-2003> [última visita 27/08/2013]

⁹⁶⁶ Sobre la desproporcionalidad de las prohibiciones generales del uso de internet así como de la necesidad de imponer las prohibiciones estrictamente necesarias al riesgo que representa cada concreto sujeto, vid. las sentencias *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772 y *R v. Mortimer* [2010] EWCA Crim 1303. Sobre la sentencia *R v. Mortimer*, vid. GILLESPIE, A., “Restricting acces to Internet”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 75, 2011, pp. 17-19.

distinguir entre la *imprisonment for public protection* y la *extended sentence*. En la primera, dado que la propia estructura de la pena ya está diseñada en el sentido de condicionar la obtención de la libertad condicional en el momento en que el concreto sujeto ya no represente un riesgo para la sociedad y la duración de la libertad condicional puede ser de por vida, la imposición de una *sexual offender prevention order* sería innecesaria a no ser que por algún motivo excepcional su imposición pudiera tener alguna utilidad en la reducción del riesgo de reincidencia criminal⁹⁶⁷. Por el contrario, la *extended sentence* tiene una duración determinada que no puede superarse según el mayor o menor riesgo que el sometido a ella represente, por lo que la imposición de una *sexual offender prevention order* podrá ser necesaria sobre todo si a partir del momento de la finalización de la condena el sujeto aun presenta un riesgo de cometer nuevos delitos de carácter sexual⁹⁶⁸. No obstante, a partir de la reforma operada en 2012, a través de la cual se ha eliminado la *imprisonment for public protection* y se han endurecido los requisitos para obtener la libertad condicional de todos los sujetos condenados a una *extended sentence* respecto de aquellos en que la duración de la pena impuesta es superior a los 10 años, el hecho que con carácter general sea posible la imposición de una *sexual offender prevention order* junto con la imposición de una *extended sentence* parece mucho más complicado de defender.

En relación con las consecuencias derivadas de la comisión de un delito de carácter sexual, la jurisprudencia ha indicado que si la comisión de un determinado delito conlleva automáticamente la imposición de una medida y ésta ya está diseñada para evitar la futura comisión de un nuevo delito, la imposición de una *sex offender prevention order*, con carácter general, no será necesaria. En concreto, la sentencia *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772 establece que dado que todos aquellos sujetos condenados a un delito sexual en el que la víctima es menor de edad tienen prohibido trabajar en determinados puestos de trabajo, la imposición de una orden civil con la finalidad de evitar que el sujeto pueda desarrollar determinados puestos de trabajo no

⁹⁶⁷ Vid. *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772, párrafos 10-13.

⁹⁶⁸ Vid. *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772, párrafos 14-15.

será necesaria si con ella lo que se pretende es prohibir la realización de los trabajos que ya están prohibidos⁹⁶⁹.

Una vez impuesta, el tribunal puede modificar, ampliar o dejar sin efecto una *sex offender prevention order*. En el artículo 108 SOA 2003 se establece que sólo podrán modificarse las prohibiciones establecidas o ampliar la duración de las mismas en aquellos casos en que ello sea estrictamente necesario para evitar la comisión de futuros delitos. Así, sólo será adecuado modificar las prohibiciones impuestas en aquellos casos en que en atención, por ejemplo, a un cambio de comportamiento del sujeto afectado se considere necesario establecer nuevas o modificar las prohibiciones que inicialmente ya fueron establecidas⁹⁷⁰. Del mismo modo, sólo podrá ampliarse la duración de la medida en aquellos casos en que se considere que es necesario para la protección del resto de la sociedad que sus efectos perduren más allá del periodo fijado inicialmente⁹⁷¹. Si, por el contrario, el tribunal considera que las razones que llevaron a la imposición de una *sex offender prevention order* ya no perviven será posible dejar sin efecto la medida, incluso con anterioridad al periodo mínimo de cinco años si, en este último supuesto, tanto la policía como el propio afectado están de acuerdo en la decisión⁹⁷².

Finalmente, en aquellos casos en que se incumpla alguna de las prohibiciones establecidas en la medida sin una justificación razonable supondrá la comisión de un delito castigado con una pena de prisión de hasta cinco años de duración sin posibilidad de ser suspendida⁹⁷³.

B) La *Risk of sexual harm order*.

⁹⁶⁹ Vid. *R v. Smith* [2011] EWCA Crim 1772, párrafo 25.

⁹⁷⁰ Vid., en este sentido, BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 91; CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., p. 512.

⁹⁷¹ Vid. BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 92, donde se indican algunos de los criterios que se tienen en cuenta para valorar la necesidad de ampliar la medida.

⁹⁷² Vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., pp. 512-513.

⁹⁷³ Vid. artículo 113 SOA 2003.

La segunda de las medidas no privativas de libertad que pueden imponerse a determinados individuos por la realización de conductas con una connotación sexual es la *risk of sexual harm order*⁹⁷⁴. A diferencia de la *sexual offender prevention order*, esta medida es aplicable a aquellos sujetos que, no habiendo cometido ningún delito de carácter sexual, realicen alguna conducta inapropiada que lleve aparejada una connotación sexual frente a menores de 16 años. Con su imposición se pretende proteger a éstos y con ello evitar la perpetración de un futuro delito de carácter sexual. Podría decirse que esta medida tiene como objetivo adelantar la barrera de protección de los menores frente a delitos sexuales en un estadio previo al que lo hace el derecho penal.

Para su imposición es necesario que un sujeto realice, al menos en dos ocasiones distintas, alguna de las conductas descritas en la ley y que, para evitar que se repitan actos de la misma naturaleza, sea necesaria la imposición de una *risk of sexual harm order*⁹⁷⁵. El artículo 123(3) SOA 2003 establece que las conductas son las siguientes: participar en una actividad sexual⁹⁷⁶ con un menor o delante de un menor, obligar o incitar a un menor a mirar como una tercera persona participa en una actividad sexual o a ver imágenes con contenido sexual, entregar a un menor material sexual o entablar una conversación con contenido sexual con un menor. Si bien las dos primeras conductas están tipificadas como delitos desde la entrada en vigor de la SOA 2003⁹⁷⁷, esta medida tiene efectos retroactivos, por lo que su imposición, en relación con estas dos primeras, tendrá relevancia, sobre todo, cuando hayan sido realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Regulada en los artículos 123 a 129 SOA 2003.

⁹⁷⁵ Vid art. 123 SOA 2003.

⁹⁷⁶ La ley define como actividad sexual toda aquella que cualquier persona entiende que tiene una finalidad sexual.

⁹⁷⁷ En este sentido, vid. BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 99. Por el contrario, HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, op. cit., p. 101, quien indica que las tres primeras conductas están tipificadas como delitos.

⁹⁷⁸ O cuando la conducta realizada no sea suficientemente evidente para poder tipificarse como delito. En este sentido, vid. HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, op. cit., p. 101.

La policía es la responsable de solicitar al juzgado la imposición de una *risk of sexual harm order* a un sujeto concreto en aquellos casos en que se considere acreditada la realización de alguna de las conductas anteriormente enunciadas y cuando ello sea necesario para la protección de un determinado menor de edad o de los menores de edad con carácter general por las conductas realizadas. En el caso de considerarse necesaria implicará la imposición de una o más prohibiciones dirigidas al objetivo de la medida⁹⁷⁹ y por un tiempo no inferior a dos años hasta por un periodo de por vida⁹⁸⁰.

Asimismo, la ley posibilita la modificación, renovación o extinción de la duración y las prohibiciones impuestas en la medida⁹⁸¹ en los mismo términos en que se establece para la *sexual offender prevention order*.

Finalmente, el incumplimiento de alguna de las prohibiciones impuestas implicará automáticamente la comisión de un delito castigado con una pena de multa de hasta 5.000 libras o una pena de prisión de hasta cinco años de duración. Junto a ello, en el artículo 129 se establece que su incumplimiento implicará la obligación de estar sometido al registro de delincuentes sexuales y las obligaciones derivadas del mismo desde el momento de su condena y por el tiempo que esté sometido a la *risk of sexual harm order*⁹⁸².

2.2.2. Medidas dirigidas a la prevención de otros delitos graves.

A) *Serious crime prevention order*.

⁹⁷⁹ Vid. la sentencia *R v. Hemsley* [2010] EWCA Crim 225; BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 101; Vid. HOME OFFICE, *Guidance on part two of the Sexual Offences Act 2003*, op. cit., p. 60, donde se establece que las prohibiciones deben ser proporcionales al riesgo creado, de fácil comprensión y cumplimiento y específicas.

⁹⁸⁰ Vid. CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual offences*, op. cit., p. 534, donde se indica la posibilidad de imponer una Risk of sexual harm order con carácter indefinido, aunque, al mismo tiempo, alerta de su desproporcionalidad excepto en casos muy excepcionales.

⁹⁸¹ Vid. artículo 125 SOA 2003.

⁹⁸² Vid. artículo 129 SOA 2003.

En aquellos casos en que se cometa o se hubiera cometido un delito considerado grave podrá imponerse una *serious crime prevention order*⁹⁸³ siempre y cuando se considere que existe un riesgo de que se cometan nuevos delitos graves. En el anexo 1 de la ley se establecen los delitos que deben considerarse graves, entre los que se incluyen el delito de tráfico de drogas o armas, el delito de tráfico de personas, el delito de robo con violencia grave, delitos de prostitución de adultos y menores de edad, delitos contra el medio ambiente, delitos de carácter patrimonial como el delito de blanqueo de capitales, el delito de extorsión, delitos contra la propiedad intelectual o el delito de cohecho. Junto al listado de delitos se establece que el tribunal podrá además considerar como graves otros delitos no especificados en el anexo 1⁹⁸⁴. Para su determinación el tribunal tiene una amplia discrecionalidad, pues el articulado de la *Serious Crime Act 2007* no establece ningún criterio para ello. No obstante, aunque los delitos establecidos en el anexo 1 de la citada ley afectan a diversos bienes jurídicos, puede observarse que todos tienen en común que con su comisión se persigue un beneficio económico.

Así en aquellos casos en que un sujeto haya cometido un delito grave o tenga antecedentes por la comisión de un delito de este tipo⁹⁸⁵ y el tribunal considere que existen razones suficientes para creer que para proteger a la sociedad de la comisión de futuros delitos graves es necesaria su imposición, podrá imponer una *serious crime prevention order*⁹⁸⁶. Al igual que con el resto de medidas consideradas civiles, el tribunal deberá tener presentes los principios de proporcionalidad y necesidad a la hora de decidir tanto sobre su imposición, como sobre las condiciones que se establecen, así como sobre su duración⁹⁸⁷.

A diferencia de las medidas aplicables a la delincuencia sexual, en la determinación de la *serious crime prevention order* cabe la imposición tanto de prohibiciones como de

⁹⁸³ Regulada en los artículos 1 y ss. de la *Serious Crime Act (SCA) 2007*.

⁹⁸⁴ Vid. art. 2(2)(b) *Serious Crime Act 2007*.

⁹⁸⁵ Esto es, una vez cumplida la condena por el delito cometido y se considere que concurren los motivos para su imposición con indiferencia del tiempo transcurrido.

⁹⁸⁶ Vid. artículo 1 *SCA 2007*.

⁹⁸⁷ Vid., en este sentido, la sentencia *R v. Hancox and Duffy* [2010] EWCA Crim 102, párrafo 10; BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 139.

obligaciones, siempre y cuando sean necesarias para el objetivo pretendido⁹⁸⁸, por un tiempo no superior a cinco años a partir del momento en que es efectiva⁹⁸⁹. Tal y como sucede con el resto de las medidas, el tribunal puede modificar las condiciones impuestas o dejar sin efecto la medida con anterioridad al periodo fijado⁹⁹⁰ y el incumplimiento de las condiciones impuestas supone la imposición de una pena privativa de libertad de hasta 5 años de duración⁹⁹¹.

B) *Violent offender order*.

Si la anterior medida estaba dirigida a la prevención de delitos considerados graves, la *Criminal Justice and Immigration Act 2008* introdujo otra medida de carácter civil dirigida a la prevención de delitos graves de carácter violento⁹⁹², la llamada *violent offender order*⁹⁹³. En este caso, para su imposición es necesario que el sujeto afectado haya cometido alguno de los delitos graves y violentos establecidos en el artículo 98(3) CJIA 2008 – entre los que se encuentran el homicidio, la tentativa de asesinato o el delito de lesiones causado por arma – y que haya sido condenado a una pena de prisión de al menos 1 año de duración⁹⁹⁴. Junto a ello, tal y como se requiere en el resto de medidas civiles anteriormente analizadas, es necesario acreditar la existencia de un riesgo real de que se cometan, en este caso, nuevos delitos graves y violentos por parte

⁹⁸⁸ En el artículo 5 SCA 2007 se indican que las condiciones, a modo de ejemplo, pueden afectar a la posibilidad de comunicarse con ciertas personas, a un control de las cuentas o propiedades o a los lugares que puede acceder. Es tal la libertad a la hora de concretar la concreta medida a imponer que la ley sólo establece los límites que no pueden rebasarse. Sobre los límites, vid. artículos 11-15 SCA 2007. De manera resumida, vid. BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., pp. 142-143.

⁹⁸⁹ Vid. art. 16 SCA 2007, donde se indica que puede demorarse el inicio de su ejecución.

⁹⁹⁰ Vid. arts. 17 y 18 SCA 2007.

⁹⁹¹ Vid. art. 25 SCA 2007.

⁹⁹² El anuncio de su introducción se produjo después de la comisión de un delito de asesinato por parte de dos sujetos que están cumpliendo condena en régimen de supervisión. En este sentido, vid., HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, op. cit., p. 102.

⁹⁹³ Regulada en los artículos 98 a 106 CJIA 2008.

⁹⁹⁴ Vid. artículo 99 CJIA 2008.

del sujeto a quien se pretende imponer la medida⁹⁹⁵. La medida no podrá tener una duración inferior a dos ni superior a cinco años⁹⁹⁶.

La imposición de una *violent offender order* debe solicitarse por parte de la policía en aquellos casos en que se acredite el riesgo de que un sujeto condenado por alguno de los delitos violentos establecidos en la ley, ya sea en el Reino Unido o en el extranjero⁹⁹⁷, pueda cometer un nuevo delito⁹⁹⁸. Su imposición podrá realizarse durante la ejecución de la pena de prisión. Sin embargo, no podrá ejecutarse hasta una vez finalizada la pena, ya sea en régimen de privación de libertad o en régimen de libertad condicional⁹⁹⁹. Es más, nada impide que la medida se imponga una vez cumplida la pena o incluso al cabo de mucho tiempo de haberse cumplido una pena por la comisión de un delito considerado violento¹⁰⁰⁰. Como sucede con la *serious crime prevention order*, la *violent offender order* puede implicar la imposición de condiciones negativas o positivas siempre que estén relacionadas con la limitación de la posibilidad de acudir a determinados lugares o contactar con determinadas personas. No obstante, su imposición implicará automáticamente la inclusión en el llamado registro de delincuentes sexuales y, por consiguiente, la obligación de notificar a la policía los datos requeridos por la ley así como todos los cambios o movimientos¹⁰⁰¹ tal y como deben hacerlo aquellos delincuentes sexuales que según la *Sexual Offences Act 2003* están sometidos a dicho registro.

⁹⁹⁵ Vid. artículo 101 CJIA 2008. En el mismo sentido, vid. HOME OFFICE, *A guide to violent offender orders*, 2009, p. 7: “*They are designed to help the Police Service protect the public from violent offenders who have been released from prison and are no longer subject to the statutory supervision available under licence or Hospital Order/Supervision Order but who continue to pose a risk of serious violent harm*”.

⁹⁹⁶ Vid. artículo 98(1) CJIA 2008.

⁹⁹⁷ Vid. artículo 99(6) CJIA 2008.

⁹⁹⁸ La determinación del riesgo debe realizarse en atención a la información que tiene la policía y los servicios penitenciarios sobre el concreto sujeto y con instrumentos de evaluación del riesgo. En este sentido, vid. ; BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 153; HOME OFFICE, *A guide to violent offender orders*, op. cit., pp. 12-16.

⁹⁹⁹ Vid. artículo 101 CJIA 2008. En el mismo sentido, vid. EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, op. cit., p. 156.

¹⁰⁰⁰ Vid. HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, op. cit., p. 102.

¹⁰⁰¹ Vid. artículo 107 CJIA 2008 y *The Criminal Justice and Immigration Act 2008 (Violent Offender Orders) (Notification Requirements) Regulations 2009*. En el mismo sentido, vid. ; BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, op. cit., p. 154.

Una vez la medida haya sido impuesta y se esté ejecutando, el tribunal podrá modificar o ampliar el contenido de la misma, así como poner fin a su ejecución de forma anticipada en los mismos términos que la *serious crime prevention order*.

Finalmente, el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la medida o la obligación de notificar a la policía los datos requeridos supondrá la comisión de un delito castigado con una pena de multa y/o una pena de prisión de hasta cinco años¹⁰⁰².

2.2.3. Recapitulación y efectividad.

Como ha sucedido con el resto de sanciones dirigidas a contrarrestar la peligrosidad de los sujetos condenados por determinados delitos, en Inglaterra y Gales desde finales de los años noventa el abanico de medidas de ejecución posterior a una pena privativa de libertad¹⁰⁰³ dirigidas a evitar la comisión de nuevos delitos se han incrementado notablemente. Como sucede con las penas privativas de libertad enfocadas especialmente a la delincuencia peligrosa, la imposición de alguna de las medidas no privativas de libertad viene condicionada por la existencia de un riesgo de comisión de determinados delitos. Aunque pueda parecer que el efecto en los sujetos condenados a alguna de las medidas no privativas de libertad es mucho menor que el que se deriva de la imposición de las penas privativas de libertad especialmente diseñadas para la delincuencia peligrosa ello no es ciertamente así. Si, una vez analizadas ambas, comparamos los efectos de la imposición de una *extended sentence* – sobre todo antes de la última reforma de 2012 – y de alguna de las medidas no privativas de libertad se puede observar como la diferencia entre una y otras es inexistente, o incluso estas últimas pueden acarrear consecuencias aún más restrictivas en supuestos menos graves.

¹⁰⁰² Vid. art. 113 CJIA 2008.

¹⁰⁰³ Si bien es cierto que sólo la regulación de la *violent offender order* establece de manera expresa que para su imposición es preceptiva una previa condena a una pena privativa de libertad de al menos un año de duración, la propia configuración de las medidas – los requisitos para ser impuesta y la propia finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos de una cierta gravedad – hace que sea adecuado considerar que su imposición vendrá, en la mayoría de los casos, aparejada a la previa ejecución de una pena privativa de libertad.

Esto es, el nivel de peligrosidad que se exige que presente un sujeto para que le sea impuesta una medida no privativa de libertad es inferior al requerido para las penas privativas de libertad por lo que incluso en el caso de considerarse que no es adecuada la imposición de estas últimas un sujeto al que se le haya impuesto una *sex offender prevention order* podrá estar sometido a determinadas obligaciones por el resto de su vida.

Junto a ello, este conjunto de medidas posibilitan, bajo el amparo del carácter civil de las mismas, la imposición de ciertas condiciones a sujetos que ya han cumplido su condena por los hechos cometidos por el sólo hecho de presentar un posible riesgo de cometer nuevos delitos e incluso a sujetos que nunca han cometido un delito por el mero hecho de ser considerados peligrosos y sin someterse a los principios a los que están sometidos las sanciones penales. Aunque la naturaleza de estas medidas haya sido configurada formalmente como de carácter civil, *de facto*, su contenido tiene naturaleza penal. Así, en primer lugar, su imposición está destinada exclusivamente a sujetos que han cometido un delito o, en el caso de las *risk of sexual harm order*, en aquellos casos en que se estima que existe un alto riesgo que se cometa un determinado delito. En segundo lugar, las consecuencias de su imposición, la imposición de obligaciones y prohibiciones, comparten una gran semejanza con las consecuencias derivadas de la obtención de la libertad condicional (*licence*) por parte de aquellos sujetos que están cumpliendo una pena privativa de libertad. En tercer lugar, algunas de estas medidas pueden llegar a tener una duración indefinida y no acotada a un riesgo concreto y singular frente a una concreta víctima. Por último, entre otros argumentos, la violación de alguna de las obligaciones o prohibiciones impuestas puede acarrear la imposición de una pena privativa de libertad de hasta cinco años de duración.

Finalmente, en otro orden de cosas, no existen estudios que avalen la efectividad de estas medidas. Junto a ello, tan sólo se conoce el número de sujetos a quienes se les ha impuesto una *sex offender prevention order* que, aunque no es un número muy elevado, ha ido creciendo anualmente. Así, del 1 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012 se impusieron un total de 2.658 medidas civiles a delincuentes sexuales frente a las 1.114

del mismo periodo en los años 2006/07¹⁰⁰⁴. A su vez el número de sujetos que son condenados o se les ha impuesto una “*caution*” por el incumplimiento de las prohibiciones impuestas por una *sex offender prevention order* es realmente alto, siendo en cada año superior a los 1.300 casos¹⁰⁰⁵.

II. Alemania.

La tercera legislación comparada que se pretende abordar es la referida a la alemana. Aunque, tal y como se verá, Alemania seguramente no ha sido uno de los países pioneros en la actual tendencia en legislar un variado conjunto de sanciones a la pena de prisión, sí que es cierto que es uno de los primeros países en la plasmación de medidas de este tipo en el ordenamiento jurídico¹⁰⁰⁶. Por si ello no fuera poco, el derecho positivo y la doctrina penal alemana son, hasta la actualidad, la fuente de derecho comparado que ha inspirado la regulación del Derecho penal español, lo que por sí solo sería suficiente para justificar la necesidad de introducir en un estudio de derecho comparado el análisis del derecho penal alemán. Más aun, las dos medidas que se prevén aplicables a sujetos imputables considerados peligrosos y de ejecución posterior a una pena de prisión en el derecho penal alemán, la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) y la vigilancia de conducta o libertad vigilada¹⁰⁰⁷ (*Führungsaufsicht*) de buen seguro han sido tenidas en cuenta por el legislador español.

¹⁰⁰⁴ Vid., sobre el número de *sex offender prevention orders* impuestas anualmente, MINISTRY OF JUSTICE, *Multi-Agency Public Protection Arrangements Annual Report 2011/12*, op. cit., p. 9.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁶ Si bien ya en 1933 se aprobó la custodia de seguridad, salvo en el periodo nazi, no fue hasta la reforma de la custodia de seguridad de 1998 cuando se incrementó el número de sujetos condenados a la misma.

¹⁰⁰⁷ Existe una divergencia de traducciones al español. Autores como GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS han traducido “*führungsaufsicht*” por libertad vigilada y otros como MANZANARES SAMANIEGO, TAMARIT SUMALLA O GARCÍA ALBERO por vigilancia de conducta. Personalmente, optaré por la segunda de las posibilidades con la finalidad de que no sea confundida con la libertad vigilada española. Vid., respecto a las traducciones, entre otros JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 746; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Ed.

Tal como se ha realizado en relación con el resto de medidas de los distintos estados abordados, la finalidad del estudio del derecho comparado alemán es dar a conocer las medidas existentes en este país, con una aproximación al origen de las mismas, su evolución legislativa y su regulación en el derecho positivo. Junto a ello se hará, cuando sea posible, mención de su relación con determinados acontecimientos sociales, de cuestiones de índole constitucional o de la aplicación práctica de la misma.

1. La custodia de seguridad.

La custodia de seguridad consiste en la privación de libertad en un centro penitenciario¹⁰⁰⁸ de un sujeto que ha cumplido su pena de prisión como consecuencia de la peligrosidad criminal que representa. La medida es ampliamente conocida por la doctrina penal española, pues son diversos los autores españoles que han escrito sobre su regulación en el derecho penal alemán así como sobre su posible introducción en el derecho positivo español¹⁰⁰⁹. Sin embargo, su popularidad en la doctrina y sociedad

Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 148; en el documento de la subcomisión (no publicado) presentado a la comisión “Mena”, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves, disponible electrónicamente en http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Comissio_Mena_cas.pdf

¹⁰⁰⁸ Aunque actualmente los sujetos sometidos a custodia de seguridad deben estar en un lugar y con un trato diferenciado del resto de reos, ello sólo es así desde la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2011 y la consecuente reforma del Código Penal derivada de ella.

¹⁰⁰⁹ Entre otros, vid. ENCINAR DEL POZO, M. A., “Las medidas de seguridad postdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la custodia de seguridad”, en NAVARRO GARCÍA, M / SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (Dir.), *El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 11-68; BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm 18, 2012; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 48 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, op. cit., pp. 147 y ss.; ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 174 y ss.; CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, p. 210; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La

españolas se debe principalmente a la introducción de la misma en el Anteproyecto de reforma del Código Penal español de 2012¹⁰¹⁰, aunque finalmente fuera retirada en la última versión del Anteproyecto.

1.1. El origen de la custodia de seguridad.

Aunque la idea de medir la cantidad de pena a imponer no sólo en atención al hecho cometido sino también al riesgo de cometer nuevos delitos tenía unos antiguos orígenes en la doctrina penal alemana¹⁰¹¹, no fue hasta la instauración del régimen nazi cuando se creó un sistema de dualista de sanciones penales de modo que se posibilitaba la imposición de una medida de seguridad junto con una pena a un sujeto declarado imputable¹⁰¹². Así, la ley de delincuentes habituales y medidas de seguridad y

Sicherungsverwahrung es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010; ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., pp. 6-7; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., pp. 17-22; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, op. cit., pp. 705-707; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en derecho comparado”, en LUZÓN PEÑA, D. (Dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 648-652; SANZ MORÁN, A., “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 120-122; ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho: especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligrosos*, RdDPP (monografía) núm. 24, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 77-80.

¹⁰¹⁰ Vid. art. 101 Anteproyecto de reforma del Código Penal de julio de 2012.

¹⁰¹¹ Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, op. cit., pp. 80 y ss. En este mismo sentido, vid. MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, en *German Law Review*, vol. 11, nº 9, 2010, p. 1047; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 51.

¹⁰¹² En este sentido, vid. DRENKHAHN, K., “Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention?”, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013, p. 312; STEDH (sección 5ª), caso M v. Germany, 17 de diciembre de 2009, par. 45.

corrección aprobada en 1933¹⁰¹³, entre otras¹⁰¹⁴ medidas, introdujo una medida de seguridad privativa de libertad de exclusiva imposición a sujetos imputables y de ejecución posterior a la pena de prisión¹⁰¹⁵, la llamada custodia de seguridad. Desde su aprobación, los tribunales alemanes hicieron un uso habitual de la medida para hacer frente a todo tipo de delincuencia habitual¹⁰¹⁶, si bien su empleo se vio restringido por los propios tribunales con el final del régimen nazi¹⁰¹⁷. No obstante, y a pesar de las modificaciones que sufrió la regulación de la medida¹⁰¹⁸, no fue hasta 1969 cuando verdaderamente se reformó su regulación en el sentido de endurecer los requisitos

¹⁰¹³ Publicada el 24 de noviembre de 1993 (RGBl, tomo 1, p. 995). Vid., entre otros, MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., p. 1047; DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, en *German Law Journal*, vol. 5, nº 6, 2004, p. 619; MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 12, nº 1, 2012, p. 150.

¹⁰¹⁴ Entre otras, la expulsión de extranjeros, la castración química o el internamiento en un centro de rehabilitación. Vid., en este sentido, VORMBAUM, T. / ZWIEHOFF, G. / RENTROPP, K., *Course in German Penal Law: Fundamental of legal history and tenets*, Escuela de verano, Feruniversität in Hagen, p. 12.

¹⁰¹⁵ Vid. § 67(1) StGB donde se excluye la ejecución de la custodia de seguridad del régimen vicarial general de cumplimiento de sanciones penales.

¹⁰¹⁶ A propósito del uso desmesurado de la medida durante el régimen nazi, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 46 y 47, quien apunta que entre 1943 y 1942 se impuso la custodia de seguridad a más de 16.000 personas. O JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 740, quien indica que durante el régimen Nacionalsocialista se impone la custodia de seguridad a más de 1.000 personas anualmente y que en 1938 se llegó a imponer a un total de 4.000 sujetos. En el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., pp. 51-52.

¹⁰¹⁷ Cfr. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 740, quien indica que con el fin del régimen nazi, los tribunales mostraron una gran cautela a la hora de imponer una custodia de seguridad. Vid. también, GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 52; ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., pp. 175-176; MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., p. 1048, quien indica, además, que una vez finalizada la segunda guerra mundial, la custodia de seguridad fue abolida de la República Federal Alemana.

¹⁰¹⁸ Las modificaciones introducidas estaban dirigidas a la eliminación de los elementos con connotaciones nazis. En este sentido, vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., p. 210.

formales y materiales que facultaban la imposición de la custodia de seguridad¹⁰¹⁹ de tal modo que su aplicación se restringió básicamente a la delincuencia violenta y sexual¹⁰²⁰.

1.2. La regulación de la custodia de seguridad.

1.2.1. Supuestos de imposición y duración de la medida.

El resultado de la reforma de 1969 fue una nueva custodia de seguridad regulada en el § 66 *Strafgesetzbuch* (StGB)¹⁰²¹, en la que, hasta la posterior reforma de 1998, se contemplaban dos supuestos de imposición: uno preceptivo y el otro facultativo. El primero de ellos¹⁰²² se dirigía exclusivamente a sujetos reincidentes, entendiendo como tales aquellos que hubieran sido condenados al menos en dos ocasiones por la comisión, en cada una de las condenas, de un delito doloso castigado¹⁰²³ como mínimo con una pena de un año de prisión y hubieran cumplido efectivamente, como resultado de las condenas previas, al menos dos años de privación de libertad. Así, si un sujeto que cumplía con los requisitos formales mencionados, cometía un nuevo delito doloso castigado con una pena de prisión de al menos dos años¹⁰²⁴, el tribunal estaba obligado a imponer, juntamente con la pena de prisión, una medida de custodia de seguridad. El

¹⁰¹⁹ Vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 619; JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 739-740.

¹⁰²⁰ En este sentido, vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., pp. 210-211.

¹⁰²¹ En relación con la regulación de la custodia de seguridad previa a la reforma de 1969, vid. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 741, donde a la par de analizar la regulación de la custodia de seguridad con posterioridad a 1969 cita algunas de las diferencias con la anterior.

¹⁰²² Vid. § 66(1) StGB.

¹⁰²³ Esto es, si en alguna de las condenas previas fue condenado por la comisión de más de un delito doloso es necesario que, al menos, uno de estos fuera, por lo menos, a un año de prisión. En este sentido, vid. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 741.

¹⁰²⁴ Como sucede respecto los antecedentes penales, en caso de haber sido condenado por la comisión de más de un delito, al menos uno debe tener una duración mínima de dos años. Vid. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 741.

segundo de ellos, regulado en el § 66(2) StGB, posibilitaba que el tribunal impusiera una medida de custodia de seguridad a aquellos sujetos que, sin antecedentes penales previos, cometieran tres delitos¹⁰²⁵ dolosos castigados a una pena mínima de un año de prisión cada uno y además fueran condenados por alguno de ellos a una pena privativa de libertad de por lo menos tres años.

En ambos casos, junto con los requisitos formales mencionados que debían cumplirse en cada supuesto, se exigía que además se cumpliera otro requisito de carácter material, la peligrosidad del sujeto. Esto es, que de la valoración conjunta del delincuente y de sus delitos se acredite, como consecuencia de su propensión¹⁰²⁶ a cometer delitos graves¹⁰²⁷, que resulta peligroso para la sociedad.

Finalmente, en el § 66(3) StGB¹⁰²⁸ se establecía una interpretación legal del propio § 66 StGB. En primer lugar, se indicaba que cualquier condena por múltiples delitos debía entenderse como una única condena. En segundo lugar, que cualquier periodo privado de libertad bajo prisión preventiva (no como consecuencia de una detención) debía ser computable a efectos de determinar el tiempo privado de libertad en condenas previas. En tercer lugar, que sólo podían computarse como antecedentes aquellos delitos cometidos dentro de un período de cinco años desde su comisión y la comisión del delito que conllevaba la imposición de la custodia de seguridad, sin que pudieran ser

¹⁰²⁵ Sólo pueden ser considerados aquellos delitos que sean sentenciados con anterioridad o con carácter simultáneo al delito que conlleve la imposición de la custodia de seguridad. Vid., JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 743.

¹⁰²⁶ El término propensión es definido por la doctrina alemana como aquella inclinación a la comisión de una determinada clase de delitos, que atentan contra un mismo bien jurídico-penal. En este sentido, vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 879-880. En el mismo sentido, vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., pp. 213-214; ENCINAR DEL POZO, M. Á., “Las medidas de seguridad postdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la “custodia de seguridad””, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 127, 2007, pp.30-32.

¹⁰²⁷ Especialmente en aquellos casos en que se pueda causar un grave perjuicio físico o psicológico o un grave perjuicio económico a las víctimas del delito tal y como se indica en el § 66(3) StGB según la versión del StGB anterior a 1998, aunque no sólo por estos. Respecto a esta cuestión y a cómo debe interpretarse el concepto de peligrosidad, vid. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 742.

¹⁰²⁸ Actual §66(4) StGB.

tenidos en cuenta aquellos periodos durante los que el sujeto estaba privado de libertad. En cuarto y último lugar, que debían tenerse en cuenta los delitos cometidos en el extranjero siempre que fueran equivalentes a un delito comprendido en el Código Penal alemán.

Tanto si la custodia de seguridad era impuesta con carácter preceptivo o facultativo su duración era, por definición, indeterminada¹⁰²⁹. No obstante, el § 67 StGB establecía que, cuando el sujeto no hubiera sido sometido previamente a esta medida, la duración máxima de la custodia de seguridad no podía superar nunca los diez años.

1.2.2. El régimen de ejecución.

La custodia de seguridad, al igual que el resto de medidas de seguridad, basa la justificación de su imposición en la peligrosidad del sujeto sometido a ella. Por este motivo, el Código Penal alemán contempla una serie de requisitos que deben cumplirse para dar inicio o seguir con el cumplimiento de la medida comentada.

Con esta finalidad, se prevé que con anterioridad al inicio de la ejecución de la custodia de seguridad, el tribunal debe comprobar si los requisitos que motivaron su imposición siguen vigentes. En caso afirmativo se dará inicio, una vez finalizada la pena de prisión, a la custodia de seguridad. En caso negativo se suspenderá condicionalmente la medida y se someterá al sujeto a una medida de vigilancia de conducta¹⁰³⁰. En caso de imponerse efectivamente una medida de custodia de seguridad – por la concurrencia de los requisitos para su imposición –, el § 67e StGB establece que es obligatorio comprobar periódicamente y como máximo cada dos años que persiste la peligrosidad criminal. En el caso de que el tribunal considere que ya no es de esperar que el sometido

¹⁰²⁹ Es indeterminada en el sentido que el tribunal no establece la duración de la medida *a priori*, sino que es durante la ejecución de la medida cuando se determina la necesidad o no de continuar con su ejecución en atención a la peligrosidad del concreto sujeto.

¹⁰³⁰ Vid. § 67c StGB.

a la medida cometa nuevos delitos si es liberado¹⁰³¹, se deberá suspender su ejecución y someter al sujeto a una medida no privativa de libertad de vigilancia de conducta¹⁰³².

En ambos casos, la suspensión – por no dar inicio efectivo a la custodia de seguridad o cuando una vez iniciada se decide que ya no es necesaria su continuidad – es condicional por el tiempo que dure la medida de vigilancia de conducta derivada de dicha suspensión. En caso de ser revocada¹⁰³³, el tribunal deberá enviar al sujeto otra vez a prisión a cumplir con el resto de la custodia de seguridad.

Finalmente, en el supuesto en que un sujeto sometido a una custodia de seguridad agote el plazo máximo de duración permitido por la ley, el tribunal deberá dar por finalizada la medida y someter al sujeto a una medida de vigilancia de conducta¹⁰³⁴.

1.3. Las constantes modificaciones de la regulación de la custodia de seguridad.

La regulación de la custodia de seguridad derivada de la reforma de 1969 endureció de tal modo los requisitos para su imposición que, a principios de los años noventa, su uso era completamente testimonial¹⁰³⁵, hasta tal punto que la doctrina consideraba que la

¹⁰³¹ Vid. JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 746, quien opina que sólo deben tenerse en cuenta aquellos hechos que justificarían la imposición de una custodia de seguridad.

¹⁰³² Vid. § 67e y 67d(2) StGB.

¹⁰³³ Respecto a las causas de revocación de la suspensión, vid. § 67g StGB.

¹⁰³⁴ Vid. § 67d(4) StGB.

¹⁰³⁵ Vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., pp. 619-620, quien indica como el número de sujetos a los que se impuso una custodia de seguridad se redujo drásticamente, pasando de más de 200 personas anuales en los años sesenta a menos de 40 en los años noventa. Se pasó de tener unos 1500 sujetos privados de libertad a principios de los sesenta a menos de 200 sujetos en los años ochenta. En el mismo sentido, vid. MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., pp. 1048-1049; MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, op. cit., p. 150.

custodia de seguridad sería finalmente abolida¹⁰³⁶. No obstante, una sucesión de delitos de carácter sexual contra menores de edad durante los años noventa culminados por el caso Dutroux en Bélgica¹⁰³⁷, que produjeron un incremento de la sensación de inseguridad ciudadana, por un lado, y la proximidad de las elecciones federales, por otro, suscitaron en 1998 la aprobación de la Ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos, de 26 de enero de 1998¹⁰³⁸.

Esta nueva ley modificó principalmente la regulación de la custodia de seguridad en el sentido de, primero, introducir dos nuevos supuestos de imposición facultativa específicos para sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual y, segundo, eliminar el carácter temporal de la medida.

Empezando por la primera de las modificaciones, el legislador introdujo el § 66(3) StGB¹⁰³⁹ en el que se relajaron los requisitos para la imposición de la custodia de seguridad en aquellos casos en que se hubieran cometido alguno de los siguientes

¹⁰³⁶ Cfr. ALBRECHT, H., “The incapacitation of the dangerous offender: criminal policy and legislation in the Federal Republic of Germany”, en MALSCH, M. / DUKER, M. (ed.), *Incapacitation. Trends and new perspectives*, Ed. Ashgate, Farnham (UK), 2012, p. 53.

¹⁰³⁷ Marc Dutroux, con antecedentes penales, secuestró, torturó y abusó sexualmente de seis niñas de entre 8 y 19 años, de las cuales dos fueron asesinadas, entre 1995 y 1996. Vid. “Marc Dutroux, condenado a cadena perpetua por la violación y asesinato de varias niñas en Bélgica”, *El País*, 22/06/2004.

Disponible en

http://internacional.elpais.com/internacional/2004/06/22/actualidad/1087855206_850215.html

[última visita: 21/01/2014]

¹⁰³⁸ En este sentido, vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 620; MICHAELSEN, C., “From Strasbourg, with love` - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, op. cit., pp. 150-151; MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., p. 1049. Ampliamente, en la doctrina española, vid., CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., p. 217-222. También, CERESO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, nº 22, 2008, p. 17.

¹⁰³⁹ Desplazando así el anterior § 66(3) al 66(4) StGB.

delitos: el delito de abuso sexual a una víctima de especial protección¹⁰⁴⁰, abuso sexual a un menor¹⁰⁴¹, a un incapacitado psíquico o físico¹⁰⁴², el delito de lesiones agravadas por la utilización de medios peligrosos¹⁰⁴³, el delito de maltrato a sujetos sometidos a protección¹⁰⁴⁴ o, el delito de embriaguez total¹⁰⁴⁵ siempre y cuando se cometa junto con alguno de los otros delitos¹⁰⁴⁶. Así, junto con los supuestos ya vigentes con anterioridad a la reforma de 1998, el tribunal podrá imponer una medida de custodia de seguridad en dos nuevos casos. Primero, en aquellos en que un sujeto hubiera sido condenado a una pena de prisión mínima de tres años por la comisión de alguno de los delitos anteriores¹⁰⁴⁷ por el cual hubiera cumplido efectivamente dos años de privación de libertad y cometa un nuevo delito de los anteriormente mencionados por el que sea condenado a una pena de prisión de, al menos, dos años. Y segundo, en aquellos casos en que un sujeto sea condenado por la comisión de dos de los delitos anteriores¹⁰⁴⁸, castigados por la ley a una pena mínima de dos años de prisión, y se imponga por alguno de ellos una pena de prisión de tres años. En ambos casos es necesario que se cumpla el requisito material relativo a la concurrencia de un riesgo de comisión de nuevos delitos graves.

La segunda de las modificaciones más importantes conllevó la modificación de la regulación del § 67d StGB. En este sentido, la reforma elimina la duración máxima de diez años de la custodia de seguridad implantada por la reforma de 1969. En concreto, se establece que pasados diez años, el tribunal puede dar por finalizada la custodia de

¹⁰⁴⁰ Entre otros, abuso sexual de un tutelado, prisionero, detenido, enfermo mental o con abuso de superioridad (§ 174 a 174c StGB).

¹⁰⁴¹ Vid. § 176 y 182 StGB.

¹⁰⁴² Vid. § 179 StGB.

¹⁰⁴³ Vid. § 224 StGB.

¹⁰⁴⁴ Vid. § 225 StGB.

¹⁰⁴⁵ Vid. § 323a StGB.

¹⁰⁴⁶ Vid. § 66(3) StGB.

¹⁰⁴⁷ A diferencia del supuesto general que requiere tener antecedentes por la comisión de dos delitos cometidos en dos procedimientos distintos, cuando el delito cometido sea alguno de los mencionados en el §66(3) StGB sólo será necesario tener antecedentes por la comisión de un delito.

¹⁰⁴⁸ Si se compara con el supuesto general establecido en el § 66(2) StGB equivalente, el legislador, con la aprobación de la nueva ley, redujo el número de delitos que debían haberse presuntamente cometidos de dos a uno.

seguridad si considera que ya no existe un riesgo de comisión de delitos graves que puedan causar un grave perjuicio físico o psíquico a la víctima¹⁰⁴⁹ por parte del sujeto sometido a la medida. Así pues, una vez transcurridos diez años desde el inicio del cumplimiento de la custodia de seguridad, el tribunal podrá prolongar su duración en aquellos casos en que considere que subsiste dicha peligrosidad criminal. Dado que las medidas de seguridad no están sujetas al principio de irretroactividad¹⁰⁵⁰, esta modificación además tuvo importantes consecuencias respecto de aquellos condenados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, en tanto que posibilitó la ampliación de la duración de la custodia de seguridad más allá de los diez años de duración¹⁰⁵¹.

Al cabo de poco tiempo, empezaron a alzarse voces que solicitaron una nueva reforma de la custodia de seguridad. En concreto, tanto la opinión pública como los partidos políticos en la oposición continuaban exigiendo reformas cada vez que los medios de comunicación se hacían eco de determinados delitos sexuales cometidos por sujetos con antecedentes¹⁰⁵². Finalmente, todas estas presiones condujeron a que en 2002 se aprobara una nueva reforma de la custodia de seguridad con la finalidad de dar cabida a aquellos casos en los que, cumpliéndose los requisitos formales para la imposición de una custodia de seguridad, no era posible determinar el cumplimiento del requisito material en el momento de dictar sentencia. Así, en agosto de 2002 se aprobó la ley de introducción de la reserva en la imposición de la custodia de seguridad¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ Nótese que, a diferencia del momento de su imposición, no podrá prolongarse la duración de la custodia de seguridad en aquellos casos en que solamente exista un riesgo que crear un perjuicio económico grave.

¹⁰⁵⁰ Cfr. § 2(1) y 2(6) StGB, donde se indica que las penas y las penas accesorias estarán sujetas al principio de irretroactividad, pero en cambio no las medidas de seguridad.

¹⁰⁵¹ Vid. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *M v. Alemania*, de 19 de diciembre de 2009, - que más adelante se tratará - que declara la aplicación retroactiva de la reforma de 1998 vulneradora del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰⁵² Vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., p. 226; DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 620.

¹⁰⁵³ Junto a la introducción de potestad de reservar la imposición de la custodia de seguridad, la reforma modificó el § 66 StGB en el sentido de eliminar facultar la imposición de la custodia de

La reforma introdujo el § 66a StGB por el que se establece la posibilidad de reserva de la imposición de la medida de custodia de seguridad en sentencia. Esto es, el nuevo precepto habilita al tribunal, en aquellos casos en que no es posible determinar con suficiente certeza la condición de peligrosidad del sujeto condenado en el momento de dictar sentencia condenatoria, a reservar la imposición de la custodia de seguridad. De este modo, en aquellos casos en que se cumplen los requisitos formales establecidos en el § 66(3) StGB¹⁰⁵⁴, el tribunal puede reservar la imposición de la custodia de seguridad, esto es, dejar en suspenso la definitiva imposición de la medida. Una vez reservada la imposición de la medida, el propio tribunal deberá decidir, seis meses antes que se cumplan los requisitos para obtener la libertad condicional o la suspensión de una parte de la pena y a partir de una evaluación exhaustiva del reo, de los delitos cometidos y de su comportamiento durante el tiempo que ha estado privado de libertad, si es probable que cometa nuevos delitos graves que puedan causar graves lesiones físicas o psicológicas a una futura víctima. En caso de comprobarse dicho extremo, el tribunal ordenará que efectivamente se dé inicio a la medida de custodia de seguridad una vez finalizado el cumplimiento de la pena de prisión.

La reforma, junto con la evidente ampliación de los supuestos de aplicación de la custodia de seguridad, modifica los datos que deben tenerse en cuenta para determinar o no la peligrosidad de un sujeto en el sentido de introducir en dicha valoración el comportamiento del reo durante la ejecución de la pena privativa de libertad, el cual tendrá una importancia significativa. Esto es, si el resto de criterios no fueron suficientes para demostrar que existe tal peligro – y por tanto se reserva su imposición en sentencia - y al concluir con la privación de libertad se decide finalmente imponer una custodia de

seguridad junto con una pena de cadena perpetua. Opción que hasta el 2002 no era posible, pues el apartado mencionado literalmente exponía: “pena privativa de libertad temporal”. En este sentido, vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., pp. 229-230.

¹⁰⁵⁴ El § 66(3) StGB, como consecuencia de la reforma de 1998, introdujo dos nuevos supuestos de imposición facultativa – uno para sujetos con antecedentes y el otro para sujetos que hubieran cometido al menos dos delitos específicos – cuando los delitos cometidos eran los establecidos en el apartado tercero del § 66 (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad sexual, etc.). A diferencia del mencionado artículo, en este caso no se exige la necesidad de acreditar la concurrencia de la peligrosidad criminal.

seguridad, todo indica que para su definitiva imposición la conducta en prisión habrá tenido un papel importante¹⁰⁵⁵. En mi opinión, utilizar como criterio para determinar la peligrosidad de un sujeto su comportamiento durante su estancia en prisión es poco acertado por las siguientes razones. Primera, se estará valorando un comportamiento que nada tiene que ver con el hecho delictivo que le ha llevado a prisión. Ya no se valora la peligrosidad que presenta un sujeto como consecuencia del delito o delitos que ha cometido, sino por su comportamiento posterior. Así, si el peso de la decisión se deja en manos del buen o mal comportamiento en prisión, se estaría ante una más que evidente aplicación del derecho penal de autor. Segunda, difícilmente puede esperarse que una persona privada de libertad por un largo periodo de tiempo tenga un comportamiento adecuado. Y tercera, aquellos sujetos que no hayan obtenido beneficio penitenciario alguno, no habrán tenido la oportunidad de demostrar su conducta en libertad, lo que hace aún todavía más difícil poder determinar su peligrosidad¹⁰⁵⁶. En todo caso, sólo deberían tenerse en cuenta como criterios de determinación los hechos anteriores a la condena y el comportamiento del reo en prisión sólo debería valorarse para evaluar aquellos hechos positivos que demostrasen una reintegración del preso en la sociedad.

Paralelamente a esta última reforma de la custodia de seguridad, diversos estados presentaron en la cámara de representación territorial y en el parlamento federal un conjunto de iniciativas legislativas con la finalidad de introducir la posibilidad de imponer la custodia de seguridad con posterioridad a la sentencia condenatoria¹⁰⁵⁷. Por su parte, el Gobierno federal rechazó de plano todas y cada una de las iniciativas

¹⁰⁵⁵ Cfr. MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., p. 1050; MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, op. cit., p. 151.

¹⁰⁵⁶ Respecto a ésta última, vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., p. 240.

¹⁰⁵⁷ Vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 620; ALBRECHT, H., “The incapacitation of the dangerous offender: criminal policy and legislation in the Federal Republic of Germany”, op. cit., p. 48.

presentadas con el argumento, entre otros, de que el Estado federal carecía de competencia legislativa para ello, pues al ser una materia de derecho policial la competencia correspondía a los distintos estados¹⁰⁵⁸. Ante las constantes negativas del Gobierno federal para avalar la posibilidad de acordar la imposición de la custodia de seguridad con carácter posterior a la sentencia condenatoria, algunos estados¹⁰⁵⁹ aprobaron leyes que permitieron la imposición de la custodia de seguridad a un sujeto aunque la misma no hubiera sido impuesta ni reservada en sentencia. La finalidad principal era dar cabida a aquellos sujetos que fueron condenados con anterioridad a las reformas¹⁰⁶⁰ de 1998 y la recién aprobada en 2002. Dado que las medidas de seguridad no se rigen por el principio de irretroactividad, con la nueva ley aprobada por los estados se abrió la veda a la imposición de la custodia de seguridad frente a sujetos que cumpliendo ya una pena privativa de libertad satisfacen los requisitos formales y materiales para que les fuera impuesta dicha medida de acuerdo con la entonces actual legislación.

La confusión generada por la aprobación de reformas y contrarreformas de la custodia de seguridad se vio aún incrementada. El 13 de abril de 2002 el señor Haidn debía ser liberado al haberse finalizado el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta por la comisión de dos delitos de violación¹⁰⁶¹. Tres días antes de su puesta en libertad, como consecuencia de la nueva ley de aplicación retroactiva de la custodia de seguridad del estado de Baviera, el tribunal de ejecución de sentencias ordenó la imposición de la custodia de seguridad. Este sujeto recurrió la decisión de su internamiento frente a los tribunales hasta llegar al Tribunal Constitucional federal

¹⁰⁵⁸ Cfr. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., pp. 231-232; ALBRECHT, H., “The incapacitation of the dangerous offender: criminal policy and legislation in the Federal Republic of Germany”, op. cit., p. 48.

¹⁰⁵⁹ Entre ellos, el estado de Baviera o Sajonia-Anhalt las cuales fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional federal alemán. En este sentido, vid. MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, en *German Law Journal*, vol. 12, n° 3, 2011, p. 970.

¹⁰⁶⁰ Vid. CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., p. 231.

¹⁰⁶¹ Respecto los delitos cometidos y sus antecedentes penales, vid. MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, op. cit., p. 970.

alemán, quien dictó sentencia el día 10 de febrero de 2004 declarando inconstitucionales las provisiones normativas estatales que posibilitaban la imposición de la custodia de seguridad con posterioridad a la sentencia condenatoria¹⁰⁶². A diferencia de lo que hubiera sido de esperar, el sentido de la sentencia no se debió a motivos de fondo, sino a razones competenciales¹⁰⁶³. Esto es, el tribunal estimó que la aprobación de estas leyes por los estados vulneraba la distribución de competencia legislativa en materia de derecho penal contemplada en el § 74(1) con relación con el § 72(1) de la Constitución alemana. No obstante, en lugar de declarar la nulidad de las leyes objeto de recurso, el Tribunal, con la finalidad de evitar que se tuvieran que dejar en libertad delincuentes altamente peligrosos¹⁰⁶⁴, acordó una prórroga de la validez de las leyes hasta el 30 de septiembre de 2004, con la expresa finalidad de que el legislador federal tomase una decisión respecto a la aprobación de una nueva ley que posibilitara la imposición de la custodia de seguridad a sujetos ya condenados¹⁰⁶⁵.

Al cabo de poco tiempo de la sentencia, el 23 de julio de 2004, el parlamento federal aprobó la ley de introducción de la imposición posterior de la custodia de seguridad.

¹⁰⁶² Vid. nota de prensa del Tribunal Constitucional federal alemán nº 11/2004, de 10 de febrero de 2004. Disponible en <http://www.bverfg.de/en/press/bvg04-011.html> [última visita: 30/01/2014]. Igualmente, vid. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret* 3/2013, pp. 4-8.

¹⁰⁶³ Respecto los argumentos del tribunal, vid., ampliamente, DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., pp. 628-631.

¹⁰⁶⁴ Vid., respecto al argumento de la sentencia sobre este particular, MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, op. cit., p. 971.

¹⁰⁶⁵ Esta prórroga de la vigencia de las leyes estatales se acordó por tres votos a favor y dos en contra. Los dos magistrados disidentes consideraron que la no nulidad automática de dichas leyes vulneraba el § 104 GG relativo a los supuestos en que puede privarse de libertad a un sujeto además de considerar que en el ordenamiento jurídico alemán ya existían otras medidas para hacer frente con este tipo de sujetos. Vid., la nota de prensa de la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada. Vid., sobre el voto particular de la sentencia, DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 631.

Aunque el Tribunal en su sentencia había sugerido la aprobación de una ley federal dirigida a un menor número de potenciales sujetos, – para aquellos casos más excepcionales – la ley que surgió del parlamento federal fue una copia de las leyes estatales previas¹⁰⁶⁶. La nueva ley introdujo un nuevo precepto en el Código Penal alemán, el § 66b StGB, en el cual se introducen tres nuevos supuestos de aplicación. En primer lugar, el § 66b(1) StGB establece que si antes del fin del cumplimiento de una pena por la comisión de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad personal o sexual, determinados delitos de robo agravados o por alguno de los descritos en el § 66(3) StGB se constata que dicho sujeto, en atención a una evaluación exhaustiva de su persona, de los delitos cometidos y de su comportamiento en prisión, presenta una alta probabilidad de comisión de delitos graves que puedan conllevar una lesión física o psíquica grave para una potencial víctima, el tribunal sentenciador, siempre que se cumplan el resto de requisitos formales exigidos en el § 66 StGb, podrá imponer una medida de seguridad que se cumplirá una vez finalizada la pena de prisión. En principio, sólo podrán valorarse aquellos hechos nuevos – a contar desde la sentencia condenatoria – o aquellos que no pudieron ser conocidos con anterioridad¹⁰⁶⁷. No obstante, en aquellos casos en que la condena fuera previa a la entrada en vigor de la reforma de 2004, podrán también valorarse los datos anteriores a su condena principal. En segundo lugar, podrá también imponerse una medida de seguridad, según el § 66b(2) StGB, si durante el cumplimiento de una pena de prisión de por lo menos cinco años por la comisión de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad personal o sexual o determinados delitos de robo agravados se constata la peligrosidad del sujeto en atención a los requisitos arriba mencionados, sin necesidad de que se cumpla ninguno de los requisitos establecidos en el § 66 StGB. En este caso, a diferencia del resto de supuestos contemplados en el mismo § 66b y los contemplados en el 66 y 66a StGB no es necesario que el sujeto haya cometido delito alguno con carácter previo. Finalmente,

¹⁰⁶⁶ En este sentido, vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 633.

¹⁰⁶⁷ Vid., en el mismo sentido, MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, op. cit., p 153.

en el § 66b(3) StGB se establece un tercer supuesto aplicable en determinados casos a sujetos declarados inimputables que estén internados en un hospital psiquiátrico.

1.4. La constitucionalidad de la custodia de seguridad.

La constitucionalidad de la custodia de seguridad ha sido ampliamente discutida tanto desde sectores doctrinales como judiciales. Por una parte, la doctrina penal alemana se ha planteado el hecho de que la medida pueda vulnerar determinados derechos fundamentales. Así, se ha estimado que la custodia de seguridad vulnera la prohibición del trato inhumano y degradante dada la incerteza respecto a la duración de la privación de libertad, la vulneración del derecho a la libertad personal y a la seguridad, sobre todo en los casos de reserva o de imposición posterior de la medida, la prohibición de *ne bis in idem* o la vulneración del principio de presunción de inocencia¹⁰⁶⁸.

Por otra parte, han sido diversas las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativas a la institución de la custodia de seguridad¹⁰⁶⁹. Puesto que algunas de las resoluciones judiciales han tenido una importante repercusión en el derecho positivo alemán, en adelante se analizarán aquellas más significativas.

1.4.1. M. contra Alemania.

En 1986 se condenó a un sujeto llamado M., con antecedentes penales por diversos delitos, a una pena de cinco años de prisión junto con una custodia de seguridad por la

¹⁰⁶⁸ Sobre los distintos puntos de vista de la doctrina alemana respecto a estas cuestiones, vid., CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, op. cit., pp. 240-244; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 877-878.

¹⁰⁶⁹ Sobre el proceso judicial sobre la constitucionalidad y el respeto de la custodia de seguridad al Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid. GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., pp. 17-22.

comisión de una tentativa de asesinato y un delito de robo. Cumplida la pena, en agosto de 1991, se inició el cumplimiento de la custodia de seguridad que le había sido impuesta. El 10 de abril de 2001, cuando quedaba poco tiempo para que finalizasen los diez años de duración de la medida – periodo máximo de duración según la regulación previa a 1998 –, el tribunal regional decidió prolongar la duración de la custodia de seguridad más allá de los diez años, al entender aplicable el derecho vigente y no el del momento de la condena. El tribunal consideró que dicha posibilidad era admisible al no ser aplicable el principio de irretroactividad a las medidas de seguridad y por el hecho de que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la ampliación de la privación de libertad no era desproporcionada al peligro que representa M¹⁰⁷⁰.

El sujeto recurrió la resolución hasta llegar al Tribunal Constitucional alemán. Éste, en sentencia de 5 de febrero de 2004, dictaminó que la aplicación retroactiva de la modificación de la custodia de seguridad de 1998 era constitucional¹⁰⁷¹. La sentencia avaló tanto la eliminación de la duración máxima de la medida a los diez años como la aplicación retroactiva a sujetos condenados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

No obstante, el Sr. M recurrió la decisión del Tribunal Constitucional alemán al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual, en la sentencia de 17 de diciembre de 2009 sobre el caso M. v. Germany, resolvió a favor del recurrente. El Tribunal considera que se habían violado los artículos 7 y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativos al derecho a la libertad y a la seguridad y el principio de irretroactividad de las leyes penales. En el primero de los derechos, el Tribunal previa deliberación de si debía considerarse la custodia de seguridad una pena o no según el art. 7 del Convenio, concluye que es una pena y como tal regida por el principio de irretroactividad. Para llegar a esta conclusión, se comprueba como la medida analizada

¹⁰⁷⁰ Sobre la historia del caso, vid. STEDH (sección 5ª) caso M contra Alemania, de 17 de diciembre de 2009, par. 6-44.

¹⁰⁷¹ El Tribunal Constitucional declaró que las medidas de seguridad no estaban sujetas al principio de irretroactividad de las penas recogido en la Constitución Alemana (§ 103(2) GG) de acuerdo con el § 2 StGB. En este sentido, vid. MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, op. cit., p 154.

satisface los requisitos característicos de las penas tal y como han sido definidos por el propio TEDH: el motivo de la imposición, la naturaleza, la finalidad, el procedimiento y la severidad. En resumen, comprueba que la custodia de seguridad se impone como consecuencia de la comisión de un delito, que supone la privación de libertad del sujeto afectado y además su ejecución es casi idéntica a la de la pena de prisión, que aunque la prevención es su finalidad principal también tiene una finalidad punitiva y más cuando su duración es indeterminada, que son los tribunales penales los que deciden sobre su imposición y, finalmente, verifica que la custodia de seguridad es la sanción más severa recogida por el derecho alemán. Puesto que casa con el concepto propio de pena, su imposición debe estar regida por el art. 7 del Convenio el cual prohíbe la imposición retroactiva de penas¹⁰⁷². En relación con el segundo de los derechos, al declararse prohibida la imposición con carácter retroactivo de la custodia de seguridad, el mantenimiento de un sujeto en custodia de seguridad más allá de los diez años de duración, límite que se preveía en la legislación del momento de la condena, no está sujeto a ningún supuesto previsto en el art. 5 del Convenio¹⁰⁷³.

Una vez dictada la sentencia del TEDH, el Tribunal Constitucional alemán consideró que no debía acatarse la misma, puesto que las decisiones del Tribunal Europeo tenían un rango inferior a la Constitución alemana¹⁰⁷⁴ y, en su lugar, decidió que, dada la peligrosidad que presentaba, era adecuado mantener al sujeto privado de libertad¹⁰⁷⁵. A su vez, el Tribunal Supremo estableció que la decisión sobre si dejar o no en libertad a un sujeto que está cumpliendo una custodia de seguridad con carácter retroactivo debe basarse en el principio de proporcionalidad¹⁰⁷⁶ para el cual debe tenerse en cuenta el equilibrio entre el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad colectiva¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² Sobre la violación del artículo 7 del Convenio, vid. STEDH caso M v Germany, par. 117-137.

¹⁰⁷³ Sobre la violación del artículo 5 del Convenio, vid. STEDH caso M v Germany, par. 92-105.

¹⁰⁷⁴ En este sentido, vid., citando la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de diciembre de 2009, MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, op. cit., p. 1053.

¹⁰⁷⁵ Vid. ANDENAS, M. / BJORGE, E., “Preventive detention. ” N° 2 BvR 2365/09”, en *The American Journal of International Law*, vol. 105, n° 4, 2011, pp. 769-770.

¹⁰⁷⁶ Principio informador en la imposición de las medidas de seguridad, regulado en el § 62 StGB.

¹⁰⁷⁷ Vid. ANDENAS, M. / BJORGE, E., “Preventive detention. ” N° 2 BvR 2365/09”, op. cit., p. 770

Por si no fueran pocas las discrepancias entre los tribunales en relación con la constitucionalidad y la interpretación de la custodia de seguridad, a finales de 2010 el parlamento federal aprobó una nueva ley con la finalidad de evitar que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos provocara la liberación de muchos sujetos sometidos a custodia de seguridad. Con esta finalidad, la nueva ley aprobada establecía que en aquellos casos en que un sujeto privado de libertad sufriera un trastorno mental y como consecuencia de dicha peligrosidad pusiera en peligro la seguridad colectiva, el tribunal, a través de un procedimiento civil, podría privar de libertad indefinidamente al sujeto en cuestión¹⁰⁷⁸.

1.4.2. Haidn v. Alemania.

Haidn fue uno de los recurrentes en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 10 de febrero de 2004, anteriormente mencionada, por la que se declararon inconstitucionales las leyes estatales que permitían la posibilidad de privar de libertad a un sujeto que estaba cumpliendo una pena de prisión en aquellos supuestos en que se consideraba que existía un riesgo para la seguridad¹⁰⁷⁹. La sentencia, no obstante, no declaró nulas las leyes estatales y otorgó un plazo para que el parlamento federal aprobara una ley que recondujera los casos afectados por la sentencia, como así hizo. Este sujeto al no obtener la pretensión deseada – declarar la ley nula y ser puesto en libertad – recurrió la sentencia del Tribunal Constitucional alemán al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la vulneración del artículo 3 y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal estimó parcialmente el recurso al considerar que la privación de libertad del recurrente con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión con base en la aplicación de la ley estatal de Baviera no está amparada en

¹⁰⁷⁸ Vid. MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, op. cit., p. 975; DRENKHAHN, K., “Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention?”, op. cit., p. 319; ALBRECHT, H., “The incapacitation of the dangerous offender: criminal policy and legislation in the Federal Republic of Germany”, op. cit., p. 52.

¹⁰⁷⁹ Sobre la historia del caso, vid. STEDH (sección 5ª) caso Haidn contra Alemania, de 13 de enero de 2011, par. 6-35; MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, op. cit., pp. 970-974.

ninguno de los supuestos contemplados en el art. 5.1 del Convenio en atención a los siguientes argumentos. Primero, no es posible en atención al art. 5.1.a), relativo a la privación de libertad derivada de una condena, la privación de libertad del sujeto dado que no existe una conexión entre la condena y la privación de libertad. La imposición de la custodia de seguridad no se produjo en el momento de la sentencia condenatoria, sino en un momento posterior, en 2002, por lo que no existe el necesario nexo causal entre la condena y la privación de libertad, como sí se produce en el caso de imponerse la custodia de seguridad junto con una pena en la sentencia condenatoria¹⁰⁸⁰. Segundo, tampoco puede encuadrarse en el art. 5.1.c) relativo a la privación de libertad en régimen de prisión preventiva, pues la custodia de seguridad no cumple con ninguno de los requisitos para considerarse como tal¹⁰⁸¹. Tercero y último, menos aún es posible considerar que la privación de libertad se enmarca dentro del supuesto e) del art. 5.1 del Convenio, relativo a la privación de libertad de una persona enajenada mentalmente, pues entre otras razones¹⁰⁸², los propios tribunales nacionales han dictaminado en diversas ocasiones que, si bien el sujeto sufre problemas mentales, debe considerarse plenamente imputable.

Aunque las SSTEDH *M v. Alemania* y *Haidn v. Alemania* sólo se enmarcan en la imposición posterior y la aplicación retroactiva de la regulación de la custodia de seguridad, ambas sentencias, y en particular la primera de ellas, ponen en tela de juicio la naturaleza de la medida y su finalidad, entendiéndose que tal y como está configurada la ejecución de la custodia de seguridad se puede tratar de un supuesto de fraude de etiquetas¹⁰⁸³.

1.4.3. La decisión final del Tribunal Constitucional alemán.

¹⁰⁸⁰ Vid. STEDH caso *Haidn v. Alemania*, par. 84-88.

¹⁰⁸¹ Vid. STEDH caso *Haidn v. Alemania*, par. 90.

¹⁰⁸² Vid. STEDH caso *Haidn v. Alemania*, par. 91-95.

¹⁰⁸³ Ya antes del inicio de las sucesivas reformas de la custodia de seguridad con su consecuente ampliación de su imposición se apuntaban las grandes similitudes entre la ejecución de la pena de prisión y la custodia de seguridad. En este sentido, vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 882.

Después que diversas sentencias del TEDH hubieran fallado que la custodia de seguridad, en determinados casos, vulneraba, al menos, el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁸⁴, el Tribunal Constitucional alemán declaró finalmente, en sentencia de 4 de mayo de 2011, la custodia de seguridad inconstitucional¹⁰⁸⁵.

Con carácter general, el Tribunal establece que como consecuencia del distinto objetivo y finalidad existente entre la pena de prisión y la custodia de seguridad es necesario que dichas diferencias queden patentes durante la ejecución de las mismas. Concretamente, la custodia de seguridad debería estar basada en la peligrosidad que presenta un sujeto y destinada a prevenir la comisión de nuevos delitos por parte de ese concreto sujeto. Consecuentemente, la duración de la privación de libertad sólo podrá ser por el mínimo tiempo indispensable. Así, la finalidad primordial de la custodia de seguridad debe ser la de ayudar al sujeto afectado a poder obtener la libertad en el plazo de tiempo más breve posible. Puesto que la regulación actual de la custodia de seguridad no solo no cumple con estos requisitos – tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *M. v. Alemania* –, sino que además ha expandido su imposición con las constantes reformas que se han producido, haciendo que cada vez sea más difícil distinguir entre la pena de prisión y la custodia de seguridad, debe llegarse a la conclusión que la regulación de la custodia de seguridad vulnera el derecho constitucional a la libertad individual y por tanto es inconstitucional.

Con un objetivo de *lege ferenda* el Tribunal estableció en sentencia una serie de requisitos que la custodia de seguridad debe cumplir¹⁰⁸⁶. En primer lugar, sólo debe

¹⁰⁸⁴ A parte de los casos analizados, vid. SSTEDH (sección 5ª) *Mauter v. Alemania*, de 11 de enero de 2011, *Schummer v. Alemania*, de 13 de enero de 2011, *Kallweit v. Alemania*, de 13 de enero de 2011 y el caso *Jendrowiak v. Alemania*, de 11 de abril de 2011.

¹⁰⁸⁵ Vid. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011. Asimismo, puede consultarse la nota nº 31/2011 de 4 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la propia sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Disponible en <http://www.bverfg.de/en/press.html> [última visita: 06/02/2014].

¹⁰⁸⁶ En relación con los requisitos, vid. nota de prensa nº 31/2011 de 4 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional Federal alemán. Vid., ampliamente, DRENKHAHN, K., “Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention?”, op. cit., p. 320; GAZEAS, N., “La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania: una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

imponerse, en atención al principio de *ultima ratio*, en los casos más graves, y ya en prisión debe ofrecerse un tratamiento adecuado al sujeto en cuestión con la finalidad de evitar en la medida de lo posible la ejecución posterior de la custodia de seguridad. En segundo lugar, una vez iniciada la medida se debe ofrecer un tratamiento multidisciplinar, individualizado e intenso. En tercer lugar, se debe promover la participación de los sometidos a la medida a través de medios motivacionales. En cuarto lugar, es necesario que los sujetos sometidos a la custodia de seguridad estén privados de libertad en un espacio separado de los reos y con unos requerimientos terapéuticos y sociales adecuados a la finalidad de la medida. En quinto lugar, debe estar dirigida a la preparación para la vida en libertad. En sexto y último lugar, se requiere que exista un procedimiento efectivo de revisión de la duración de la medida con carácter anual¹⁰⁸⁷.

De un modo particular, declara la inconstitucionalidad de la imposición posterior y de la aplicación con carácter retroactivo de la normativa de la custodia de seguridad. El Tribunal considera que en ambos casos se vulnera de manera muy especial el derecho a la libertad individual junto con el principio de seguridad jurídica. No obstante, el Tribunal establece que en aquellos casos en que se cumplan determinados requisitos sí que es posible la imposición posterior o la ampliación con carácter retroactivo de la duración de la custodia de seguridad. Así, se podrá imponer o ampliar la duración con carácter retroactivo de la custodia de seguridad en aquellos casos en que exista un elevado riesgo de comisión de nuevos delitos violentos o sexuales muy graves, siempre y cuando su ejecución resulte acorde con su finalidad y se esté ante alguno de los supuestos del art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

alemán”, en en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Ed. BdeF-Edisofer, Madrid, 2013, pp. 636-641.

¹⁰⁸⁷ Vid. DRENKHAHN, K., “Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention?”, op. cit., pp. 320-321, quien critica la propuesta de regulación de la custodia de seguridad realizada por el propio Tribunal Constitucional por faltada de sentido. Entre los argumentos, indica que ya la propia ley penitenciaria federal establece en la ley penitenciaria todos estos requerimientos para la ejecución de la pena de prisión lo cual la ejecución de la custodia de seguridad continuara sin distar de la ejecución de la prisión.

Paradójicamente, aunque el Tribunal fallara que la regulación de la custodia de seguridad era inconstitucional no declaró la nulidad automática de las disposiciones. En su lugar, y con la finalidad de evitar un vacío legal (*sic*), estableció que la vigencia de las mismas debía extenderse hasta el 30 de mayo de 2013 para que el legislador federal aprobase una nueva regulación que se adecuase a las exigencias del propio Tribunal¹⁰⁸⁸. No obstante, con carácter transitorio sí que se establecieron un par de condiciones para que continuara aplicándose la medida. En primer lugar, en los casos en que se estuviera cumpliendo una medida de seguridad como consecuencia de la ampliación de su duración con carácter retroactivo sólo será constitucional cuando se acredite que existe un alto riesgo de que el sujeto pueda cometer delitos de carácter violento o sexual graves y que padezca un desorden mental¹⁰⁸⁹. En segundo lugar, en el resto de casos deberá de acogerse al principio de proporcionalidad, el cual será respetado sólo cuando exista un elevado riesgo de comisión de futuros delitos violentos o sexuales graves. En aquellos casos en que no concurren los requisitos indicados se deberá dejar en libertad a los sujetos afectados antes del 31 de diciembre de 2011 .

1.5. La actual regulación de la custodia de seguridad.

¹⁰⁸⁸ En este caso podría criticarse la prórroga de la vigencia de la legislación de la custodia de seguridad en el mismo sentido que se hizo en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 10 de febrero en relación con la prórroga de la vigencia de las leyes estatales. Sobre esta última, vid. DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, op. cit., p. 631.

¹⁰⁸⁹ El concepto de desorden mental que hace referencia la sentencia del Tribunal Constitucional alemán no coincide con el concepto de enfermedad mental grave sino con el propio definido en la ley federal de finales de 2010 aprobada con la finalidad de evitar la sentencia del TEDH M v. Alemania. Tal y como está definido el mismo, el trastorno mental no supone un estado de inimputabilidad del sujeto y por tanto aun padeciendo dicho trastorno, el legislador lo considera plenamente imputable. Respecto a esta cuestión, que tiene la finalidad de evitar tener que dejar en libertad a un elevado número de sujetos, el TEDH ya se ha manifestado en el sentido que vulnera el art. 5 del Convenio. En este sentido, cfr. STEDH (sección 5ª) Glien contra Alemania, de 28 de noviembre de 2013.

Con la finalidad de adaptar la regulación de la custodia de seguridad a las exigencias constitucionales y dentro del plazo establecido para ello, el legislador federal alemán ha modificado a finales de 2012¹⁰⁹⁰ la regulación de los § 66 y siguientes del Código Penal alemán.

Por un lado, debe decirse que la nueva regulación ha reducido los supuestos en que cabe la imposición de la custodia de seguridad con carácter general. En este sentido, el nuevo § 66(1) StGB establece que para que se imponga una custodia de seguridad, junto con el resto de requisitos formales relativos a los antecedentes penales, es necesario, no sólo haber cometido un delito castigado con una pena mínima de dos años de prisión, sino haber cometido una determinada clase de delitos. En concreto, sólo será aplicable la custodia de seguridad en aquellos casos en que se haya cometido un delito contra la vida, la integridad física, la libertad individual o sexual o un delito de quebrantamiento de determinadas condiciones de la vigilancia de conducta. Asimismo, cuando se cometa determinados delitos contra el orden público, las instituciones del estado así como otros de carácter patrimonial, siempre y cuando estos últimos estén castigados con una pena mínima de diez años de prisión.

En el mismo sentido, se han reducido los delitos que pueden acarrear la imposición facultativa de la custodia de seguridad tal y como está recogida en el § 66(2) StGB. A partir de la reforma, solo será posible su imposición en aquellos casos en que se cometa un delito contra la vida, la integridad física, la libertad individual o la libertad sexual. Resulta extraño que, sin embargo, no se haya modificado la regulación del apartado tercero del § 66 StGB introducido por la reforma de 1998 que tenía la finalidad de reducir los requisitos de imposición de la medida para delincuentes sexuales. Así, vigente el anterior § 66(3) StGB, no tiene sentido que los requisitos formales que se exigen para la imposición de la custodia de seguridad por la comisión de un delito contra la vida sean más estrictos que en el caso de cometer determinados delitos contra

¹⁰⁹⁰ Puede consultarse la ley de reforma de la custodia de seguridad en versión alemana en http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetz_zur_bundesrechtlichen_Umsetzung_des_Abstandsgebotes_im_Recht_der_Sicherungsverwahrung.pdf.pdf?__blob=publicationFile

la libertad sexual o un delito de lesiones tal y como se desprende de los § 66(2) y 66(3) StGB.

Finalmente, respecto al § 66 StGB, se ha modificado el plazo de prescripción con el objetivo de tener en cuenta los antecedentes penales a la hora de determinar el cumplimiento de los requisitos formales. Así, en el caso de tener antecedentes penales por la comisión de un delito de carácter sexual, se podrán tener en cuenta delitos cometidos con una anterioridad de hasta quince años, dejando para el resto de delitos el tiempo de cinco años previsto en la regulación anterior.

Junto a ello, se ha restringido la aplicabilidad del § 66b StGB relativo a la imposición posterior de la custodia de seguridad. A partir de la reforma introducida en el Código Penal, el tribunal sólo podrá imponer la custodia de seguridad con posterioridad a la sentencia condenatoria en supuestos de sujetos declarados inimputables o semi-imputables si, una vez cumplido el internamiento en centro psiquiátrico como consecuencia de la comisión de determinados delitos, se considera que existe un elevado riesgo de comisión de delitos graves que puedan conllevar un menoscabo físico o psicológico de la víctima.

Por otro lado, la reforma de la custodia de seguridad ha ampliado los supuestos en que cabe la reserva de su imposición, regulada en el § 66a StGB. En concreto, se ha recuperado el supuesto recogido en el anterior § 66b(2) StGB, relativo a la imposición posterior de la custodia de seguridad en aquellos casos en que el sujeto era un delincuente primario. De este modo, si un sujeto comete un delito contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o determinados delitos de robo agravados por el que es condenado a una pena de cinco años de prisión y se considera que es probable que sea peligroso, el tribunal podrá reservar la imposición de la custodia de seguridad aun cuando no se cumplan ninguno de los requisitos formales establecidos en el § 66 StGB. Además, reservada la imposición de la custodia de seguridad, el periodo de decisión para decidir definitivamente si se impone la medida se amplía hasta el fin de la pena privativa de libertad aunque parte de ella haya sido suspendida en régimen de libertad condicional.

Finalmente, el legislador alemán ha optado por introducir un nuevo artículo en el Código Penal alemán con el objetivo de establecer en el propio cuerpo normativo tanto los objetivos de la custodia de seguridad como los requisitos que deben tenerse en cuenta durante la ejecución de la medida privativa de libertad. Por un lado, el nuevo § 66c StGB establece, tal y como sugirió el Tribunal Constitucional alemán, que los sujetos sometidos a custodia de seguridad deben estar sometidos a un plan de tratamiento individual serio y realista, de probable seguimiento por parte del sujeto, dirigido principalmente a reprimir la peligrosidad que presenta y con el fin de otorgar lo más pronto posible la libertad a dicho sujeto. Por otro lado, se prohíbe que la custodia de seguridad pueda ser cumplida en el mismo lugar de cumplimiento de las penas de prisión. En todo caso, dice el § 66c, la custodia de seguridad se cumplirá al menos en un departamento o edificio separado del lugar donde están el resto de presos donde puedan cubrirse las necesidades de atención psicológica y de seguridad necesarias.

En relación con el régimen de ejecución de la custodia de seguridad, se ha modificado el § 67e StGB en el sentido de reducir la periodicidad en que debe revisarse si se cumplen los requisitos para la continuación de la ejecución de la medida. Así, el tribunal debe comprobar con carácter anual la necesidad de continuar con la ejecución de la custodia de seguridad. Además, una vez transcurridos diez años desde el inicio de su ejecución, la comprobación se realizará cada nueve meses.

1.6. La efectividad de la custodia de seguridad.

Los estudios acerca de la efectividad de la custodia de seguridad son prácticamente escasos como consecuencia de la privación de libertad por largos periodos de tiempo de los sujetos sometidos a ella. No obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán por la que se restringieron los requisitos de aplicación de la custodia de seguridad y la obligación de dejar en libertad a aquellos sujetos que no cumplieren con los requisitos establecidos en la misma sentencia ha permitido evaluar, en parte, el uso de la custodia de seguridad. Así, un estudio elaborado entre los años 2011 y 2013 sobre

el uso que se hace de la custodia de seguridad ha comprobado como un elevado número de sujetos que estaban siendo sometidos o que hubieran sido sometidos a custodia de seguridad no han cometido a la práctica ningún delito considerado grave. En concreto, del total de sujetos analizados – quienes, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, hubieran sido aptos para ser sometidos a custodia de seguridad – en un periodo de dos años sólo un 20% ha cometido un delito grave¹⁰⁹¹. Esto es, sólo un 20% de estos estaría cumpliendo con el requisito formal establecido en el § 66(1).3 StGB relativo a la peligrosidad.

2. La vigilancia de conducta.

La vigilancia de conducta fue introducida en el Código Penal alemán en 1975, a raíz de una reforma del Código¹⁰⁹². La vigilancia de conducta está configurada como una medida de seguridad no privativa de libertad de ejecución posterior a una pena o medida de seguridad privativa de libertad, consistente en el cumplimiento de unas determinadas obligaciones y prohibiciones.

A diferencia de la custodia de seguridad, su introducción y su evolución en el derecho penal positivo alemán no parece que haya estado precedida por determinados acontecimientos que hubieran causado una alarma social. En este caso, la finalidad de la medida es primordialmente la prevención de la comisión de futuros delitos a través del apoyo y tutela del sujeto sometido a la misma¹⁰⁹³.

En este caso, dado que la regulación de la vigilancia de conducta apenas ha sufrido modificaciones de calado desde su introducción en el StGB en 1975 se procederá a

¹⁰⁹¹ Vid. MÜLLER / HAASE / STOLPMANN, “Recidivism and characteristics of highly dangerous offenders being released from retrospectively imposed preventive detention: an empirical study”, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013, pp. 359-380.

¹⁰⁹² Vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 885.

¹⁰⁹³ Vid. § 68a(2) StGB.

realizar un análisis de la regulación actual de la misma. Asimismo, durante el propio análisis se hará mención de las modificaciones – la gran parte de ellas como consecuencia de la modificación de otras instituciones y por tanto de carácter ejecutivo – que pueden tener una mayor importancia.

2.1. Los supuestos de imposición y duración de la vigilancia de conducta.

La vigilancia de conducta debe imponerse siempre junto con una pena o una medida privativa de libertad frente a sujetos imputables e inimputables. Frente a los primeros, la vigilancia de conducta puede ser impuesta junto con una pena de prisión por la comisión de determinados delitos o con posterioridad a la ejecución de una medida de custodia de seguridad.

En relación con aquellos casos en que la vigilancia de conducta puede ser impuesta junto con una pena de prisión, el Código Penal alemán establece asimismo dos supuestos¹⁰⁹⁴. Por un lado, el tribunal puede, con carácter facultativo, imponer una medida de vigilancia de conducta en aquellos casos en que se haya impuesto una pena de prisión de por lo menos seis meses por la comisión de alguno de los delitos en que la medida está expresamente prevista¹⁰⁹⁵ siempre que se constate la existencia de un riesgo por parte del concreto sujeto de comisión de nuevos delitos¹⁰⁹⁶. Por otro lado, en aquellos casos en que se imponga y se cumpla íntegramente una pena de dos años de

¹⁰⁹⁴ Vid. § 68(1) y 68f StGB.

¹⁰⁹⁵ Éstos son: el delito de organizaciones terroristas (§ 129(9) StGB), los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (181b StGB), el delito de trata de personas (233b), el delito de detenciones ilegales y secuestro (239c), el delito de hurto (245), el delito de robo y el de chantaje (2569), el delito de blanqueo de capitales y el de receptación en determinados casos (262), el delito de estafa (263(6)), determinados delitos contra la seguridad colectiva tales como el delito de incendio, estragos o la conducción bajo los efectos del alcohol (321) o los actos preparatorios de determinados delitos violentos graves (89a(6) StGB).

¹⁰⁹⁶ Es preciso que el peligro de comisión

de nuevos delitos sea de considerable importancia y que los delitos que se prevé que pueda volver a cometer tengan un carácter homogéneo. En este sentido, vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 886.

prisión por la comisión de alguno de los delitos específicos o un año por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual el tribunal deberá imponer obligatoriamente, junto con la pena impuesta, una medida de vigilancia de conducta¹⁰⁹⁷. En este supuesto ya no se exige la existencia de peligrosidad criminal por parte del sujeto, si bien el cumplimiento de la vigilancia de conducta sirve a la finalidad de facilitar el tránsito entre la privación y la definitiva obtención de la libertad individual¹⁰⁹⁸. Esto es, la vigilancia de conducta supone, en aquellos casos en que no se ha acordado la libertad condicional¹⁰⁹⁹, la ejecución de ésta en un estadio posterior, una vez cumplida la totalidad de la pena impuesta.

Además, cuando junto con una pena de prisión se haya impuesto una medida de custodia de seguridad, la vigilancia de conducta se ejecutará siempre que la ejecución de la medida privativa de libertad haya concluido. Así pues, en estos casos, la vigilancia de conducta será impuesta siempre que se acuerde no dar inicio a la custodia de seguridad¹¹⁰⁰, se acuerde su suspensión o finalice su duración por el transcurso de diez años¹¹⁰¹.

En relación con los sujetos inimputables, la vigilancia de conducta se debe imponer, y consecuentemente ejecutar, una vez se haya finalizado o se haya suspendido la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.

A diferencia de la custodia de seguridad, la duración de la vigilancia de conducta tiene, con carácter general, una duración determinada entre 2 y 5 años. Aun así, el § 68c StGB establece una serie de excepciones a la regla general donde el límite máximo puede ser

¹⁰⁹⁷ La creación de un supuesto específico para delincuentes sexuales introducido por la ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos de 1998. En este sentido, vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 886, en nota a pie de página.

¹⁰⁹⁸ Vid. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 886-887.

¹⁰⁹⁹ Cfr. § 57(1) StGB. La no obtención de la libertad condicional puede deberse básicamente a dos motivos: la falta de consentimiento del reo o por la peligrosidad que presenta el mismo.

¹¹⁰⁰ Vid. § 67c StGB.

¹¹⁰¹ Cfr. 67d StGB, donde se indica que cumplidos diez años la custodia de seguridad se dará por finalizada, a no ser que se considere que continúa existiendo un riesgo de comisión de futuros delitos graves.

superado, de tal modo que su duración sea indeterminada. En primer lugar, puede establecerse una duración indeterminada de la vigilancia de conducta en aquellos casos en que en el momento de determinar las condiciones a imponer no se dé el consentimiento, por parte del sometido a la misma, para que le sea impuesta una condición relativa a seguir tratamiento médico o terapéutico relacionado con una adicción o, cuando una vez impuesta – y por tanto consentida – no se cumpla con ella, siempre que exista un riesgo de comisión de futuros delitos graves. En segundo lugar, en aquellos casos en que su imposición venga derivada de la suspensión de una medida de seguridad en un hospital psiquiátrico y se considere que el sujeto aun presenta una peligrosidad criminal. En tercer lugar, en aquellos casos en que se evidencie, por la violación de determinadas condiciones o por otros hechos, que el sujeto representa un peligro para la sociedad por la posible comisión de delitos graves siempre y cuando se cumplan alternativamente alguno de los siguientes requisitos. Primero, que la vigilancia de conducta hubiera sido impuesta como consecuencia de la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual a una pena de prisión o una medida de seguridad de al menos dos años de duración. Segundo, que la vigilancia de conducta se hubiera impuesto junto con una pena de prisión por la comisión de un delito contra la vida, la libertad individual, la integridad física, o un delito de robo y se haya impuesto la condición establecida en el § 68c(3)1 StGB.

2.2. El contenido de la medida.

La vigilancia de conducta está formada por un conjunto de condiciones de carácter obligatorio o prohibitivo establecidas legalmente en el § 68b(1) StGB. Pueden imponerse tantas condiciones como el tribunal considere necesarias por todo el periodo de duración de la vigilancia de conducta o por uno inferior. Entre las conductas de posible imposición se encuentran las siguientes. La prohibición de abandonar el lugar de residencia o una determinada área sin el permiso de la autoridad de supervisión. La prohibición de frecuentar lugares que pueden inducir al sometido a vigilancia de conducta a cometer nuevos delitos. La prohibición de mantener contacto con la víctima, o con personas o grupos que puedan inducir al sujeto a cometer nuevos delitos, así

como ofrecer empleo, formación o cobijo. La prohibición de participar en determinadas actividades que pueden ser utilizadas con objetivos criminales. La prohibición de poseer, llevar consigo o encomendar a otro la custodia de determinados objetos que puedan inducir al sometido a la medida a cometer nuevos delitos. La prohibición de poseer o conducir vehículos que puedan ser usados con una finalidad delictiva. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad de supervisión o al asistente de supervisión. La obligación de informar cada cambio de residencia o de trabajo a la autoridad de supervisión. La obligación de informar a la agencia estatal de desempleo el hecho de estar desempleado. La prohibición de consumir alcohol u otras drogas en aquellos casos en que exista una razón para creer que su consumo contribuirá a la comisión de futuros delitos. La obligación de someterse a controles de consumo de alcohol y drogas. La obligación de acudir periódicamente al médico o al psicoterapeuta. Y la obligación de estar sometido a un sistema de monitoreo telemático activo¹¹⁰².

Asimismo, junto con el listado de condiciones, también es posible que el tribunal incluya en la vigilancia de conducta otras condiciones que estén especialmente relacionadas con la educación, el empleo, el tiempo libre del sujeto o dirigidas a cumplir una serie de obligaciones de carácter financiero o alimenticio, así como la obligación de recibir tratamiento médico o terapéutico.

Si bien el legislador otorga una amplia discrecionalidad al tribunal para imponer aquellas concretas condiciones que estime más adecuadas, el propio § 68b StGB establece un límite a ello, en tanto que prohíbe la imposición de condiciones que atenten de manera irracional al estilo de vida del sujeto. Esto es, que atenten contra la dignidad del sometido a vigilancia de conducta.

¹¹⁰² Esta condición es de nueva introducción a través de la reforma del StGB de 2013. Vid. § 68b(1)12 donde se indican los estrictos requisitos exigidos para su imposición. Entre otros, se establece la comisión de delitos contra la vida, la integridad física o la libertad individual (en concreto los establecidos en el § 66(3) StGB), el riesgo de comisión de nuevos delitos de esta clase y el haber cumplido una pena privativa de libertad sin la obtención de beneficios penitenciarios de una duración determinada.

2.3. La ejecución de la vigilancia de conducta.

La vigilancia de conducta se inicia con el fin de la pena de prisión o de la custodia de seguridad, o el momento en que se acuerda la suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad¹¹⁰³. El sujeto, durante el tiempo de duración de la vigilancia de conducta, estará bajo supervisión de la autoridad de supervisión y de un asistente de supervisión. Éstos, son los encargados de asistir y ayudar así como de supervisar la conducta del sujeto y el cumplimiento de las condiciones impuestas por parte del tribunal¹¹⁰⁴.

Además, durante la ejecución de la vigilancia de conducta, el tribunal, con la colaboración de la autoridad de supervisión y del asistente de supervisión, puede, en atención a las necesidades que se observen por parte de los responsables de su control, modificar o dejar en suspenso condiciones impuestas. Asimismo, puede imponer nuevas condiciones al sujeto sometido a la medida¹¹⁰⁵. En todo caso y siempre que hubiera sido impuesta, deberá decidir, transcurridos dos años desde el inicio de la ejecución de la vigilancia de conducta, si es necesario continuar con la obligación de estar sometido a control telemático¹¹⁰⁶.

Finalmente, sólo en el caso de incumplimiento grave de alguna de las condiciones impuestas y cuando ello ponga en peligro el objetivo de la medida de seguridad, previa denuncia por parte de la autoridad de supervisión, el tribunal podrá condenar al sujeto a un delito de quebrantamiento de la vigilancia de conducta castigado con una pena máxima de hasta tres años de prisión¹¹⁰⁷. En estos casos, la ejecución de la vigilancia de conducta quedará suspendida hasta el cumplimiento de la pena de prisión¹¹⁰⁸.

¹¹⁰³ Vid. § 68b(4) StGB

¹¹⁰⁴ Vid. § 68a StGB

¹¹⁰⁵ Vid. § 68d(1) StGB.

¹¹⁰⁶ Vid. § 68d(2) StGB.

¹¹⁰⁷ Vid. § 145a StGB.

¹¹⁰⁸ En este sentido, vid. 68e(1) StGB.

2.4. El fin de la medida.

Para determinar el momento en que finaliza la ejecución de la vigilancia de conducta es preciso diferenciar entre cuando la medida ha sido impuesta con una duración determinada y cuando es indeterminada.

Así, cuando la vigilancia de conducta haya sido impuesta por un plazo determinado su duración finaliza con el transcurso del plazo máximo de duración impuesto¹¹⁰⁹. Sin embargo, podrá terminarse su ejecución si, transcurrida la duración mínima establecida en el § 68c StGB (dos años) el tribunal considera que ya no es necesario continuar con su ejecución, pues existen razones para creer que el sujeto no volverá a cometer nuevos delitos. Además, se dará por terminada la medida en aquellos casos en que durante la ejecución de la vigilancia de conducta se dé inicio a una medida de seguridad privativa de libertad, a una pena de prisión junto con una medida de seguridad y cuando se dé inicio a una nueva medida de vigilancia de conducta.

Cuando la vigilancia de conducta tenga una duración indeterminada pueden plantearse dos supuestos. En primer lugar, si la medida con una duración indeterminada ha sido impuesta como consecuencia de la falta de consentimiento o el incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico o terapéutico contemplado en el § 68c(2) StGB, deberá evaluarse la necesidad de continuar con su ejecución antes del transcurso de cinco años. En segundo lugar, cuando el motivo de la duración indeterminada se deba al supuesto contemplado en el § 68c(3) StGB – haber cumplido un internamiento en hospital psiquiátrico o por la comisión de determinados delitos de carácter sexual –, se deberá evaluar la necesidad de continuar con la ejecución de la vigilancia de conducta antes del transcurso de los dos años. En ambos casos, se procederá a dar por finalizada la medida en aquellos casos en que se considere que el sujeto ya no presenta

¹¹⁰⁹ Aunque nada diga al respecto el § 68e StGB relativo a la finalización de la vigilancia de conducta, en aquellos casos en que la medida de seguridad haya sido impuesto por una duración concreta, la misma debe finalizar transcurrido ese tiempo en atención al § 68c StGB.

un riesgo de comisión de futuros delitos. En caso contrario el tribunal deberá volver a revisar la duración de la vigilancia de conducta en un plazo no superior a dos años.

Finalmente, la legislación alemana establece una regla especial de ejecución en aquellos casos en que la vigilancia de conducta se ejecute al mismo tiempo que una pena de prisión suspendida o la libertad condicional. En estos casos, la vigilancia de conducta no podrá tener una duración inferior a la de la suspensión o la libertad condicional y, su régimen de ejecución se regirá por las normas de estas últimas¹¹¹⁰. En estos casos, una vez finalizado el periodo de suspensión de la pena o de la libertad condicional, la ejecución de la vigilancia de conducta también finalizará a no ser que su duración sea indeterminada¹¹¹¹. Sin embargo, si la pena suspendida o ejecutándose en régimen de libertad condicional y la vigilancia de conducta han sido impuestas por el mismo delito, el tribunal puede decidir suspender la ejecución de la medida de seguridad hasta el fin de la suspensión o del cumplimiento de la pena de prisión en régimen de libertad condicional¹¹¹².

III. Otros estados.

Junto con los estados analizados podría mencionarse un sinnúmero de países que prevén diferentes tipos de sanciones para hacer frente a los delincuentes peligrosos. Podría decirse que la regulación de los estados que ha sido examinada viene a ser, con carácter general, la referencia de las legislaciones de otros países. Precisamente, la mayor parte de los estados europeos, así como también otros muchos países desarrollados como Australia o Canadá prevén medidas dirigidas a hacer frente a la peligrosidad de determinados infractores. Con el objetivo de dar sucinta cuenta de la situación normativa comparada en países menos significativos que los expresamente analizados, se hará referencia a algunas de las legislaciones mencionadas.

¹¹¹⁰ Vid. § 68g StGB.

¹¹¹¹ Vid. § 68g(3) StGB.

¹¹¹² Vid. § 68g(2) StGB.

Respecto a la inclusión de medidas – ya sean consideradas medidas de seguridad o penas o sean reguladas a través de una normativa penal o civil - privativas de libertad dirigidas a prevenir la peligrosidad pueden citarse, en primer lugar las contenidas en las regulaciones de la mayor parte de los países de influencia germánica¹¹¹³. Así, el art. 64 del Código Penal suizo prevé la posibilidad de imponer una medida de seguridad privativa de libertad de duración indefinida y de ejecución posterior a la pena de prisión cuando, habiendo cometido determinados delitos graves, entre otros supuestos, se espere que el sujeto cometa nuevos delitos de la misma clase. Junto a ello, en el art. 123a de la Constitución federal suiza¹¹¹⁴ se prevé la pena de cadena perpetua sin posibilidad de revisión¹¹¹⁵ para aquellos sujetos que, habiendo cometido un delito de carácter sexual o violento, sean considerados extremadamente peligrosos y no puedan ser tratados¹¹¹⁶. El art. 23 del Código Penal austríaco prevé igualmente la posibilidad de imponer una medida privativa de libertad posterior a la ejecución de una pena de prisión por la comisión de delitos graves contra la vida, la libertad sexual o individual, entre otros, por un tiempo indefinido¹¹¹⁷. Igualmente, en Dinamarca se prevé la posibilidad de imponer una medida privativa de libertad y de duración indeterminada en lugar de una pena de prisión en aquellos casos en que un sujeto haya cometido determinados delitos graves y se considere que representa un peligro real para el resto de la sociedad¹¹¹⁸. En segundo lugar, se encuentran también países como Australia o Canadá. En Australia¹¹¹⁹,

¹¹¹³ Cfr. STEDH M contra Alemania, de 19 de diciembre de 2009, par. 69 y ss. donde se resumen las medidas de seguridad privativas de libertad existentes para delincuentes imputables peligrosos en diversos estados europeos.

¹¹¹⁴ Este artículo fue introducido a través de referéndum popular celebrado el 8 de noviembre de 2004.

¹¹¹⁵ Sólo será posible revisar la situación, cuando como consecuencia de los avances científicos sea posible tratar al sujeto en cuestión (art. 123a.2 Constitución federal suiza).

¹¹¹⁶ Vid. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en derecho comparado”, op. cit., pp. 652-653, donde expone un resumen de las sanciones a delincuentes peligrosos existentes en Suiza.

¹¹¹⁷ Como en Alemania, a los diez años el sometido a la medida debe ser puesto en libertad si ejecución ya no es necesaria. En este sentido, vid. § 25 Código Penal austríaco.

¹¹¹⁸ Vid. § 70 Código Penal danés.

¹¹¹⁹ Sobre las medidas privativas de libertad imponibles a delincuentes peligrosos en Australia, vid. RONKEN, C. / JOHNSTON, H., “Balancing rights: arguments for indefinite detention of dangerous sex offender”, conferencia impartida en Sentencing Conference, National Judicial College of Australia,

desde 2003¹¹²⁰ la gran mayoría de estados han aprobado sus respectivas leyes que posibilitan la imposición de una medida privativa de libertad, de ejecución posterior a la pena de prisión y con una duración que puede oscilar desde los cinco años a un periodo indefinido¹¹²¹. La medida sólo es imponible a sujetos considerados peligrosos y condenados por la comisión de un delito de carácter sexual, y en todos los casos se impone con posterioridad a la sentencia condenatoria y antes de la finalización de la pena de prisión. En Canadá, igualmente, cuando se haya cometido un delito grave contra las personas podrá imponerse, junto con la pena de prisión derivada del delito cometido, una sanción de carácter indefinido siempre y cuando se considere al concreto sujeto como delincuente peligroso y el tribunal considere necesaria su ejecución¹¹²².

Respecto a las medidas no privativas de libertad, son diversos también los estados que prevén la posibilidad de imponer una sanción penal no privativa de libertad con la finalidad de prevenir la peligrosidad de los sujetos una vez ejecutada la pena de prisión derivada del ilícito penal cometido. Dentro de los ordenamientos jurídicos europeos, podemos encontrar, junto con España, países como Francia o Italia. En Francia, se prevé la posibilidad de imponer una medida de vigilancia socio-judicial con carácter facultativo con la finalidad de prevenir la reincidencia de los sujetos que han cometido determinados delitos¹¹²³ una vez son liberados de prisión. La medida consiste en el sometimiento a unas determinadas obligaciones como la de avisar de cualquier cambio de residencia o trabajo o de viaje que tenga una duración superior a los quince días, la de solicitar autorización para realizar un viaje al extranjero o la de presentarse en el lugar y fecha que determine el juez o el trabajador social. Su duración puede variar, según la gravedad del delito cometido, entre los diez años y a perpetuidad¹¹²⁴. En Italia,

2008. Disponible en <http://njca.anu.edu.au/Professional%20Development/programs%20by%20year/2008/Sentencing%20Conference%202008/papers/Ronken%20Johnson.pdf> [última visita: 26/02/2014]

¹¹²⁰ El primer estado fue Queensland con la Dangerous Prisoners (Sexual Offenders) Act 2003.

¹¹²¹ La duración varía según la regulación de cada estado.

¹¹²² Vid. arts. 752 y ss. del Código Penal canadiense.

¹¹²³ Los delitos afectados son aquellos en que expresamente así se indica en la parte especial del Código Penal francés, entre los que se encuentran los delitos contra la vida (art. 221-9-1 CP francés), los delitos contra la libertad sexual (222-48-1 CC francés), determinados delitos de lesiones, delitos contra menores de edad, o delitos contra la libertad individual.

¹¹²⁴ Vid. arts. 131-36-1 y ss. CP francés.

se prevé la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada, de ejecución posterior a la pena de prisión, con el objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos. En este caso, la libertad vigilada puede imponerse con carácter facultativo¹¹²⁵ o preceptivo¹¹²⁶ según la gravedad del delito cometido. A su vez, la duración de la libertad vigilada variará según sea impuesta facultativa u obligatoriamente, de tal forma que en el primer caso su duración mínima será de un año, y en el segundo de tres, sin que se prevea en ninguno de ambos un límite máximo de duración¹¹²⁷. Por concluir con este fugaz repaso legislativo, fuera del ámbito territorial europeo, otra vez tanto Australia¹¹²⁸ como Canadá¹¹²⁹ prevén la posibilidad de imponer una medida no privativa de libertad de ejecución posterior a la prisión – o a la medida privativa de libertad posterior a la pena – con la finalidad de prevenir el riesgo de comisión de nuevos delitos.

¹¹²⁵ Vid. art. 229 CP italiano.

¹¹²⁶ Esto es, si se impone una pena de prisión de por lo menos diez años o cuando el sujeto es un delincuente habitual (art. 230 CP italiano).

¹¹²⁷ Vid. arts. 228 y 230 CP italiano.

¹¹²⁸ Junto con la posibilidad de imponer medidas privativas y no privativas de libertad para delincuentes sexuales una vez finalizada la pena de prisión, en el estado de Western Australia desde 2011 la información contenida en el registro de delincuentes sexuales es notificada aunque con un alcance muy limitado. En este sentido, vid. BERSON, J., “New sex offender register for Western Australia”, en *Alternative Law Journal*, vol. 37, 2012.

¹¹²⁹ Vid. arts. 752 y ss. CP canadiense.

CAPÍTULO IV – LA REALIDAD NORMATIVA ESPAÑOLA: especial referencia a la libertad vigilada aplicable a delincuentes imputables peligrosos.

I. Breves consideraciones acerca del medio más correcto de tratar al delincuente imputable peligroso.

Con carácter previo al análisis de la regulación de las sanciones penales imponibles a sujetos imputables declarados peligrosos en el Derecho español es necesario determinar cuál puede ser la mejor opción político-criminal para hacer frente a la peligrosidad que presenta un sujeto imputable que ha cometido un hecho delictivo. En concreto, debe abordarse con carácter inicial si el derecho penal debe tener en consideración, en el momento de determinar la sanción imponible, la peligrosidad de los declarados imputables y, en caso afirmativo, si ésta debe articularse en forma de pena o de medida de seguridad.

No obstante, para abordar adecuadamente la cuestión planteada, resultará útil con carácter previo efectuar un sucinto repaso de los fundamentos y las finalidades de las penas y las medidas de seguridad. Con dicho objetivo, para comenzar, a modo de contextualización de la discusión existente entre penas y medidas de seguridad, se realizará una breve exposición del origen de las medidas.

1. Penas y medidas de seguridad.

1.1 El surgimiento de las medidas de seguridad.

Como es sabido, las medidas de seguridad fueron planteadas por primera vez por la Escuela Positiva italiana a finales del siglo XIX¹¹³⁰. Hasta entonces sólo existía una sanción penal aplicable, la pena, que se fundamentaba en la culpabilidad por el hecho cometido. La pena tenía una finalidad retributiva y estaba basada en la idea del libre albedrío de los seres humanos¹¹³¹. Desde la Escuela positiva, en cambio, defendían un determinismo universal que negaba tal posibilidad de libre decisión y por tanto se consideraba que los individuos estaban carentes de culpabilidad¹¹³². Así, si se castigaba al delincuente no era porque libremente había escogido hacer el mal, sino porque con su acto se manifestaba una peligrosidad que la sociedad debía neutralizar con la imposición de medidas de seguridad y corrección tendentes a la reeducación del sujeto y, de no poder ser así, a su inocuización¹¹³³. El delito era un síntoma que evidenciaba la peligrosidad del individuo con lo cual la sanción aplicable, entendían estos autores, no podía basarse en el castigo por el hecho cometido, sino que la sanción aplicable, las medidas de seguridad, debía responder a la peligrosidad manifestada por el sujeto.

Paralelamente, en los mismos años aunque desde una perspectiva distinta, la llamada Escuela Moderna, representada por VON LISZT, propuso un cambio en el fundamento de la pena. Según este autor, la pena no era en sí necesaria, sino que solo en tanto que protegía bienes jurídicos. La pena no era retribución por el hecho cometido, sino que perseguía un objetivo; la prevención, sobre todo especial, de delitos¹¹³⁴, de tal modo que, de acuerdo con la finalidad preventivo-especial, la pena podía tener tres efectos: la corrección, la intimidación y la inocuización. En concreto, la pena debía corregir al delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección, intimidar al delincuente que

¹¹³⁰ En este sentido, vid., entre otros, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2003, p. 23; BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 1-2; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 128; LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*, Monografía Revista de Derecho y Proceso Penal, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 121.

¹¹³¹ Cfr. en SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 24.

¹¹³² Vid. LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 255.

¹¹³³ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 128.

¹¹³⁴ Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, op. cit., pp. 43 y ss., donde se expone el Programa de Marburgo de 1882.

no precisaba de corrección e inocular al delincuente que carecía de capacidad de corrección¹¹³⁵.

La contemporaneidad de ambos planteamientos produjo una viva controversia entre las distintas escuelas en torno a cual debía ser el medio más adecuado para sancionar los hechos delictivos: si la imposición de penas o de medidas de seguridad¹¹³⁶. Ante tal debate dogmático, fue determinante para la actual dogmática jurídico-penal el sistema de doble vía que se articuló en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1983, hasta tal punto que debe considerarse la génesis del actual sistema de sanciones penales¹¹³⁷. En éste, STOOS¹¹³⁸ propuso un modelo dual de respuesta frente al delito donde la pena, que tenía una finalidad retributiva, respondía a la culpabilidad del sujeto y la medida, que se imponía en los casos en que no podía imponerse una pena o cuando ésta no era suficiente, a la peligrosidad¹¹³⁹. Este modelo dualista de penas y medidas de seguridad expuesto por STOOS es el heredero del actual derecho de medidas en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos donde, con sus respectivos matices, se ha seguido un sistema de doble vía¹¹⁴⁰. En España, se positivizó el sistema dualista de penas y medidas

¹¹³⁵ Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 81.

¹¹³⁶ Ello implicó la conocida lucha de “Escuelas” entre los partidarios de las teorías clásicas y los del positivismo italiano. En este sentido, vid. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., pp. 600-601; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 128.

¹¹³⁷ Cfr. en JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 602; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 26-28.

¹¹³⁸ Autor de dicho Anteproyecto de Código Penal suizo. LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, op. cit., p. 264. Vid., también, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 128, quien además considera que finalmente se optó por un sistema de doble vía como solución intermedia a las propuestas por las distintas escuelas penales.

¹¹³⁹ Vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 27; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 602; GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 981.

¹¹⁴⁰ Vid., sobre el establecimiento de medidas de seguridad y su relación con las penas en derecho comparado, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 47-68.

por primera vez en el Código Penal de 1928¹¹⁴¹. En éste se preveían penas para sujetos culpables y medidas para inimputables, vagos y para determinados sujetos a quienes se les atribuía una peligrosidad criminal grave, como podían ser los delincuentes habituales o incorregibles¹¹⁴². El sistema de doble vía además estaba regido por un sistema de ejecución vicarial donde las penas tenían una ejecución preferente respecto a las medidas de seguridad¹¹⁴³.

Con la entrada en vigor del actual Código Penal de 1995, el legislador optó por el establecimiento de un sistema de doble vía que podría calificarse de moderado y que incluso se acerca a los postulados del nuevo monismo¹¹⁴⁴. Así, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 sólo puede castigarse a los sujetos imputables con una pena en atención al hecho cometido, y a los sujetos inimputables en aquellos casos en que se constate una peligrosidad criminal, puede imponerse una medida de seguridad que estará limitada, tanto por su duración como por su gravedad, al límite de la pena en abstracto por el delito cometido. Finalmente, sólo en el caso de sujetos declarados semi-imputables el Código permite la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad que deben ejecutarse de acuerdo con el sistema vicarial¹¹⁴⁵. No obstante, con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, se inicia un cambio de tendencia en lo que al sistema de sanciones se refiere de tal manera que se posibilita la imposición de medidas de seguridad, en concreto la libertad vigilada, a determinados grupos de delincuentes considerados peligrosos¹¹⁴⁶; cambio que se ve consolidado con el Proyecto de reforma del Código Penal, de 4 de octubre de 2013¹¹⁴⁷, pues amplía el

¹¹⁴¹ Vid. GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, op. cit., p. 982.

¹¹⁴² Cfr. en LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, op. cit., p. 268.

¹¹⁴³ Vid. LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, op. cit., p. 267.

¹¹⁴⁴ Así lo reconocen (y critican) SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 45; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., pp. 624-625.

¹¹⁴⁵ Vid. arts. 3,6 y 95 y ss. CP.

¹¹⁴⁶ Vid. art. 105.2 CP

¹¹⁴⁷ Publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013.

catálogo de delitos en que es posible la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables y desliga la duración de las medidas de seguridad de la duración de la pena que hubiera sido impuesta por el injusto cometido para hacerla depender únicamente en la peligrosidad criminal del concreto individuo¹¹⁴⁸.

1.2. Los fundamentos, principios, finalidades y límites de las penas y las medidas de seguridad.

Tanto la configuración de las penas como de las medidas de seguridad están sujetas a una serie limitaciones que deben, en todo caso, ser respetadas: los principios informadores del *ius puniendi*. Ambas sanciones penales están sujetas al principio de legalidad, al principio de intervención mínima y al principio de proporcionalidad. Del principio de legalidad, garantizado por el propio art. 25.1 de la Constitución española (CE) y del art. 1 CP, se extraen una serie de garantías: la penal, la jurisdiccional y la de ejecución. Asimismo, de la garantía penal se derivan otros tantos principios: el principio de legalidad formal, el principio de taxatividad del cual se deriva el principio de seguridad jurídica¹¹⁴⁹, la prohibición de analogía y el principio de irretroactividad. El más problemático de los principios y garantías que se extraen del principio de legalidad ha sido el principio de irretroactividad. Así, a diferencia de lo establecido en el Código Penal español, tanto el Código Penal italiano¹¹⁵⁰ como el alemán¹¹⁵¹ establecen cláusulas donde se permite la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad. Concretamente, el CP italiano obliga a tener en cuenta la ley vigente en el momento de

¹¹⁴⁸ Así, en el apartado tercero del art. único del proyecto, que modifica el art. 6.2 CP vigente, establece: “Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Igualmente, el apartado sexagésimo tercer del art. único del proyecto, que modifica el art. 100 CP, que regula el internamiento en un centro de deshabitación establece: “[...] Si el sujeto no hubiera sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 3.º del artículo 20, y tampoco le hubiera sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, esta medida solamente podrá ser impuesta con su consentimiento”.

¹¹⁴⁹ Como más adelante se verá dada la propia naturaleza indeterminada de las medidas de seguridad este principio es de suma importancia, pues de él se deriva la necesidad de que debe determinarse la clase y la cuantía de la sanción a imponer.

¹¹⁵⁰ Vid. art. 200 CP italiano.

¹¹⁵¹ § 2(6) StGB.

ejecutar la medida de seguridad. El alemán, en cambio, establece que las medidas de seguridad, a no ser que se establezca lo contrario en la ley, se regirán por la ley aplicable en el momento de su determinación. Asimismo, algún autor en el seno de la doctrina española también defiende que de hecho la imposición de una medida de seguridad vigente con posterioridad al momento de la comisión del hecho ilícito pero con anterioridad al momento de la determinación del estado de peligrosidad no infringe el principio de irretroactividad, pues el presupuesto para su imposición es la peligrosidad criminal y no el hecho cometido¹¹⁵².

En referencia a los otros dos principios – el principio de intervención mínima y el de proporcionalidad –, aunque tanto las penas como las medidas de seguridad están igualmente sujetas a ellos, juegan en cada una un papel distinto. Por un lado, el principio de intervención mínima implica que sólo será legítima aquella pena o medida de seguridad necesaria para los fines por los que éstas están configuradas¹¹⁵³. La cuestión aquí es determinar cuál es la finalidad que persigue cada una de ellas¹¹⁵⁴. Por otro lado, el principio de proporcionalidad supone un límite a la intervención punitiva del estado. En este caso, el alcance de dicho principio tendrá unos efectos distintos en atención a la sanción a la que se aplique. Así, el principio de proporcionalidad limita la extensión y entidad de la pena aplicable en atención a la entidad del injusto¹¹⁵⁵. Por el contrario, en el caso de las medidas de seguridad, y de acuerdo con una concepción pura

¹¹⁵² Así, vid., entre otros, GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 448; CEREZO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista penal*, núm. 22, 2008, p. 19; CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español* (I), Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 222-223. Críticos ante tal posibilidad, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 15-16; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 115-119.

¹¹⁵³ Aunque sólo en referencia a las medidas de seguridad, vid. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 606.

¹¹⁵⁴ Así, si se considera que la pena tiene una finalidad preventivo-general (más aún si se considera que su finalidad es la retribución) deberá ejecutarse aunque por motivos de prevención especial se considere que a pesar de la gravedad del delito cometido ello no es adecuado para la futura reinserción del condenado.

¹¹⁵⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 89, el cual forma parte de los límites derivados del principio de culpabilidad.

de las mismas, el principio de proporcionalidad limita la duración de las mismas de acuerdo con la peligrosidad criminal manifestada por el sujeto en cuestión¹¹⁵⁶.

Al analizar el principio de proporcionalidad se ha mostrado una de las diferencias significativas entre las penas y las medidas de seguridad: su fundamento. Así, las penas tienen su fundamento en el injusto cometido, en los límites derivados del principio de culpabilidad¹¹⁵⁷, de modo que sólo es posible la imposición de una pena en aquellos casos en que se cometa un hecho tipificado como delito previamente por la ley. Por el contrario, la imposición de las medidas de seguridad no se fundamenta en la comisión

¹¹⁵⁶ Más adelante se hará mayor abundamiento en la cuestión. No obstante, puede ya señalarse que el alcance del principio de proporcionalidad de las medidas es uno de los aspectos más debatidos de la teoría de las medidas de seguridad. Así, defensores de que el límite del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad no sea superior al de las penas, MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 6, 1981-1982, pp. 236-237; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., en comentarios al art. 6 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 89; ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, *passim*; MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *Indret* 2/2014, p. 61; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 105; SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 157, quien considera que la proporcionalidad de las medidas de seguridad, en relación con su aplicación a sujetos imputables, debería basarse exclusivamente en el injusto y la medida de culpabilidad del sujeto. En contra aunque con matices entre los distintos autores, cfr. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., pp. 609-610; CEREZO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, op. cit., p. 18; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 459 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., pp. 31-32; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 126 y 131, quien además expone, en su opinión, las ventajas e inconvenientes que resulta defender uno y otro modelo; MAZA MARTÍN, J. M., “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, en ECHAVARRI GARCÍA, M., *Las penas y medidas de seguridad*, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, pp. 39-41; GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 172-174.

¹¹⁵⁷ La exigencia de dolo o imprudencia, la necesidad de tener en cuenta la situación concreta en la que el autor se encontraba al tiempo de cometer el delito y la exigencia de que la pena sea proporcionada a la entidad culpable de la actuación del autor. Cfr. en QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 89.

de un delito, sino por la constatación de la existencia de un estado peligroso de comisión de futuros delitos¹¹⁵⁸.

De lo anterior pueden extraerse dos consecuencias. La primera, dado que las medidas de seguridad tienen como fundamento la peligrosidad criminal nada impediría que las mismas pudieran ser impuestas incluso con anterioridad a la comisión de un hecho delictivo¹¹⁵⁹. La segunda, dado que las medidas están limitadas por el principio de proporcionalidad en atención a la peligrosidad podría darse el supuesto en que la duración de la misma debiera considerarse perpetua¹¹⁶⁰. Ambas consecuencias derivadas del propio fundamento de las medidas deben ser rechazadas de plano por ser inconstitucionales¹¹⁶¹. A los impedimentos constitucionales frente a la posibilidad de imponer medidas de seguridad predelictuales, los propios defensores de la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables le añaden otros argumentos. Así, en relación con la posibilidad de que sean impuestas medidas de seguridad predelictuales, se defiende que a pesar de que sea necesaria la previa comisión de un delito para la imposición de una medida de seguridad el delito no configura el supuesto de hecho de la imposición de medidas de seguridad sino que simplemente cumple una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva del derecho penal¹¹⁶². El delito previo es un límite externo, por razones de seguridad jurídica, al ejercicio del Derecho penal preventivo¹¹⁶³.

¹¹⁵⁸ JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 610.

¹¹⁵⁹ Así lo acepta SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 89.

¹¹⁶⁰ En este mismo sentido, vid. ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, op. cit., pp. 120-121, quien plantea dichas posibilidades de acuerdo con la concepción purista de las medidas de seguridad basadas en atención a la peligrosidad.

¹¹⁶¹ Por un lado, la imposición de medidas de seguridad predelictuales vulneraría el art. 25.1 CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Por otro lado, la imposición de medidas indeterminadas no sería acorde con el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la libertad (art. 17 CE) y a la finalidad de las penas y medidas establecida en la Constitución (art. 25.2 CE).

¹¹⁶² CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, op. cit., p. 40.

¹¹⁶³ Así, GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 451.

En relación con la segunda de las consecuencias derivadas de la vinculación del principio de proporcionalidad con la peligrosidad criminal manifestada, frente a la posibilidad de imponer medidas de seguridad con carácter indefinido, la doctrina mayoritaria ha considerado que del propio principio de proporcionalidad debe extraerse un límite que nunca debe ser superado. Por un lado, se ha propuesto la asimilación de dicho límite al derivado del principio de culpabilidad¹¹⁶⁴. Por otro lado, otros autores en cambio consideran que es un error vincular el principio de proporcionalidad al de culpabilidad y por ello es necesario dar un contenido distinto a éste. En este sentido, se han propuesto distintas opciones. Por un lado, que la duración de las medidas de seguridad se vincule no sólo al delito cometido, sino que sobre todo a los que pueda cometerse en el futuro y al grado de peligrosidad que presente aquel¹¹⁶⁵; o como lo denomina ROXIN, sobre la base de la ponderación de bienes¹¹⁶⁶. Por otro, hay autores que consideran que, dado que las medidas de seguridad se orientan a eliminar la peligrosidad del sujeto, su duración debería ser indeterminada, aunque por razones de seguridad jurídica la ley debería establecer un límite máximo que se fijaría en función de lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precise el sujeto¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁴ Este es el criterio seguido por el Código Penal español establecido en el art. 6.2 CP que indica literalmente: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Por parte de la doctrina, siguen este criterio autores como QUINTERO OLIVARES, MUÑOZ CONDE o ALONSO RIMO, entre otros. vid. supra en la nota a pie de página núm. 1150 donde se detallan algunos de los autores que defienden la opción seguida por el Código Penal.

¹¹⁶⁵ Así, JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 610; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., p. 47; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, núm. 1, 2009, p. 201; CEREZO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, op. cit., p. 18.

¹¹⁶⁶ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 105-106, quien indica que el principio de proporcionalidad concreta el de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso, de tal forma que sólo si el interés preventivo en evitar futuros daños es superior a los daños que debe soportar el concreto individuo debe imponerse una medida de seguridad.

¹¹⁶⁷ En este sentido, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 460.

Una vez realizado un sucinto análisis de los principios que rigen en las sanciones penales, los fundamentos y los límites de las penas y las medidas de seguridad, falta por describir cuales son las finalidades perseguidas por ellas. Debe, pues, abordarse la cuestión relativa a cuál es el objetivo que se persigue con la imposición de las penas y las medidas de seguridad. Es seguramente este punto el que tiene una mayor importancia en lo que a la teoría de las sanciones penales se refiere y al mismo tiempo el que genera una mayor desavenencia en la doctrina penal.

Para una parte de la doctrina las penas y las medidas de seguridad tienen finalidades distintas. A pesar de las diferencias que pueda haber entre ellos en punto a la determinación de la finalidad de las penas, en todo caso están de acuerdo en que las medidas de seguridad persiguen únicamente una finalidad preventivo-especial. Dado que las medidas de seguridad se fundamentan por un estado de peligrosidad criminal y por tanto en miras al futuro, las mismas están orientadas a prevenir futuros delitos¹¹⁶⁸ y no pueden en cambio perseguir el objetivo de castigar por el hecho cometido ni tener unos efectos generales de intimidación o de afirmación del derecho. Así, las medidas de seguridad buscarían, a través de la finalidad preventivo-especial, la corrección y el aseguramiento con preferencia del objetivo correctivo frente al asegurativo. Además, éste último sólo podrá convertirse en el fin principal o incluso en el exclusivo cuando no se manifieste posible el fin correctivo¹¹⁶⁹.

Para otra parte de la doctrina las penas y las medidas responden a las mismas finalidades¹¹⁷⁰. No existe una distinción entre unas y otras en relación con las

¹¹⁶⁸ Así, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 75-76; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 27-29; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 436; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 610; CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, op. cit., p. 38; FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, en *Indret* 3/2007, p. 15.

¹¹⁶⁹ Vid., en este sentido, vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 74.

¹¹⁷⁰ En este sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 130; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, p. 92; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARAN M., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 54-55; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p.

finalidades de ambas consecuencias jurídico-penales, de tal modo que tanto las penas¹¹⁷¹ como las medidas de seguridad cumplen funciones de prevención general y de prevención especial. Estos autores, consideran que si bien es cierto que las medidas de seguridad están primordialmente dirigidas a la prevención especial, pues de lo que se trata con su imposición es de evitar futuros actos delictivos, su imposición también tiene un componente de intimidación. Es más, cuando se analizan las distintas medidas de seguridad puede verse que no siempre la finalidad principal es la prevención especial, pues en ocasiones la intensidad de la finalidad preventivo-general es mayor que la especial¹¹⁷². El hecho de que las medidas también cumplen con una finalidad de prevención general es incluso aceptado por aquellos que consideran que las medidas de seguridad sólo satisfacen una finalidad de prevención especial¹¹⁷³. No obstante, para ellos, que las medidas cumplan una finalidad de prevención general no significa que respondan a dicha finalidad¹¹⁷⁴, de modo que tanto el cumplimiento de una finalidad preventivo-general como la aflicción de un mal es un efecto secundario que debe ser aceptado por quien está sometido a una medida¹¹⁷⁵.

77; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., p. 201; SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., p. 155; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 104-105.

¹¹⁷¹ En relación con las penas es opinión mayoritaria que tienen tanto una finalidad de prevención general como especial. Además, a favor de la doble finalidad de las penas, en España la propia Constitución obliga a ello en el art. 25.2 CE al indicar que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”.

¹¹⁷² En este sentido, vid. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 104; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 77.

¹¹⁷³ Cfr. en SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 28; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 610; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 437.

¹¹⁷⁴ Así., SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 28.

¹¹⁷⁵ En este sentido, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 437.

2. Dualismo o monismo.

Planteadas las similitudes y diferencias entre penas y medidas en atención al fundamento, principios, finalidades y límites, es el momento de adentrarse en la cuestión planteada al inicio del presente capítulo: la relativa a si es adecuado tener en cuenta la peligrosidad de un sujeto imputable para determinar la sanción a imponer y si ello debe articularse a través de las penas o de las medidas de seguridad.

La cuestión está aquí en si el sistema de sanciones penales debe articularse a través de un sistema de doble vía o a través de un sistema monista¹¹⁷⁶. Por sistema dualista puede entenderse no sólo el hecho de que se prevean en el ordenamiento jurídico-penal penas y medidas de seguridad, sino que exista la posibilidad de imponer ambas sanciones a un mismo sujeto, a pesar del régimen de ejecución: acumulación de penas y medidas o sistema vicarial. En relación con el primer aspecto, la previsión de ambas sanciones, gran parte de la doctrina está de acuerdo en que es adecuado prever ambos tipos¹¹⁷⁷. De este modo, aquellos sujetos con capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión (sujetos imputables) que cometan un hecho delictivo serán castigados con penas y a aquellos a quienes les carezca dicha capacidad (inimputables) deberá, en todo caso, serles impuesta una medida de seguridad.

El problema se presenta en relación con aquellos sujetos con plena capacidad que además son considerados peligrosos. En este punto es crucial tener en cuenta tanto el fundamento como las finalidades de las penas y medidas de seguridad. Si se entiende que ambas sanciones tienen finalidades distintas, acreditada la peligrosidad de un sujeto parecerá adecuado que pueda imponerse una pena en atención al injusto cometido y,

¹¹⁷⁶ Vid. supra, en los capítulos II y III sobre derecho comparado donde puede verse los distintos modelos adoptados por los países estudiados. Así, tanto Estados Unidos como Inglaterra han optado por un sistema monista en que a los sujetos imputables sólo es posible imponerles una única sanción: una pena, a pesar que posteriormente sea posible, en el caso americano, de imponer otras sanciones de naturaleza no penal. Por el contrario, en Alemania sí que se prevé la imposición de medidas de seguridad – tanto privativas como no privativas de libertad – a sujetos imputables peligrosos.

¹¹⁷⁷ No obstante, algunos sectores doctrinales abogan por la eliminación incluso de esta posibilidad de tal modo que sólo fuera posible la imposición de medidas o de penas. Tanto unos como otros planteamientos son ciertamente interesantes. Cfr. en SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 34 y ss. distintas de las propuestas realizadas en uno y otro sentido.

juntamente con ésta, una medida de seguridad en atención al peligro de comisión de futuros delitos que representa, sin que la duración de la misma esté limitada a la gravedad del ilícito penal cometido. Así, las medidas de seguridad se presentan como un medio adecuado para superar las limitaciones de la pena, para hacer frente a finalidades preventivo-especiales¹¹⁷⁸.

Contra a la postura acabada de indicar, se encuentran aquellos que consideran que no es posible la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad, lo que se ha venido a denominar como nuevo monismo. Según estos autores sólo es posible la imposición de medidas de seguridad a los sujetos declarados inimputables que además sean considerados peligrosos. Solo frente a los sujetos declarados semi-imputables será posible la imposición conjunta de penas y medidas aunque ambas deberán ejecutarse de acuerdo con el sistema de ejecución vicarial y con preferencia a la ejecución de las medidas de seguridad¹¹⁷⁹.

Se expone seguidamente la argumentación empleada para llegar a la anterior conclusión. Por un lado, cada vez más se está produciendo un proceso de acercamiento de contenidos entre las penas y las medidas de seguridad¹¹⁸⁰, hasta el punto de que ya no es posible argumentar que ambas consecuencias penales persiguen finalidades distintas. Así, las penas se aproximan a las medidas de seguridad en cuanto a las finalidades perseguidas se refiere, y las medidas de seguridad a las penas en tanto se pretende dotar a éstas de las mismas garantías que las penas¹¹⁸¹. Ante esta afirmación podría objetarse que aunque las finalidades entre unas y otras sean semejantes, su incidencia es

¹¹⁷⁸ En este sentido, FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, op. cit., p. 15; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 44; GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 435; CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*, op. cit., p. 38.

¹¹⁷⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., pp. 130-132; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARAN M., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 54-55.

¹¹⁸⁰ En este sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., pp. 130-132.

¹¹⁸¹ Buena muestra de ello se encuentra en el propio derecho positivo. Por una parte, tanto la Constitución española como el Código Penal o la Ley General Penitenciaria establecen preceptos donde se infiere una marcada tendencia a la finalidad preventivo-especial de las penas, sobre todo en lo que a su régimen de ejecución se refiere. Por otra parte, el Código Penal traslada a las medidas de seguridad una serie de garantías tradicionalmente referidas a las penas.

distinta¹¹⁸². No obstante, ello no es una cualidad que diferencie unas de otras, sino que el distinto grado de incidencia de una u otra finalidad puede encontrarse en el propio seno de las penas o de las medidas de seguridad tanto en su configuración en abstracto como, sobre todo, en su aplicación práctica¹¹⁸³. Más, si como indica QUINTERO OLIVARES, lo que se busca es el castigo adecuado al sujeto y al hecho cometido que satisfaga las necesidades de la sociedad de no quedar indiferente ante aquel sujeto, no aparecen diferencias sustanciales entre la pena y la medida¹¹⁸⁴.

Por otro lado, el propio concepto de peligrosidad genera altas dosis de inseguridad. Si para la imposición de una medida de seguridad es necesario determinar la peligrosidad del sujeto, entendida ésta como probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro¹¹⁸⁵, debería ser posible que ésta se determinara de manera certera para con ello poder fundamentar su imposición. No obstante, ello no es posible en la mayoría de los supuestos, pues la fiabilidad predictiva de los distintos métodos existentes es muy limitada¹¹⁸⁶. Esto es, aunque sí que existen algunos métodos predictivos que determinan con alta fiabilidad aquellos que no reincidirán, el porcentaje de acierto en relación con aquellos que sí reincidirán es realmente bajo, lo que significa que se estaría considerando peligrosos a un elevado número de sujetos que en realidad no van a reincidir¹¹⁸⁷. Puesto que el fundamento de las medidas, dicen, no es el hecho cometido

¹¹⁸² Cfr. en SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 29.

¹¹⁸³ Así, piénsese en relación con las penas, en el régimen de suspensión o sustitución de penas, o en la potestad judicial de establecer la concreta pena en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho cometido (*ex art. 66.1.6^a CP*) y la flexibilidad del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad. En relación con las medidas, todas persiguen una finalidad preventivo-especial como general. La finalidad preventivo-general se refuerza aún más en las medidas privativas de libertad o en determinadas medidas que contempla la libertad vigilada como la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez establezca o la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial.

¹¹⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 133.

¹¹⁸⁵ Así, art. 95.2 CP.

¹¹⁸⁶ Así, MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, op. cit., pp. 15-18 y 52, quien además señala los problemas que presentan los distintos métodos predictivos. Igualmente, vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 96-102; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 133; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARAN M., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 54.

¹¹⁸⁷ Vid., MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, op. cit., pp. 27-43.

sino la peligrosidad criminal que presenta un determinado sujeto, si no es posible su determinación con suficiente certeza no será aceptable la imposición de una medida de seguridad. Justamente esta dificultad para poder realizar un pronóstico de peligrosidad certero queda reflejada en el quehacer de los tribunales españoles. En este sentido, éstos han desvirtuado el juicio de peligrosidad hasta tal punto que éste ha sido reducido sobre la base del delito ya cometido¹¹⁸⁸ y al padecimiento de una enfermedad mental¹¹⁸⁹.

Así, si por un lado las finalidades de las penas cada día se acercan más a las de las medidas, hasta el punto que no es posible diferenciar sus finalidades, rodeándose de cada vez más a las medidas y las medidas cada día están más rodeadas de las garantías propias de las penas y, por otro lado, es realmente complicado poder determinar con altas probabilidades la peligrosidad criminal de un concreto sujeto, no debería ser posible la imposición conjunta de unas y otras sanciones.

Llegados a este punto, de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores del nuevo monismo, si frente a sujetos declarados imputables peligrosos (o profesionales o habituales) no es posible la acumulación de medidas de seguridad a la pena y sólo es posible su imposición como sustitutivas (inimputables) o vicariales (semi-imputables) tiene sentido plantearse, como así lo hace QUINTERO, si no sería mejor eliminar la

¹¹⁸⁸ De esta opinión QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 133.

¹¹⁸⁹ Así, vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 67/2013, que en su fundamento jurídico cuarto indica: “En el presente supuesto, la peligrosidad del acusado, Leonardo ha quedado evidenciada, por un lado, a partir *de la naturaleza y entidad del delito cometido*, y de modo especial, en las concretas circunstancias, - de extraordinaria gravedad -, que han sido puestas de manifiesto en su comisión tal como se desprende de los hechos que han sido declarados probados. Asimismo, y, por otro lado, tal peligrosidad del acusado, resulta *de sus concretas características personales*, determinadas por una alteración mental denominada Esquizofrenia paranoide, destacándose por los Médicos Forenses que han examinado al acusado en orden a la determinación de su imputabilidad, la cronicidad de dicho trastorno, así como la persistencia de un núcleo delirante, que precisa tratamiento continuo de por vida, de todo lo cual puede deducirse razonablemente y sin vulneración de sus derechos, a la vista de los informes psiquiátricos forenses que parten del historial que presenta el acusado, un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Véase como la sentencia considera que el pronóstico de peligrosidad se infiere por el hecho de padecer esquizofrenia y por la gravedad del delito cometido (un delito de asesinato). Igualmente, la SAP de Barcelona (sección 3ª) 245/2013, de 15 de marzo, impone la medida internamiento a un sujeto declarado inimputable por padecer esquizofrenia, sin decretar nada sobre la peligrosidad criminal del concreto individuo que se juzga. Es más, por lo que parece de la argumentación de la sentencia (FJ 5) su imposición es debida exclusivamente, a parte de la comisión de un delito, a la enfermedad mental que padece al indica que: “Así las cosas, solamente un internamiento en centro cerrado puede proporcionar el seguimiento y cuidados precisos que la acusada requiere para la enfermedad que padece [...]”.

distinción entre penas y medidas. En todo caso se impondrá una reacción penal que deberá ser individualizada y adecuada a las características del sujeto y nunca podrá rebasar el límite del castigo asignado al delito de que se trate¹¹⁹⁰.

Planteadas las distintas posturas dogmáticas acerca del medio para hacer frente a la peligrosidad criminal que presenta un sujeto que ha cometido un hecho delictivo, parece razonable, en mi opinión, tener en cuenta la peligrosidad que presenta un sujeto imputable en el momento de dictar sentencia. No obstante, dadas las incertidumbres alrededor del concepto y del pronóstico de peligrosidad no parece que sea acertado que la peligrosidad pueda tenerse en cuenta a la hora de incrementar el rigor punitivo, más cuando ello se hace respecto de un sujeto imputable frente a quien ya se ha impuesto una pena proporcional a la gravedad del hecho cometido. Por ello considero que no debe añadirse a la pena impuesta una medida de seguridad con el argumento de que la pena no puede colmar las exigencias preventivo-especiales derivadas del “riesgo” de comisión de futuros delitos cuando además la pena ya debe responder también a dicha finalidad preventivo-especial. Ello no quiere decir que dentro de los límites ofrecidos por el hecho cometido, en el momento de determinar la concreta pena a imponer o con la finalidad de modular la ejecución de la pena impuesta, no pueda tenerse en cuenta tanto la gravedad del delito cometido, cuanto las circunstancias personales del autor y el riesgo de comisión de futuros delitos.

Una vez introducido el problema sobre si el derecho penal, o más concretamente el derecho de penas y medidas, debe tener en consideración la peligrosidad criminal que presenta un determinado sujeto y, de ser así, como debe articularse dicha consideración, vamos a realizar una breve alusión a los instrumentos legales que han existido en los últimos tiempos en España para hacer frente a los sujetos imputables considerados peligrosos antes de la introducción de la libertad vigilada, que será estudiada posteriormente con detalle. Igualmente, se hará una breve referencia tanto a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores como a la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del

¹¹⁹⁰ Cfr. en QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., pp. 134-135 la postura defendida por el propio autor.

principio de reconocimiento mutuo de sentencias o resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas en tanto que en ambos instrumentos legales se hace referencia explícita al vocablo libertad vigilada.

II. Antecedentes legislativos en el derecho positivo español.

1. Los antecedentes más remotos.

Ya el Código Penal de 1822 preveía determinadas sanciones marcadas por su finalidad preventivo-especial¹¹⁹¹. Entre las penas no corporales (art. 28 CP 1822) se regulaba la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades que consistía en la obligación de dar cuenta del lugar donde vivía el condenado y su modo de vida a las autoridades locales y de presentarse ante el Juez en los plazos que se estableciera quien, además, podía exigirle fianza de buena conducta. La sujeción a la vigilancia especial de las autoridades estaba evidentemente¹¹⁹² configurada como una pena que podía ser impuesta como pena principal o complementaria a la previa ejecución de una pena privativa de libertad¹¹⁹³. Con posterioridad, con el Código Penal de 1848, juntamente con la manutención de la vigilancia especial¹¹⁹⁴ se introdujo la posibilidad de agravar la pena en aquellos casos en

¹¹⁹¹ En este sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, Madrid, 1981, p. 37; ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., pp. 122-123.

¹¹⁹² Pues aún no se habían planteado las medidas de seguridad.

¹¹⁹³ Vid., a modo de ejemplo, el art. 229 CP 1928 que castiga a quien propagare doctrinas contrarias a la religión católica a pena de reclusión de uno a tres años y a un año de vigilancia especial o el art. 636 que castiga con dos años de vigilancia especial de las autoridades a quien decida voluntariamente no consumar (desistimiento voluntario) un delito de asesinato por medio de envenenamiento.

¹¹⁹⁴ Cfr. en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, op. cit., pp. 197-198; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, núm. 7386, 2010, p. 1506.

que se comprobase que el sujeto condenado era reincidente o se tenía la sospecha de que había cometido otros delitos¹¹⁹⁵.

A diferencia de los anteriores Códigos aprobados durante el siglo XIX, donde sólo se contemplaba la posibilidad de imponer penas frente a la comisión de delitos, el Código Penal de 1928 supuso un cambio de tendencia¹¹⁹⁶. Por primera vez se establecía la posibilidad de imponer, juntamente y con carácter acumulativo a las penas¹¹⁹⁷, medidas de seguridad que se fundamentaban en la peligrosidad criminal que presentaba un sujeto que, habiendo cometido un delito, fuera declarado inimputable o vago, o también respecto de determinados sujetos a los que se les atribuía una peligrosidad criminal grave, como podían ser los delincuentes habituales o incorregibles¹¹⁹⁸. Entre las distintas medidas de seguridad, se introdujo la vigilancia de la autoridad como medida de seguridad¹¹⁹⁹.

2. La ley de Vagos y Maleantes y su sustituta, la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Con la proclamación de la II República, el 15 de abril de 1931 se decretó la anulación del Código Penal de 1928. Consiguientemente, se aprobó en 1932 un nuevo Código Penal en el que no se introduciría medida de seguridad alguna. A pesar de ello, sí que se estableció la agravante de reincidencia¹²⁰⁰ que permitía, a diferencia del resto de circunstancias agravantes que sólo permitían imponer la pena en su grado superior,

¹¹⁹⁵ Vid. ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., pp. 123-124.

¹¹⁹⁶ En este sentido, vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 142; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1506.

¹¹⁹⁷ Cfr. art. 71 CP 1928.

¹¹⁹⁸ En este sentido, vid. LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, op. cit., p. 268.

¹¹⁹⁹ LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, op. cit., p. 267.

¹²⁰⁰ Cfr. art. 10.14^a CP 1932. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf>

imponer la pena superior en toda su extensión a la establecida por el delito que se tratare¹²⁰¹.

Tan sólo al cabo de un año se aprobó la ley de Vagos y Maleantes¹²⁰², de 4 de agosto de 1933¹²⁰³. La citada ley permitía la posibilidad de imponer tanto medidas de seguridad postdelictuales como predelictuales a sujetos considerados peligrosos. Así, por un lado, era posible imponer medidas de seguridad postdelictuales¹²⁰⁴ a los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos que fuera presumible la habitualidad criminal así como a los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador hubiera hecho declaración expresa sobre la peligrosidad del sujeto¹²⁰⁵. Por otro lado, las medidas de seguridad predelictuales podían imponerse frente a determinados sujetos aun sin haber cometido con anterioridad ningún delito. Entre otros, dentro de los sujetos a quienes se les podía imponer medidas de seguridad, se encontraban los vagos habituales, los proxenetas, los mendigos profesionales, los alcohólicos o toxicómanos habituales o los que tuvieran un trato asiduo con delincuentes¹²⁰⁶. Además, en ambos casos, puesto que nada se decía sobre la necesidad de que la peligrosidad debía de ser por la comisión de futuros delitos debe entenderse que para su imposición era suficiente que se constase la concurrencia de peligrosidad social.

Entre las medidas aplicables a todos estos sujetos se encontraba el internado en un establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas, el internado en un establecimiento de custodia, el aislamiento curativo en casas de templanza, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, la obligación de declarar su domicilio o de residir

¹²⁰¹ Cfr. art. 67.6ª CP 1932 que textualmente establece: “6ª. Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo, salvo en el caso en que concurra la agravante decimocuarta del artículo 10 en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen convincente”.

¹²⁰² Vid. un análisis exhaustivo tanto de la ley de Vagos y Maleantes como de la posterior ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, op. cit, *passim*.

¹²⁰³ Disponible en La Gaceta de Madrid, de 5 de agosto de 1933.

¹²⁰⁴ Cfr. art. 3 de la ley de Vagos y Maleantes.

¹²⁰⁵ Para la determinación del estado de peligrosidad el art. 9 de la ley de Vagos y Maleantes establecía que se debía de considerar el hecho, los antecedentes penales del reo, los motivos del acto ejecutado y las circunstancias del delito.

¹²⁰⁶ Cfr. el listado completo de sujetos en el art. 2 de la citada ley.

en un lugar determinado, la prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe, la sumisión a la vigilancia de la autoridad, la multa o la incautación y pérdida de dinero o efectos¹²⁰⁷. De entre estas, cabe destacar la sumisión a la vigilancia de la autoridad ejercida por los delegados especiales nombrados por el Gobierno, de carácter tutelar y de protección y consistente en la obligación por parte de los delegados de proporcionar, en todo lo posible, trabajo a los sujetos que tenían en custodia¹²⁰⁸. Esta medida estaba desarrollada en el Reglamento para la aplicación de la ley de Vagos y Maleantes, de 3 de mayo de 1935, hasta tal punto que incrementaba las obligaciones establecidas en la misma Ley. Así, en su arts. 46 y 47 se establecía que el sometido debía quedar sometido al cuidado y a la inspección más minuciosa de toda su vida y de sus métodos de trabajo ejercidos por parte del delegado que la autoridad judicial designara, hasta tal punto que se debía recabar información sobre las costumbres, hábitos e inclinaciones morales del sometido, debía enseñarle las buenas costumbres y, entre otras, advertirle de las personas que debía tratar socialmente.

La ley además establecía, en su art. 6, cuáles eran las medidas de seguridad a imponer en relación con cada estado de peligrosidad. Así, por ejemplo, frente a los vagos habituales debía imponerse, sucesivamente, el internamiento en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola, la obligación de indicar su domicilio o de residir en un determinado lugar y la sumisión a la vigilancia de delegados. En todos los casos en que se preveía la imposición de la sumisión a la vigilancia de la autoridad se preveía igualmente la imposición de la prohibición de residir en un determinado lugar o la obligación de informar sobre su domicilio o de residir en un determinado lugar¹²⁰⁹.

Las medidas de seguridad impuestas se iniciaban una vez dictada sentencia, excepto cuando se imponían frente a sujetos condenados por la comisión de un delito, pues en estos casos su inicio se suspendía hasta el efectivo cumplimiento de las penas impuestas por los delitos. En este último supuesto, las penas impuestas debían además cumplirse en régimen cerrado sin la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ Cfr. art. 4 de la citada ley.

¹²⁰⁸ Art. 4.7ª de la ley de Vagos y Maleantes.

¹²⁰⁹ Cfr. arts. 6.1º a 6.4º y 6.6º a 6.8º de la Ley de Vagos y Maleantes.

¹²¹⁰ Cfr. art. 7 de la citada ley.

Aunque con algunas modificaciones, la ley de Vagos y Maleantes estuvo vigente durante casi todo el régimen franquista. No fue hasta 1970 cuando se tomó la decisión de aprobar una nueva ley con la finalidad de adaptar la de 1933 a los nuevos tiempos. Así, el 4 de agosto de 1970, se aprobó la Ley 16/1970, de peligrosidad y rehabilitación social. A través de ésta se mantiene la posibilidad de imponer tanto medidas predelictuales como postdelictuales. Las primeras se imponían igualmente a determinados sujetos (vagos habituales, proxenetas, homosexuales, los que ejercieran la prostitución, mendigos habituales, alcohólicos y toxicómanos, los que promovieran o realizaran tráfico de drogas o fomentaran su consumo, los que se comportaren de modo insolente, brutal o cínico con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o cosas, los integrantes de pandillas con predisposición delictiva, los menores de veintiún años moralmente pervertidos, etc. – cuando se apreciase en ellos una peligrosidad social¹²¹¹. Las segundas se imponían a aquellos que hubieran sido condenados por tres o más delitos previa declaración de su peligrosidad social¹²¹².

La nueva ley también amplió el listado de las medidas de seguridad aplicables, de acuerdo con la ampliación de los estados de peligrosidad. A pesar de ello, se mantuvo la regulación de la medida de sumisión a la vigilancia de los delegados tanto en lo relativo a su contenido como al hecho que su imposición se estableciera para la gran mayoría de estados peligrosos. Juntamente con la regulación establecida en la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en 1971 se aprobó el Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, para la aplicación de la citada ley. En dicho reglamento se establecía que el sujeto quedaba sometido a la vigilancia del delegado que el Juez designare y podía, al igual que en la ley de 1933, recabar determinada información del sujeto afectado. Asimismo, el reglamento otorgaba determinadas facultades al Juez. En concreto, el Juez podía requerir la presencia personal del sometido a la medida, solicitar que le informase sobre su forma de vida, sus ocupaciones y su relación con el delegado, así como la posibilidad

¹²¹¹ Vid. art. 2 de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

¹²¹² Cr. art. 4 de la citada ley.

de imponer condiciones más restrictivas cuando la evolución del sujeto no fuera favorable¹²¹³.

A pesar de la ampliación del catálogo de medidas y de la voluntad, según la Exposición de motivos, de “reintegración de los hombres y de las mujeres que, voluntariamente o no hayan podido quedar marginados de una vida ordenada y normal”¹²¹⁴, la realidad es que, tal como sucedió con la anterior normativa republicana¹²¹⁵, nunca se crearon centros de custodia especializados y los sujetos sometidos a las medidas terminaban siendo internados en centros penitenciarios ordinarios¹²¹⁶.

Aunque con algunas reformas durante su vigencia¹²¹⁷, la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que a través de Disposición Derogatoria única derogó tanto la ley como el reglamento para la aplicación de la ley de Peligrosidad social¹²¹⁸. Frente a esta situación, además, la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social convivía con la posibilidad de imposición de medidas de seguridad, regidas por el sistema vicarial para supuestos de sujetos semi-

¹²¹³ Vid. arts. 50 y ss. de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

¹²¹⁴ Citado literalmente del apartado novena de la exposición de motivos de la ley de Peligrosidad.

¹²¹⁵ Cfr. SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 20; BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, op. cit., p. 45, quien, citando a RULL, indica: “Al acordarse el internamiento, medidas casi única que puede aplicarse, se entregan los sancionados [...] y van a parar a establecimientos penitenciarios, principalmente a Córdoba; prácticamente se convierte en una segunda condena de privación de libertad que viene a agravar la que se impuso por el Código Penal, o a convertirse en una pena no prevista por la Ley”. En el mismo sentido, vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., p. 144, quien indica que debido a la carencia de establecimientos y de personal idóneos para ejecutar las medidas previstas en la ley provocó que los Tribunales fueran reacios a la imposición de las medidas derivadas de la misma.

¹²¹⁶ En este sentido, vid. ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., p. 125.

¹²¹⁷ La más importante, la formulada para su adaptación a la Constitución española, la Ley 77/1978, de 26 de diciembre.

¹²¹⁸ Cfr. en MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad ¿Requiem por la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?”, en *Diario la Ley*, vol. 1, 1991, pp. 1142-1154, quienes consideran que aunque formalmente no fue derogada hasta la entrada en vigor del CP 95, la misma, a partir de las SSTC 23/1986, de 14 de febrero, y 21/1987, de 19 de febrero, no puede ser aplicada por vulneración del principio *non bis in idem* al aplicarse medidas postdelictivas y el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al imponerse medidas predelictivas.

imputables, por la aplicación del Código Penal a partir de la reforma operada por la LO 8/1983, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

3. El Código Penal de 1995 y las reformas de 2003.

Aunque durante los primeros años de la democracia española se produjeron distintos intentos de aprobación de un nuevo Código Penal, no fue hasta 1995 cuando a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuando se aprueba el nuevo Código Penal. Aunque en algunos de los proyectos elaborados durante los años 80 se posibilitaba la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a imputables peligrosos¹²¹⁹, ya en el borrador de Anteproyecto de 1990 y en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 – antecedentes prelegislativos del actual Código – se eliminó tal posibilidad. Así, finalmente el Código Penal de 1995 optó por la imposición de penas frente a los imputables y de medidas para los inimputables, siendo únicamente posible la imposición conjunta de ambas frente a los sujetos declarados semi-imputables con un régimen de ejecución preferente de las medidas y de acuerdo con el sistema vicarial.

A pesar de la adopción de un sistema prácticamente monista¹²²⁰, el fenómeno del delincuente imputable peligroso no fue obviado completamente¹²²¹. Así, el texto original del CP 1995 tomaba en consideración a este tipo de sujetos tanto en la fase de imposición como en la fase de ejecución de la pena de prisión. Por un lado, preveía en el art. 22.8º CP la circunstancia agravante de reincidencia. Por otro lado, durante la fase de ejecución de la pena de prisión, el Código tenía en consideración dicha peligrosidad

¹²¹⁹ Así, tanto el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se establecía la posibilidad de imponer medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos, el profesional y el habitual en delito culposo o de riesgo cometido con vehículo de motor. Vid., ampliamente, en BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, op. cit., pp. 152-155.

¹²²⁰ Vid. supra, apartado primero de este capítulo, sobre la discusión existente en la doctrina sobre dualismo o monismo.

¹²²¹ Cfr. en ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., pp. 127-128. En un sentido similar pero crítico con el modo de reaccionar frente a estos sujetos por el CP 95, vid. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, op. cit., pp. 217-218.

criminal de los sujetos imputables para acordar la suspensión de las penas privativas de libertad¹²²², de tal modo que la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años de duración frente a sujetos primarios dependerá de la peligrosidad del sujeto en cuestión. Asimismo, la peligrosidad criminal de un sujeto también se tuvo en cuenta a la hora de regular el supuesto de ejecución de la pena derivada del concurso real de delitos¹²²³ o para acordar la obtención de la libertad condicional de un sujeto que está cumpliendo una pena de prisión¹²²⁴.

Frente a la situación del Código Penal en su regulación inicial, en el 2003 se produjeron una serie de reformas que incrementaron tanto la dureza de las sanciones como la rigidez de la ejecución de las penas frente a aquellos delincuentes considerados peligrosos. La primera reforma, introducida por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, introduce dos medidas que afectan a la ejecución de las penas y donde se tiene en cuenta el riesgo de reincidencia del sujeto en cuestión. La primera introduce un periodo de seguridad consistente en limitar el acceso al tercer grado en aquellos casos en que se imponga una pena de prisión de duración superior a los cinco años. Este periodo de seguridad solo podrá ser ignorado en aquellos casos en que se produzca un pronóstico individualizado favorable de reinserción social en el que se valora tanto las circunstancias personales del reo como la evolución del tratamiento reeducación. La segunda, establece unos determinados supuestos en que la regla establecida en el art. 78 CP, relativa a la ejecución de la pena en caso de concurso de delitos, debe de aplicarse en todo caso y solo, como sucede con el periodo de seguridad, si existe un pronóstico favorable de reinserción podrá tenerse en cuenta, para el cálculo del momento en que puede obtenerse beneficios penitenciarios, la pena efectivamente impuesta. La segunda de las

¹²²² Vid. art. 80.1 CP 95 en su versión original: “Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”.

¹²²³ Cfr. art. 78(2) CP 95 en su versión original: “En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

¹²²⁴ Vid. art. 90.1.3ª CP 95 en su versión original: “Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes”.

reformas que aquí interesan es la operada a través de la LO 11/2003¹²²⁵. A través de ésta se introduce la institución de la multirreincidencia de tal modo que aquellos sujetos que cometan un delito y que con anterioridad hubieran sido condenados, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título, siempre que sean de la misma naturaleza, podrá aplicarse la pena superior en grado a la prevista por el delito cometido¹²²⁶.

4. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor y a la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo.

Juntamente con los antecedentes legislativos anteriormente expuestos en el Derecho penal español, debe hacerse una mención a dos instrumentos legislativos: la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) y a la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias o resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

Comenzando por el primero de ellos, la LORPM prevé entre las distintas medidas aplicables a los menores infractores la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada¹²²⁷ (art. 7.h LORPM)¹²²⁸. Con todas las advertencias posibles, pues no es una pena ni tampoco una medida de seguridad y se impone a menores de edad, sí que puede ser interesante hacer una breve referencia a su regulación y al modo de ejecución dado que, materialmente, es posible que haya sido tomada en cuenta para la introducción de la

¹²²⁵ Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

¹²²⁶ vid. art. 66.1.5ª CP.

¹²²⁷ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, op. cit., p. 171, quien indica que la medida de libertad vigilada ha estado presente en las legislaciones de menores desde muy antiguo.

¹²²⁸ Ampliamente sobre la medida de libertad vigilada regulada en la LORPM, MONTERO HERNANZ, T., “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, *passim*.

libertad vigilada en el Derecho penal de adultos¹²²⁹. Ésta, tal como indica la exposición de motivos, consiste en someter al menor a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado con la finalidad de que éste adquiriera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. En concreto, la medida de libertad vigilada consiste en seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida¹²³⁰. Para ello, el Juez de acuerdo con el programa de intervención elaborado por parte de la entidad pública o el profesional que esté a cargo de su seguimiento¹²³¹ podrá imponer determinadas medidas socio-educativas. Junto a este tipo de medidas, el menor también estará obligado a mantener con el profesional asignado tantas entrevistas como así se establezca en el programa de intervención y a cumplir, si así lo estima el Juez, algunas de las siguientes reglas de conducta: la obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello, la obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares, la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos, la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa, la obligación de residir en un lugar determinado, la obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas, así como cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. A diferencia de la medida de seguridad de libertad vigilada establecida en el

¹²²⁹ En este mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 166.

¹²³⁰ Vid. art. 7.h LORPM

¹²³¹ Cfr. art. 18 RD 1744/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que se detalla en que consiste y que debe contener dicho programa.

Derecho penal de adultos, se prevé la figura de un responsable de la ejecución de la medida el cual es vital para el buen funcionamiento de la misma¹²³².

La libertad vigilada puede ser impuesta como medida principal, como fase de ejecución de una medida de internamiento, acumulativa a una medida de internamiento en determinados supuestos, como control de la suspensión y como medida cautelar.

En el primer caso, la libertad vigilada no podrá tener una duración superior a los dos años si su imposición es como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado como delito en el Derecho penal de adultos (art. 9.3 LORPM) y seis meses si está tipificado como falta (art. 9.1 LORPM).

En el segundo caso, la libertad vigilada forma parte de la propia medida de internamiento, de tal modo que se configura como una forma de ejecución de la medida privativa de libertad que debe ejecutarse obligatoriamente (art. 7.2 LORPM). Trasladando la figura al CP podría decirse que la libertad vigilada es la libertad condicional de la medida de internamiento, pues forma parte de la medida principal y se ejecuta dentro del periodo de duración de ésta¹²³³.

En el tercer caso, la medida de libertad vigilada, a diferencia del supuesto anterior, su ejecución se acumula a la del internamiento de tal manera que finalizada la duración de la medida de internamiento se dará inicio a una medida de libertad vigilada con una duración máxima de hasta 5 años. En concreto, la libertad vigilada se acumulará al internamiento cuando se cometa un delito de extrema gravedad¹²³⁴ y cuando se cometa un delito de homicidio, asesinato, violación, agresión sexual agravada, delitos de

¹²³² En este sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 168; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. / FEIJOO SÁNCHEZ, B / POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 147.

¹²³³ En este mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 166; CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 116.

¹²³⁴ A los efectos de determinar la extrema gravedad, se entenderán siempre los supuestos en los que se apreciara reincidencia tal como se indica en el art. 10.1.b) *in fine* LORPM.

terrorismo o cualesquiera otros que estén castigados con una pena de prisión de 15 años o más¹²³⁵.

En el tercer caso, la libertad vigilada puede ser impuesta como condición de la suspensión del fallo (art. 40 LORPM). En la resolución que acuerde la suspensión, junto con las condiciones de imposición preceptiva¹²³⁶, es posible la imposición de una medida de libertad vigilada. En este caso, la medida actúa como condición suspensiva y por tanto sólo debería imponerse cuando exista un riesgo de que no respete las otras dos condiciones preceptivas.

Finalmente, en el cuarto caso, la libertad vigilada puede ser impuesta como medida cautelar (art. 28 LORPM).

Por otro lado, se encuentra el otro instrumento legislativo anteriormente mencionado: la Decisión Marco (DM) 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias o resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas¹²³⁷. La libertad vigilada que se prevé en la DM señalada puede generar un alto grado de confusión, pues coincide en la denominación de la medida de seguridad aplicable a determinados sujetos imputables introducida por la LO 5/2010: la medida de seguridad de libertad vigilada. Como ya ha señalado la doctrina, la causa de dicha confusión entre una y otra figura es debido a la traducción española de la DM. A diferencia de otros países, lo que en inglés se llamaba “*probation decisions*” se tradujo en “libertad vigilada” en vez de “decisiones de sometimiento a prueba”¹²³⁸. La confusión, además, se incrementó por el hecho de que, en el momento en que se aprobó y tradujo la DM estaba en curso un Anteproyecto de reforma del Código Penal que

¹²³⁵ Vid. art. 10.1.b) y 10.2 LORPM.

¹²³⁶ No serle aplicada medida en sentencia firme o no ser condenado en sentencia firme por la comisión de un delito (si mayor de edad) y asumir el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

¹²³⁷ Ampliamente, sobre la DM 2008/947/JAI, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., pp. 68-76.

¹²³⁸ En este sentido, vid. SANZ MORÁN, A. J., “Reflexiones en torno a la idea de «libertad vigilada»”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 294-295.

contemplaba la libertad vigilada como pena accesoria y que, como ahora se indicará, nada tiene que ver una con la otra. Así, la resolución de libertad vigilada establecida en la DM no se refiere a la pena accesoria (contemplada en el Anteproyecto mencionado) o a la medida de seguridad de ejecución posterior a una pena de prisión vigente en el Derecho penal español sino que lo hace a la sentencia o resolución firme de un órgano judicial que conceda la libertad condicional o que imponga medidas de libertad vigilada¹²³⁹ entendiendo éstas últimas como las obligaciones o instrucciones impuestas en relación con una pena suspendida, una pena sustituida o una libertad condicional¹²⁴⁰. Se refiere a los instrumentos de control de un sujeto a quien se le ha suspendido o sustituido una pena privativa de libertad o está cumpliendo en régimen de libertad condicional la última parte de una pena de prisión lo que en principio nada tiene que ver con la medida de seguridad de libertad vigilada establecida en el actual art. 96.3.3ª CP.

III. La libertad vigilada.

1. Antecedentes prelegislativos.

Realizado un breve análisis de los antecedentes legislativos en el Derecho penal español referentes a las sanciones aplicables a los delincuentes imputables peligrosos, y en concreto en relación con la libertad vigilada en los anteriores Códigos Penales españoles y en el Derecho penal juvenil, es el momento de entrar de lleno en el análisis de la medida de seguridad de libertad vigilada aprobada por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

Para ello se realizará un estudio de los antecedentes prelegislativos que han precedido la introducción de la medida desde el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006 hasta el mismo Proyecto de reforma del CP de 2009 que culminó con la definitiva regulación de la libertad vigilada en junio de 2010.

¹²³⁹ Vid. art. 2.5) DM 2008/947/JAI.

¹²⁴⁰ Art. 2.7) DM 2008/947/JAI.

1.1. La regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006.

La institución de la libertad vigilada aparece por primera vez en el Anteproyecto de reforma del Código Penal (APCP) de 2006. Ésta se configura como una pena privativa de derechos (art. 39.j) APCP¹²⁴¹) y es clasificada como una pena menos grave (art. 33.3.n) APCP). Esta nueva pena, según el art. 48.4 APCP, obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización, lo que, tal como apunta el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe al Anteproyecto de 2006, no es más que exigir la mera comunicación al tribunal o al servicio correspondiente de cuál va a ser el lugar en el que residirá mientras cumple condena y, en todo caso, de los desplazamientos que se produzcan en este tiempo¹²⁴². Además, no se establece el lugar en que debería realizarse dicha comunicación o cuál debe ser la duración mínima y máxima de la pena de libertad vigilada. Así, puesto que su definición se enmarca en el art. 48 APCP, junto con las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o la prohibición de aproximarse a la víctima, su duración debería haberse establecido en un nuevo apartado del art. 40 CP. A pesar de ello, el APCP sólo establece su duración en el art. 33.3 ACPC, cuando se refiere a su duración como pena menos grave con un lapso de tiempo entre 6 meses y 1 año. Además de que parece excesivo considerar como pena menos grave la libertad vigilada de 6 meses a 1 año, pues seguramente se ajustaría mejor a la calificación de leve, el hecho de que sólo se configure como pena menos grave no justifica, al menos por razones sistemáticas, no establecer cuál es su duración en la sección 3ª, relativa a las penas privativas de derechos¹²⁴³.

¹²⁴¹ Para facilitar la localización de los respectivos artículos del Anteproyecto al Código penal se indican los artículos que pretende reformar y no el que corresponde con él que en este caso correspondería con el art. único apartado séptimo.

¹²⁴² Vid. informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 3 de noviembre de 2006, p. 62.

¹²⁴³ En este mismo sentido, Vid. informe del CGPJ al Anteproyecto, p. 63.

Definido el concepto y duración de la pena de libertad vigilada, el Anteproyecto pretende que la misma opere como pena sustitutiva de la pena de prisión o como pena de ejecución sucesiva a una pena privativa de libertad.

Así, en relación con el primer supuesto, el APCP modifica el art. 88 CP en el sentido de modificar el listado de penas que pueden actuar como sustitutivas de la prisión. Entre éstas se incluye la pena de libertad vigilada. El Anteproyecto además elimina el sistema de conversión entre la pena de prisión y las penas sustitutivas y fija sólo la duración máxima que pueden tener éstas, dejando al arbitrio judicial la concreta duración de las mismas. Sin embargo, nada dice sobre la duración máxima cuando la pena sustitutiva sea la libertad vigilada, luego deberá entenderse que será la de un año, pues es la máxima permitida por la ley con carácter general. Esta posibilidad ha sido criticada duramente por el CGPJ, pues a diferencia del resto de penas sustitutivas, la sustitución de una pena de prisión de hasta dos años de duración por una pena de libertad vigilada de hasta un año de duración implica la volatilización de la respuesta penal¹²⁴⁴. Más, la sustitución de la prisión por la libertad vigilada podría incluso devenir menos gravosa incluso que la concesión del instituto de la suspensión condicional¹²⁴⁵.

En relación con el segundo supuesto, la libertad vigilada se establece como una de las medidas que pueden imponerse a los reos reincidentes y habituales¹²⁴⁶ (art. 94.3 APCP¹²⁴⁷). En concreto, frente a aquellos sujetos declarados reincidentes¹²⁴⁸ o

¹²⁴⁴ Contrariamente a la opinión del CGPJ, vid. MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORAN, Á., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 106.

¹²⁴⁵ Cfr. en art. 83.1 CP que establece las obligaciones que pueden imponerse con la suspensión de una pena privativa de libertad, entre las que se encuentran la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, la prohibición de ausentarse, sin autorización judicial, del lugar donde se resida o, entre otras, la de comparecer personalmente donde el Juez señale.

¹²⁴⁶ Crítico con esta posibilidad y, en general, con el tratamiento de los delincuentes reincidentes y habituales, vid., entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORAN, Á., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008

¹²⁴⁷ Art. 94.3 APCP: Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas:

habituales¹²⁴⁹, los Jueces deberán imponer alguna de las medidas que se indican en el pretendido apartado tercero del art. 94 del CP. Entre ellas, se encuentra la restricción del acceso al tercer grado y de la libertad condicional, el sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo, la libertad vigilada por un periodo máximo de dos años una vez finalizada la condena y la expulsión del territorio español finalizada igualmente la condena. Sin entrar a valorar el resto de las opciones que introduce el prelegislador, sí que es preciso señalar que en relación con la primera y la segunda se sigue la línea marcada por la LO 7/2003¹²⁵⁰ en tanto que se pretende, por un lado, ampliar el periodo de seguridad regulado en el art. 36 CP a los delincuentes reincidentes y habituales y, por otro, se instaura un sistema de cumplimiento (casi) íntegro de la pena para los mismos, al no permitirse la posibilidad de concederles la libertad condicional hasta una vez cumplidas cuatro quintas partes de la condena impuesta. Es también importante destacar cual es la naturaleza de la tercera de las medidas de posible imposición: el sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo. Puesto que no se configura como una pena y parece que aquí no se está ante ninguna regla de conducta¹²⁵¹, pues su ejecución es posterior al cumplimiento de la pena impuesta¹²⁵², sólo puede encuadrarse como medida de seguridad que sí que se preveía en el entonces

1ª. Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

2ª. Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta.

3ª. El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años.

4ª. Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.

5ª. Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código.

¹²⁴⁸ Son reos reincidentes aquellos a quienes se les aplique la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8ª CP).

¹²⁴⁹ Son considerados reos habituales (art. 94.5 APCP 2006) aquellos que al delinquir hayan sido ejecutoriamente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años. No debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. La habitualidad podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia.”

¹²⁵⁰ En este sentido, ROBLES PLANAS, R., ““Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., p. 13; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 23.

¹²⁵¹ En caso que así fuera, sí que podría tratarse de una regla de conducta tal como se puede imponer como condición en las penas sustituidas o suspendidas y junto con la libertad condicional (vid. arts. 83.1, 88.1 y 90.2 CP vigente antes de 2014).

¹²⁵² Aunque, al no indicarse expresamente en el Proyecto, también podría plantearse que su ejecución se produjera durante el cumplimiento de la pena.

vigente art. 96.3.12^a CP¹²⁵³. Ello, por tanto, debe considerarse como el primer intento de introducir una medida de seguridad acumulativa a una pena a un sujeto plenamente imputable.

Finalmente, la libertad vigilada tal como está configurada en el Anteproyecto 2006 presenta algunos inconvenientes que es aconsejable apuntar. En primer lugar y común al resto de medidas de posible imposición a los reos reincidentes y habituales, no queda suficiente claro en qué momento se debe acordar la pena de libertad vigilada. Literalmente el art. 94.3 APCP dice: “Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas:” con lo cual no queda nada claro sobre si debe imponer en sentencia o no. Más, el 94.3.4^a APCP indica: “Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años”, lo que todavía genera más confusión, pues según la literalidad del Anteproyecto parece que la libertad vigilada deba imponerse una vez cumplida la condena. Si ello es así, su imposición vulneraría el principio de *non bis in idem*¹²⁵⁴. No es posible castigar nuevamente a un sujeto que, como el propio Anteproyecto indica, ya ha cumplido con su condena. En todo caso, la pena de libertad vigilada se debería imponer en sentencia, juntamente con la pena principal (en la mayoría de los casos la pena de prisión¹²⁵⁵) y ejecutarse una vez cumplida ésta, de modo que formaría parte de la condena impuesta.

En segundo lugar, se presenta el problema de su duración. A diferencia de lo establecido en el art. 33.3 APCP, donde se establece una duración máxima de un año, cuando el texto prelegislativo se refiere a la libertad vigilada de ejecución posterior a otra pena se indica que su duración será de hasta dos años. Es difícil poder justificar dicho límite. Sólo en el caso que el prelegislador hubiera establecido la duración en términos generales de la libertad vigilada en el art. 40 CP hubiera sido posible que en relación

¹²⁵³ En este sentido, al cual me adhiero, ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., p. 13. Vid., también, GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 125-126.

¹²⁵⁴ En este mismo sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Recrim*, 2009, pp. 300-301. Disponible en <http://www.uv.es/recrim>

¹²⁵⁵ Es difícil contemplar la posibilidad de que se imponga otra pena distinta a la prisión a los sujetos reincidentes y menos aún a los habituales.

con los sujetos reincidentes y habituales se estableciera una duración superior, pues así lo prevé el propio art. 40.5 CP¹²⁵⁶.

En tercer lugar, aunque no es propiamente un inconveniente, sino una consecuencia de la política legislativa del propio Anteproyecto, al final la libertad vigilada actúa como una forma de libertad condicional aplazada. De hecho, si junto con ésta se acuerda la prohibición de acceder a la libertad condicional hasta cumplidas cuatro quintas partes de la pena de prisión, el tiempo que el sujeto estará en régimen de libertad condicional será tan reducido que la libertad vigilada actuará en su lugar.

1.2. El Proyecto de reforma de Código Penal de 2007.

Finalmente, el 15 de enero de 2007, el Gobierno aprobó el Proyecto de reforma del Código Penal en el que, por lo que aquí interesa, se produjeron pocos cambios respecto del Anteproyecto de 2006. En concreto, se introdujeron dos modificaciones. La primera, en relación con el instituto de la sustitución de la pena de prisión, donde se introdujeron los límites mínimos y máximos de las penas sustitutivas que por lo que a la pena de libertad vigilada se refiere, éstos se establecieron en 6 meses y 1 año, respectivamente. La segunda y más importante, se adicionó en el art. 96.3. 12ª Proyecto CP 2007 como una nueva medida de seguridad no privativa de libertad la libertad vigilada.

Esta segunda modificación era ciertamente relevante, pues a diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto, ahora se configuraba la libertad vigilada como pena y como medida de seguridad. Aunque nada se diga, con ello se procuraba adaptar el Proyecto a las exigencias del CGPJ que, en su informe al Anteproyecto, indicó que la libertad vigilada cuando era impuesta frente a sujetos declarados reincidentes o habituales debía configurarse como una medida de seguridad y no como pena¹²⁵⁷. No obstante, de la redacción del Proyecto tampoco se esclarecía cual era la naturaleza de la libertad

¹²⁵⁶ Cfr. art. 40 CP: “La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código”.

¹²⁵⁷ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto 2006, p. 67.

vigilada cuando se aplicaba a sujetos reincidentes o habituales¹²⁵⁸, pues el Proyecto no modificó la redacción del art. 94.3.4ª, de tal modo que continuaba indicado que: “Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años”. Sí por el contrario, modificó el art. 94.3 en el sentido de clarificar que el momento idóneo para acordar las medidas que se consideraren debía ser en sentencia. La importancia de que la libertad vigilada sea considerada una pena o una medida de seguridad reside, principalmente, en el diferente régimen de ejecución entre unas y otras. Esta incertidumbre provocó opiniones dispares respecto de la naturaleza de la libertad vigilada impuesta a sujetos reincidentes y habituales. Frente a esta situación, algunos autores consideraron que era una medida de seguridad en tanto se imponía a sujetos que ya habían cumplido su condena y la duración de la misma no coincidía con la establecida en el art. 33.3 Proyecto CP 2007¹²⁵⁹. Además, cumplida la condena la finalidad de la libertad vigilada sólo podía ir dirigida a hacer frente a la peligrosidad del delincuente reincidente o habitual¹²⁶⁰. En mi opinión, es difícil poder determinar cuál era la naturaleza de la libertad vigilada para reincidentes o habituales tal como se configuró en el Proyecto. Sin embargo, considero que los argumentos para considerar que era configurada como medida de seguridad no son válidos. En primer lugar, el prelegislador yerra cuando indica que cumplida la “condena”, debe decretarse la libertad vigilada, pues una vez cumplida la condena no es posible decretar una nueva sanción

¹²⁵⁸ Sí, por el contrario, cuando actuaba como pena sustitutoria, pues el propio art. 88 Proyecto CP indicaba que: “[...] podrán sustituir [...] las penas de prisión que no excedan de dos años, por alguna de las siguientes [...]” (penas).

¹²⁵⁹ En este sentido, vid. ROBLES PLANAS, R., ““Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., pp. 13-14; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., pp. 303-304; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 127; 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 ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 140; ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, op. cit., p. 131. Contrariamente a esta opinión, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 146; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS, F. / KURY, H. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RAÚL ZAFFARONI E. (Dirs.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 1356.

¹²⁶⁰ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 304.

penal so pena de infringir el principio *non bis in idem*¹²⁶¹. Es más, la libertad vigilada debía imponerse en sentencia, por lo que no podía decretarse tras cumplirse la condena, y sólo el inicio de su ejecución se suspendía hasta el cumplimiento de lo que el Proyecto llama condena y que en verdad es una pena. En segundo lugar, aunque el Proyecto, a diferencia del Anteproyecto, considerase la libertad vigilada también como medida de seguridad, esto no significa nada más que el Proyecto introdujo una nueva medida de seguridad no privativa de libertad. Más aun, el proyectado art. 94.3 obligada al Juez a imponer alguna – aquella que considerase – de las medidas indicadas, sin someter su imposición a criterios de peligrosidad criminal. En todo caso, para poder afirmar que su naturaleza era de medida de seguridad, hubiera sido necesario que el art. 94.3 del Proyecto se remitiera a los requisitos del art. 95.1 CP y que además se hubiera reformado el art. 105 CP. Junto a ello, tampoco parece válida la deducción realizada a partir del hecho de que en este supuesto se establecía una duración de hasta dos años y que ello era un signo más de su naturaleza de medida de seguridad. Esto podría tener sentido si la proyectada reforma de 2007, junto con establecer en el 96.3 la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad, hubiera pretendido reformar el art. 105 del entonces vigente Código para indicar la duración máxima de la medida de libertad vigilada y que ésta estuviera fijada, al menos, en dos años. Finalmente, aunque sí que es cierto que las medidas de seguridad tienen una finalidad primordialmente preventivo-especial, también es cierto que la misma no es exclusiva de las medidas. Además, si se analiza el contenido de la libertad vigilada tal como estaba configurada en el Proyecto de 2007, es difícil poder defender que la finalidad de la misma sea preventivo-especial. De hecho, tal como indica el CGPJ la libertad vigilada es inhábil para lograr ningún fin útil, ni desde un punto de vista preventivo-general ni preventivo-especial¹²⁶². Al final, que la libertad vigilada tenga naturaleza de pena o de medida de seguridad es una opción político-criminal que corresponde al legislador. Pero si lo que pretendía era introducirla como medida de seguridad hubiera debido realizar las reformas necesarias y no sólo introducirla en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad. Otra opción hubiera sido configurar la libertad vigilada aplicable

¹²⁶¹ De hecho, cumplida la condena se extingue la responsabilidad penal (*ex art. 130.1.2º CP*), luego no es posible imponer una nueva sanción penal aunque ello se pretenda justificar por el distinto fundamento entre penas y medidas de seguridad.

¹²⁶² Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, pp. 62-63.

a los sujetos declarados reincidentes o habituales como pena accesoria, de modo que ésta se ejecutaría simultáneamente con la pena de prisión y su duración se podría extender por un tiempo de hasta dos años¹²⁶³.

En otro orden de cosas, es preciso mencionar que el prelegislador ignoró por completo lo que tanto el CGPJ en el Informe al APCP como la doctrina¹²⁶⁴ consideraban esencial. Esto es, que junto con dotar de contenido material a la libertad vigilada se introdujera la figura del agente o delegado de libertad vigilada responsable del control del sujeto sometido a la pena.

1.3. El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008.

Decaído el Proyecto de 2007, entre otros posibles motivos¹²⁶⁵, por el fin de la VIII Legislatura, el nuevo gobierno socialista surgido de las elecciones de 2008 aprobó un nuevo Anteproyecto de reforma del CP, de 14 de noviembre de 2008, en el que se insistió en la necesidad de introducir una sanción dirigida a restringir la libertad de los sujetos imputables una vez han cumplida la pena de prisión impuesta.

No obstante, contrariamente a la configuración de la libertad vigilada como una pena y como medida de seguridad en el Anteproyecto de 2006 y el Proyecto de 2007, el Anteproyecto de 2008 configura la libertad vigilada como una pena accesoria de imposición conjunta con una pena privativa de libertad frente a determinados delincuentes. En este caso, la Exposición de motivos del Anteproyecto pone especial énfasis en la necesidad de introducir esta nueva pena accesoria. Su introducción se

¹²⁶³ En este mismo sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., pp. 300-301; 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?”, op. cit., pp. 135 y ss.

¹²⁶⁴ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313.

¹²⁶⁵ Existentes por cierto, pues sino no se explicaría que finalmente se aprobara una reforma del Código Penal para modificar los delitos contra la seguridad vial a través de otro proyecto legislativo cuando ya estaba incluidos en el analizado Proyecto de 2007.

justifica por el hecho de que en determinadas ocasiones la pena privativa de libertad no logra responder a los fines preventivo-especiales que tiene encomendados. Circunstancia, dice la Exposición de motivos, que es sumamente grave “en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento, de modo que se hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”.

La diferencia respecto a la anterior propuesta legislativa es notoria. La libertad vigilada en el Anteproyecto y Proyecto de 2006 y 2007 respectivamente, pretendía actuar de dos modos distintos: como pena sustitutiva de la prisión y como pena (o medida de seguridad, según se entienda) añadida a una pena privativa de libertad frente a todo sujeto declarado reincidente o habitual. En cambio, el Anteproyecto de 2008 la configura como una pena accesoria con un contenido mucho más amplio, de imposición obligatoria y dirigida únicamente a dos tipologías delictivas: los delincuentes sexuales y los terroristas. El hecho de que solamente se imponga a estas dos tipologías delictivas parece, sin necesidad de entrar en el texto articulado del Anteproyecto, más que criticable. La justificación del prelegislador frente a ello es que en estos casos la pena de prisión no tiene prácticamente efectos preventivo-especiales, al considerar que los sujetos que cometen este tipo de delitos ponen de relieve una especial peligrosidad y que la posibilidad de tratamiento es muy difícil. La realidad, no obstante, no es tal. No todos los delitos considerados de carácter sexual¹²⁶⁶ y terrorista que el Anteproyecto pone en la misma baza tienen la misma gravedad así como tampoco sus características criminológicas dentro de cada mismo grupo son las mismas¹²⁶⁷. Además, frente a los casos más extremos – que son seguramente en los que está pensando el prelegislador – la pena impuesta tiene tal entidad que el hecho de incorporar a la pena otra pena de libertad vigilada con la duración que se planteó implica, de facto, la imposición de una condena perpetua. Junto a ello, existen estudios que avalan que la reincidencia de

¹²⁶⁶ Piénsese, por ejemplo, en lo dispares que son un delito de violación con un delito de tenencia de pornografía infantil o de prostitución.

¹²⁶⁷ Piénsese incluso en el victimario que agrede sexualmente con utilización de violencia a mujeres adultas con el progenitor que abusa sexualmente de su hijo.

sujetos condenados por delitos sexuales es mucho más baja que la reincidencia media delictiva. Así, un estudio del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada llega a la conclusión que sólo un 5,8% del total de condenados por delitos sexuales reincide en la comisión de nuevos delitos sexuales¹²⁶⁸. Luego, si la reincidencia por la comisión de delitos sexuales parece que no es elevada y, además, en aquellos centros penitenciarios donde se realiza un tratamiento específico frente a éstos parece que dicho tratamiento funciona¹²⁶⁹, no se comprende cómo el prelegislador puede justificar la creación de una nueva pena accesoria. Muy a mi pesar, la justificación real no es tal sino que más bien se debe a factores externos que nada tienen que ver con la realidad criminal y criminológica de estas tipológicas delictivas¹²⁷⁰. Concretamente, en mi opinión este cambio de tendencia es explicado por el proceso de *agenda setting* analizado en el primer capítulo de este trabajo, donde además se explican algunos de los diversos acontecimientos que influenciaron en el cambio de regulación de la libertad vigilada.

El texto prelegislativo regula la libertad vigilada como una pena accesoria privativa de derechos (art. 39.k y 49 bis.1 APCP) APCP 2008) con una duración de uno a veinte años (art. 40.5 APCP 2008). Según su duración puede ser considerada como pena menos grave, cuando sea de uno hasta cinco años (art. 33.3.1) APCP 2008), o, grave, cuando su duración sea superior a cinco años (art. 33.2.j) APCP 2008).

Su definición está contemplada en el art. 49 bis APCP 2008 que literalmente, en su apartado primero, indica: “La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial

¹²⁶⁸ Vid. supra en el Capítulo relativo a las medidas existentes en Estados Unidos donde se describe la realidad criminológica de los delincuentes sexuales en ese país (Capítulo II apartado II.2.6). En relación con la realidad catalana, vid. VVAA, *Delitos sexuales y reincidencia*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2009, pág. 60. Disponible electrónicamente en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf

¹²⁶⁹ Vid., en relación con las prisiones catalanas, REDONDO ILLESCAS, S., “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006. También, citando estudios realizados en otros países, CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 8, 2010, p. 18.

¹²⁷⁰ En este mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 149, quien indica que “[...]el verdadero fundamento no era otro que la alarma social que despiertan los actos realizados por determinados delincuentes y que su fin es incrementar el castigo [...]”.

durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el JVP determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad”.

Como se deduce de la literalidad del precepto, la libertad vigilada, al menos formalmente, tiene la consideración de pena accesoria y consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas. La libertad vigilada deberá imponerse en sentencia por el tiempo que estime el Juez o Tribunal según sea el tipo y la gravedad del delito cometido. Como pena accesoria debe imponerse junto con una pena privativa de libertad (de hecho, de prisión). No obstante, la ejecución de la misma no se iniciará hasta el cumplimiento de la pena principal, momento en el que el JVP, y no el sentenciador, concretará el contenido de la libertad vigilada. Esto es, determinará que obligaciones, de las legalmente de posible imposición, van a ejecutarse.

Como tal pena accesoria, en principio, la libertad vigilada debería estar sometida a las reglas generales de aplicación de las mismas¹²⁷¹. Por el contrario, el prelegislador optó por la creación de unas reglas específicas para su aplicación. Así, el art. 57 bis.1 del Anteproyecto legislativo¹²⁷² regula los supuestos de imposición de la libertad vigilada de modo que la misma puede ser impuesta, junto con una pena principal privativa de

¹²⁷¹ Vid. arts. 54 a 57 CP.

¹²⁷² Art. 57 bis:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

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

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

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

libertad, en dos supuestos. El primero, cuando el autor¹²⁷³ haya sido condenado por un delito contra la libertad e indemnidad sexual. El segundo, cuando haya sido condenado por un delito de terrorismo¹²⁷⁴ y ello conlleve una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo habiéndose apreciado, en al menos uno de ellos, la agravante de reincidencia. El hecho es que, según la redacción del texto prelegislativo, cuando se acredite alguno de los dos supuestos el Juez deberá, en todo caso, imponer la libertad vigilada.

Se plantea asimismo, si junto con la libertad vigilada es posible la imposición, si fuera el caso, de otras penas accesorias. En concreto, de entre las aplicables a los delincuentes condenados por la comisión de un delito contra la integridad e indemnidad sexual, según el art. 57 CP. A este respecto, el CGPJ en su Informe al Anteproyecto considera que no es posible la imposición conjunta de las penas accesorias establecidas en el art. 57 y la libertad vigilada, pues en caso contrario se infringiría el principio *non bis in idem*. Más cuando, como se verá, algunas de las obligaciones establecidas en la libertad vigilada coinciden plenamente con otras de las penas a que se refiere el art. 57 CP, de tal modo que el Juez tendrá, dice el CGPJ, “la razonable opción de someter los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales al régimen más inflexible, pero más breve y de cumplimiento simultáneo, del artículo 57, o bien al de la libertad vigilada del artículo 57 bis”¹²⁷⁵. Personalmente, creo que esta opción alternativa que plantea el CGPJ no es posible, pues el art. 57 bis del Anteproyecto es meridianamente claro en este aspecto; la libertad vigilada es de obligatoria imposición en los dos supuestos mencionados en el mismo precepto. Más aun, de la propia redacción del art. 57 bis.1¹²⁷⁶ nada impide la imposición conjunta de la pena accesoria de libertad vigilada junto con otras penas accesorias. Otra cosa es que el JVP, en el momento de determinar las concretas

¹²⁷³ Nótese, como ha subrayado BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 307, que, a diferencia del Anteproyecto de 2006, sólo es posible su imposición al autor y no a los cómplices del delito.

¹²⁷⁴ En concreto, por alguno de los delitos establecidos en la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Código Penal.

¹²⁷⁵ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 18 de febrero de 2009, pp. 36-37. En el mismo sentido, vid. DURÁN SECO, I., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, en *La Ley Penal*, núm. 63, 2009, p. 36; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, p. 167.

¹²⁷⁶ Art. 57 bis.1: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores [...]”.

obligaciones a imponer a un sujeto deba de tener en cuenta si le han sido impuestas otras penas accesorias y, consecuentemente, no imponer aquellas obligaciones que puedan coincidir con el contenido de otras penas accesorias que le fueron impuestas en sentencia o en caso contrario incurriría, ahora sí, en una vulneración del principio *non bis in idem*.

La duración en abstracto de la libertad vigilada dependerá básicamente de la gravedad del delito cometido. Así, el apartado segundo del proyectado art. 57 bis establece que la libertad vigilada tendrá una duración de diez a veinte años en caso que el delito fuera grave y, una duración entre uno y diez años si el delito fuera menos grave. Junto al asombroso aumento de duración respecto del Anteproyecto de 2006, en que la libertad vigilada tenía una duración máxima de dos años¹²⁷⁷, deben observarse dos cuestiones que a continuación se indican. La primera de ellas consiste en que la duración de la libertad vigilada establecida en este art. 57 bis no se adecua con la duración establecida en el art. 33.2 y 33.3 APCP 2008 según la pena sea considerada grave o menos grave. En mi opinión, hubiera tenido más sentido que frente a delitos menos graves se hubiera establecido una duración de la pena accesoria de libertad vigilada acorde con el delito cometido; esto es, de una duración entre uno y cinco años. La segunda de estas cuestiones tiene que ver con que se produce una colisión entre el límite máximo de la duración de la libertad vigilada cuando es considerada pena menos grave con el límite mínimo de la duración cuando es considerada grave.

Junto a ello, se prevén algunos supuestos de agravación de la pena de libertad vigilada en que debe imponerse en su mitad superior. Los supuestos son: la reincidencia, la habitualidad, la pluralidad de delitos o la extrema gravedad. De los distintos supuestos, todos, excepto la reincidencia, presentan deficiencias en su definición. Respecto a la habitualidad, aunque está definida en el art. 94 CP, la misma solo es aplicable para el instituto de la sustitución de la pena de prisión con lo que no es posible su translación, luego se debería haber modificado el art. 94 para hacer una referencia a la libertad

¹²⁷⁷ Vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008, p. 22, quien duda que el establecimiento de una duración de hasta veinte años respete el principio de proporcionalidad punitiva, aunque más adelante acaba justificando tal duración en tanto que la pena puede ser extinguida anticipadamente.

vigilada. Asimismo, la referencia genérica a la pluralidad de delitos puede generar una gran disparidad de criterios de modo que sería necesario determinar el número concreto¹²⁷⁸. Igualmente, tampoco existe ningún concepto legal de extrema gravedad, término utilizado por ejemplo como circunstancia agravante en los delitos de tráfico de drogas que jurisprudencialmente ha sido determinado pero que tampoco puede ser trasladado al supuesto que nos ocupa. Finalmente, aunque la reincidencia sí que está perfectamente delimitada en el CP, en un determinado supuesto no podrá tenerse en cuenta para agravar la pena de la libertad vigilada so pena de infringir el principio *non bis in idem*¹²⁷⁹. A saber, en los delitos de terrorismo, la libertad vigilada debe imponerse cuando se cometa un delito castigado con una pena igual o superior a los diez años o cuando se cometan dos o más delitos que, a pesar de no ser castigados con tales penas, sí que se aprecia la agravante de reincidencia en alguno de ellos. Luego, si la reincidencia ha sido tomada en cuenta para la imposición de la libertad vigilada, no puede volver a valorarse para imponer la misma pena en su mitad superior. Es más, si la agravante de reincidencia ya ha sido tomada en cuenta para agravar la pena de prisión a imponer no debía siquiera ser tomada en cuenta para la imposición de la pena accesoria de libertad vigilada.

Como se ha avanzado más arriba, la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el apartado segundo del proyectado art. 49 bis, que se reproduce:

“Art. 49 bis.2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) la de estar siempre localizable.
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca.
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

¹²⁷⁸ Vid., en relación con la indeterminación de la habitualidad y la pluralidad de delitos, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 4 de febrero de 2009, pp. 47-48.

¹²⁷⁹ En este sentido, vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto 20008, cit., pp. 46-47.

- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
- h) la de no residir en determinados lugares.
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) la de seguir tratamiento médico externo”.

De la lectura de las distintas obligaciones contenidas en la libertad vigilada se plantean una serie de cuestiones, unas generales a todas ellas y otras respecto de alguna de las obligaciones en concreto. Con carácter general, algunas de las obligaciones que conforman la libertad vigilada están previstas a su vez como penas privativas de derechos. En concreto, las obligaciones consistentes en la prohibición de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior, la de no acudir a determinados lugares o establecimientos y la de no residir en determinados lugares coinciden plenamente con las penas privativas de derechos contenidas en el art. 39 letra f), g) y h) CP. Ello implica que, como se ha advertido anteriormente, si se considera que es posible la imposición conjunta de la pena accesoria de libertad vigilada con otras accesorias, de acuerdo con el art. 57 CP, y puesto que el contenido de la libertad vigilada no se concretará hasta cumplida la pena “principal”, el JVP, en el momento de su concreción, deberá tener en cuenta si le han sido impuestas otras penas accesorias y, de ser así, no podrá imponer como obligaciones aquellas que le fueron impuesta como penas accesorias en sentencia condenatoria. Asimismo, en la Exposición de motivos del texto prelegislativo se indicaba que la finalidad primordial de la libertad vigilada era de carácter preventivo-especial a través de la corrección del sujeto condenado a la misma¹²⁸⁰. Sin embargo, las obligaciones establecidas tienen un carácter básicamente asegurativo¹²⁸¹, pudiendo sólo considerarse correctivas dos, a

¹²⁸⁰ Cfr. la Exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del CP, p. 3 y en concreto cuando textualmente se indica que “de esta forma, se dará en la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo”.

¹²⁸¹ En este mismo sentido, vid. ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, op.

saber: la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la de seguir tratamiento médico externo. Además, de estas dos tan sólo la de participar en programas formativos u otros similares puede considerarse de obligado cumplimiento¹²⁸².

Juntamente con las advertencias generales sobre las obligaciones establecidas, algunas de ellas presentan, como ha advertido el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto¹²⁸³, algunas deficiencias técnicas. Así, por ejemplo, en relación con la obligación de estar siempre localizable, no se precisa cómo o por quién debe realizarse el control. Aunque en el apartado tercero del art. 49 bis se indica que “para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo”, tampoco solventa el cómo, pues el uso o no de medios electrónicos lo determinará el juez sentenciador y no el JVP por lo que si el juez sentenciador no dice nada sobre su uso y en fase de ejecución se acuerda imponer esta condición no podrá hacerse uso de dichos medios¹²⁸⁴. También, en relación con las obligaciones establecidas en las letras b) y c), de presentación periódica en el lugar que se establezca y de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo, debería establecerse con que periodicidad el penado debe presentarse donde se le

cit., p. 133, quien indica que excepto en las obligaciones de participar en programas formativos o en la de seguir tratamiento médico externo, en la mayoría de las obligaciones que dan contenido a la libertad vigilada parecen responder predominantemente a consideraciones asegurativas. Igualmente, vid. MUÑOZ CONDE, F., “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, en *Revista Penal*, núm. 24, 2009, p. 117; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 49; UNCILLA GALÁN, I., “La pena accesoria de libertad vigilada”, en CASANUEVA SANZ, I., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 108 y 113.

¹²⁸² Vid infra en el apartado correspondiente al incumplimiento de la libertad vigilada.

¹²⁸³ Vid., ampliamente sobre las diversas obligaciones contenidas, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto 20008, cit., pp. 35-36. También, entre otros, LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal: una respuesta de carácter preventivo frente a los delincuentes sexuales graves”, en *Diario La Ley*, núm. 7318, 2010, p. 1721, quien refleja la inconcreción de algunas de las obligaciones establecidas en la libertad vigilada.

¹²⁸⁴ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 311, quien critica que el uso de medios electrónicos se acuerde por el tribunal sentenciador en lugar del JVP que es el encargado de controlar la ejecución de la pena.

indique y a quién deben comunicarse los cambios de residencia y del lugar de trabajo¹²⁸⁵.

Impuesta la pena accesoria y establecida su duración por parte del Juez o Tribunal sentenciador, durante la fase de ejecución el JVP, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones que se imponen al condenado (art. 49 bis.4 APCP 2008). El Anteproyecto no perfila un procedimiento para ello, más que indicar que se oirá al Ministerio Fiscal¹²⁸⁶. Tampoco concreta si las obligaciones se concretarán durante la fase de ejecución de la pena privativa de libertad o de la accesoria de libertad vigilada. Lo lógico sería que ello se hiciera antes de dar inicio a la libertad vigilada o de lo contrario se daría inicio a la misma vacía de contenido. Otra de las peculiaridades de la pena accesoria de libertad vigilada, respecto del resto de penas accesorias, es que iniciada su ejecución el encargado de controlar su cumplimiento será el JVP quien tiene la facultad de poder modificar las obligaciones impuestas, reducir la duración de la libertad vigilada e incluso, si en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de la ejecución, dejarla sin efecto (art. 49 bis.5)¹²⁸⁷. A pesar de la plasmación en el Anteproyecto de la posibilidad de revisión de la duración de la mencionada pena, no se prevé un procedimiento concreto para ello, tampoco quien tiene la facultad de instar dicho procedimiento y cada cuando el JVP debe revisar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena¹²⁸⁸.

¹²⁸⁵ El Consejo Fiscal añade que debería establecerse también quién es el responsable de señalar el lugar de presentación. Sin embargo, si el responsable de su imposición es el JVP, parece que también será éste quien concretará dicho extremo.

¹²⁸⁶ Nótese, como reflejó el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto, p. 37, que no se exige dar audiencia al condenado lo cual parecería primordial, pues las obligaciones que finalmente se concreten afectaran directamente a su modo de vida lo cual, a su vez, puede ser perjudicial para la finalidad correctiva que se presume que tiene la libertad vigilada. Crítico con el hecho de no preverse dar audiencia al penado, UNCILLA GALÁN, I., “La pena accesoria de libertad vigilada”, op. cit., p. 112.

¹²⁸⁷ Vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008, p. 33.

¹²⁸⁸ Cfr. Informe CGPJ al Anteproyecto CP 2008, p. 42, quien además indica que la fijación de los plazos de revisión es una condición constitucionalmente imprescindible para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. En el mismo sentido, vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto 2008, pp. 37-38.

Como se deduce de la Exposición de motivos, el fundamento para la imposición de la libertad vigilada es la peligrosidad criminal¹²⁸⁹. A pesar de ello, la peligrosidad no es necesario que sea acreditada, pues como se ha mencionado más arriba, el art. 57 bis.1 APCP 2008 establece una presunción *iuris et de iure* de la misma en el momento de su imposición. Sin embargo, sí que durante su ejecución se hace pivotar la duración de la libertad vigilada en función del pronóstico positivo de reinserción. Esto es, dependiendo de la persistencia de un estado de peligrosidad en el sujeto en cuestión. Es por ello que desaparecida tal circunstancia la libertad vigilada deberá en todo caso dejarse sin efecto¹²⁹⁰. Es criticable, además, el hecho de que no se haya previsto ningún procedimiento a través del que, antes de dar inicio a la libertad vigilada, se confirme que el concreto sujeto presenta una peligrosidad criminal, pues de no ser así ya no debería darse inicio a su ejecución por carecer de fundamento¹²⁹¹.

Algo que ya fue criticado en el Anteproyecto de 2006 por parte del Consejo General del Poder Judicial¹²⁹² y que el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 no rectifica es la omisión de la previsión de la figura del asistente o agente de libertad vigilada al estilo del previsto para la vigilancia de conducta en el Código Penal alemán¹²⁹³ quien ejercería funciones de control del penado y de información y asesoramiento al JVP¹²⁹⁴.

¹²⁸⁹ Cfr. en la Exposición de motivos del Anteproyecto CP 2008, p. 2: “Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”. En el mismo sentido y citando también la opinión del CGPJ, cfr. ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, op. cit., p. 134.

¹²⁹⁰ En este mismo sentido, vid. Informe CGPJ al Anteproyecto 2008, p. 47.

¹²⁹¹ De la misma opinión, aunque en un contexto distinto, vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 308.

¹²⁹² Circunstancia que ha vuelto a ser criticada por el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, pp. 42-43.

¹²⁹³ Cfr. § 68a StGB. Asimismo, vid. supra sobre la regulación de la vigilancia de conducta en el derecho penal alemán.

¹²⁹⁴ En el mismo sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313; MAGRO SERVET, V., “La figura del

Otro problema que puede plantearse derivado de la regulación relativa a la ejecución de la pena accesoria de libertad vigilada una vez cumplida la pena privativa de libertad es el relativo a la falta de una previsión normativa que asegure la evitación de disfunciones entre el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión y el cumplimiento de la libertad vigilada, de modo que la libertad vigilada no consistiera en una limitación de derechos más gravosa que la padecida durante el cumplimiento de la última fase de la pena de prisión en régimen de libertad condicional¹²⁹⁵. Ahora bien, puesto que para que un sujeto sea puesto en régimen de libertad condicional se exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (ex art. 90.1.c) CP), en aquellos casos en que el reo hubiera cumplido el último tramo de la pena de prisión en dicho régimen, según la lógica de la libertad vigilada, no debería ser posible la ejecución de la misma¹²⁹⁶. Sin embargo, debido a que el prelegislador no ha considerado esta opción; a saber, dejar sin efecto la medida antes de su ejecución, en estos casos, ello sólo podría realizarse una vez iniciada su ejecución. Consecuentemente, según el CGPJ, la libertad vigilada sólo debería aplicarse en aquellos casos en que el sujeto ha cumplido íntegramente la pena de prisión en régimen de privación de libertad¹²⁹⁷.

En caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas con ocasión de la libertad vigilada, el JVP, a la vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, puede: modificar las obligaciones impuestas o deducir testimonio para proceder por el delito de quebrantamiento de condena. Como puede verse, el quebrantamiento de la libertad vigilada no se regula con suficiente claridad. Que se diga que el hecho de optar por una u otra opción dependerá de las circunstancias concurrentes es como no decir

agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario la Ley*, núm. 7074, 2008, *passim*; DURÁN SECO, I., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, op. cit., pp. 36-37.

¹²⁹⁵ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, p. 40; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 310. También, aunque refiriéndose al Proyecto de reforma de 2009, NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793/2010, pp. 5-6.

¹²⁹⁶ En este sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 310.

¹²⁹⁷ De esta misma opinión, MUÑOZ CONDE, F., “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, op. cit., p. 116.

nada. Hubiera sido más acertado que el prelegislador hubiera concretado qué circunstancias pueden provocar que se opte por deducir testimonio por el delito de quebrantamiento de condena del 468.2 CP¹²⁹⁸. La falta de concreción en los criterios para determinar una u otra consecuencia derivada del incumplimiento¹²⁹⁹ es difícilmente aceptable, pues supone una vulneración del principio de proporcionalidad y el de no discriminación. Junto con ello, tampoco se prevé que es lo que ocurre con la libertad vigilada cuando, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, se condena al sujeto por el delito de quebrantamiento. Esto es, si la pena de libertad vigilada queda suspendida durante el tiempo que permanecerá en prisión o por el contrario, una vez puesto en libertad, su duración debe empezar de nuevo a contarse o su ejecución continua vigente durante el cumplimiento de la condena por quebrantamiento¹³⁰⁰. Finalmente, debe advertirse que en todo caso, el hecho de hacer caso omiso a la obligación de someterse a tratamiento médico (art. 49 bis en su apartado segundo) nunca podrá implicar incumplimiento de la libertad vigilada, pues de lo contrario se estaría vulnerando la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, y el derecho a la dignidad humana recogido en el art. 10.1 CE. Una solución frente a esta situación podría ser que en caso de “incumplimiento” ésta se sustituyera por otra o que, aun mejor, se tuviera en cuenta al reo en el momento de determinar las obligaciones a imponer. Lo que no parece un resultado adecuado es la solución adoptada en Francia o Alemania, por ejemplo, donde se impone una pena de prisión por el incumplimiento de la misma (art. 131-36-4 CP francés) o una duración más extensa en el segundo.

Como último punto a tratar sobre la regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto de reforma es la falta de previsión específica en relación con el instituto de la prescripción. Tal como refleja el CGPJ en su Informe consultivo, el régimen previsto para la prescripción de las penas accesorias es del todo inadecuado para la

¹²⁹⁸ Una opción, a mi opinión, acertada es por la que finalmente optó surgió a raíz de la reforma de 2010 plasmada en el actual art. 106.4 CP. Cfr. de otra opinión, aunque en la misma línea, Informe del CGPJ al Anteproyecto CP 2008, pp. 44-45.

¹²⁹⁹ Téngase en cuenta que la diferencia está en la modificación de las obligaciones en un caso y la condena por un delito castigado con penas de seis meses a un año de prisión.

¹³⁰⁰ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 310; Informe CGPJ al Anteproyecto CP 2008, p.44.

libertad vigilada. Así, según el art. 133 CP – en su redacción vigente en 2008 – la libertad vigilada prescribe a los 10 o 5 años, según sea grave o menos grave respectivamente. Luego, si el *dies a quo* de prescripción de las penas (art. 134 CP) es la fecha de la sentencia firme, en aquellos casos en que la pena privativa de libertad a imponer sea superior a diez años, esto llevará a que la libertad vigilada en el momento del inicio de su ejecución ya esté prescrita. Como solución, el CGPJ, considera que es necesaria la introducción de una regla como la aplicable a las medidas de seguridad de ejecución posterior a una pena (art. 135.3 CP).

Analizada la regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, se plantea una cuestión básica. Aunque el prelegislador optara por otorgar naturaleza de pena accesoria a la libertad vigilada difícilmente puede justificarse¹³⁰¹. A diferencia del resto de penas accesorias, la ejecución de la libertad vigilada no es simultánea a la de la pena principal, sino que su inicio se demora hasta la finalización de ésta última. Incluso en el caso de las penas accesorias del art. 57, aunque su duración se extiende a la de la principal, su inicio es simultáneo a la de la pena de prisión. Además, a diferencia del resto de penas accesorias en que su duración se vincula a la de la pena principal, la libertad vigilada no lo hace, sino que se remite a la calificación del delito como grave o menos grave. Finalmente, a diferencia del resto de penas accesorias, la libertad vigilada tiene un régimen completamente autónomo de ejecución, mucho más parecido al de las medidas de seguridad. En realidad es una pena acumulativa a la pena de prisión, por lo que debería haberse previsto expresamente en aquellos delitos en que el prelegislador considerase necesaria y adecuada su imposición¹³⁰². Sin intención de entrar en el debate sobre cuál debería ser su naturaleza, pues, en mi opinión no considero que sea vital, sí que es cierto que la configuración otorgada en el Anteproyecto es del todo defectuosa. Más fácil hubiera sido seguir el régimen establecido en el art. 57 CP, de tal modo que el inicio de la libertad vigilada se

¹³⁰¹ En este sentido, aunque cada uno con sus propios argumentos, vid. Informe CGPJ al Anteproyecto CP 2008, pp.36-37; Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008, pp. 29-31; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 309; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal: una respuesta de carácter preventivo frente a los delincuentes sexuales graves”, op. cit., p. 1720.

¹³⁰² Así, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008, p. 31.

produciría con el de la pena de prisión y su duración se extendería por el tiempo que se considerare oportuno¹³⁰³. O, de considerarse que en todo caso debía de tener la naturaleza de medida de seguridad, adoptar, como finalmente sucedió, la configuración dada por la LO 5/2010, de reforma del Código Penal¹³⁰⁴.

Con el cambio de tendencia del Anteproyecto de 2008, se desperdició la oportunidad de mejorar la regulación de la libertad vigilada propuesta en el Anteproyecto 2006 y el Proyecto de 2007. Se ha pasado de una sanción que pretendía, con mejor o menor fortuna, hacer frente a los delincuentes imputables peligrosos a otra que sólo hace frente a dos tipologías delictivas: los terroristas y a los delincuentes sexuales, a quienes se les considera peligrosos. El hecho de incluir sólo a estos no es de extrañar. Según el Anteproyecto: “por la especial peligrosidad y la gran dificultad de tratamiento” o como señala el Proyecto de 2009: los sexuales por su inclinación delictiva que aparece vinculada a trastornos de personalidad y conducta, y los terroristas por ser delincuentes por tendencia. No obstante, la justificación es más sencilla: a los primeros, porque son los enemigos por naturaleza¹³⁰⁵ y a los segundos, porque son los nuevos enemigos. Pero es que además, al igual que pasó en Estados Unidos con diversas de las medidas analizadas en el Capítulo II del presente trabajo¹³⁰⁶, abierta la caja de pandora, ésta ya

¹³⁰³ Vid., en este sentido, 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?”, op. cit., pp. 135 y ss.; Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008, p. 31; NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, op. cit., p. 7.

¹³⁰⁴ De ésta opinión, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., pp. 309 y 312; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 40-41; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1513; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal: una respuesta de carácter preventivo frente a los delincuentes sexuales graves”, op. cit., p. 1720.

¹³⁰⁵ Digo por naturaleza, porque desde la aprobación del “actual” Código Penal de 1995 cada reforma que se ha aprobado ha incrementado la dureza punitiva frente a éstos delitos ya sea por incrementar el rigor punitivo o por dificultar el acceso a los beneficios penitenciarios a los sujetos condenados a estos delitos.

¹³⁰⁶ Cfr. supra en el Capítulo II del presente trabajo donde puede verse comprobarse que a pesar de que tanto el internamiento en centros de *civil commitment* como la creación de registros y la posibilidad de notificar la información fueron creados en un primer momento para delincuentes sexuales con el paso del tiempo ahora también son aplicables a delincuentes violentos. Por más, una vez aprobadas este tipo de leyes es muy difícil que posteriormente debido a la presión pública, aunque se compruebe su nula eficacia, puedan ser derogadas. En este sentido, vid. JANUS, E.,

no puede cerrarse y, aunque después se comprueba su inutilidad por la más que evidente falta de recursos económicos y personales para su efectiva implementación o por la dureza de la sanción frente a estos sujetos, una medida de este tipo, pensada para contentar a la opinión pública, difícilmente va a derogarse.

1.4. El Proyecto de reforma del Código Penal de 2009.

La primera cuestión que sorprende del Proyecto de reforma del Código Penal, de 23 julio de 2009, es el cambio de naturaleza de la libertad vigilada. Lo que hasta ahora había sido una pena ahora se configura como una medida de seguridad no privativa de libertad aplicable, junto evidentemente a los inimputables y semi-imputables, a imputables por primera vez desde la instauración de la democracia. El Proyecto de reforma realiza una serie de modificaciones respecto de la regulación contenida en el Anteproyecto para adaptar la misma a la nueva naturaleza otorgada¹³⁰⁷.

Para ello, la Exposición de motivos pone de manifiesto que la pena de prisión frente a los delincuentes sexuales y a los terroristas no cumple con el objetivo prioritario del sistema de penas, la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, por lo que ante la opción inocuizadora de incrementar la duración de las penas, que no sería acorde con la Constitución, la mejor opción es añadir a la pena una medida de seguridad no privativa de libertad que no tiene una dimensión retributiva. A pesar de las buenas intenciones manifestadas, seguidamente la Exposición de motivos se contradice al indicar que “la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, como hasta ahora, sino también cuando dicho pronóstico deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el

“Closing Pandora's Box: Sexual Predators and the Politics of Sexual Violence”, en *Seton Hall Law Review*, vol. 34(4), 2004, pp. 1233-1253.

¹³⁰⁷ Vid. una análisis de la regulación de la libertad vigilada en el Proyecto de 2009, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., pp. 1505-1513.

propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”. Con ello, al reconocer que el pronóstico de peligrosidad deriva de la naturaleza del hecho, se está reconociendo abiertamente que de lo que se trata es que se asumen las concepciones propias del derecho penal de autor. Puesto que todos los delincuentes sexuales y los terroristas son peligrosos, cumplida la pena de acuerdo con el hecho cometido, se les debe imponer una medida de seguridad para contrarrestar la peligrosidad derivada de la propia condición de delincuente.

Junto a estas modificaciones, el Proyecto también acoge algunas de las recomendaciones realizadas por el Consejo General del Poder judicial y del Consejo Fiscal en los respectivos informes al Anteproyecto de 2008. No obstante, al ser el Proyecto de 2009 el antecedente inmediato de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, de 22 de junio, el contenido del cual es prácticamente idéntico al del Proyecto¹³⁰⁸, el análisis de la institución de la medida de libertad vigilada, por razones prácticas, va a realizarse de acuerdo con la regulación surgida de la LO 5/2010 que configura el derecho vigente.

2. La regulación de la libertad vigilada en la LO 5/2010.

2.1. La naturaleza y la finalidad de la libertad vigilada.

Hasta el 2010, el derecho positivo derivado de la aprobación del Código Penal de 1995 y sus respectivas reformas había hecho uso del incremento de la duración de las penas a imponer, a través de la circunstancia agravante de reincidencia, y de la limitación de las posibilidades de obtener beneficios penitenciarios para hacer frente a la peligrosidad de los sujetos imputables. Sin embargo, el legislador a través de la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, junto con un nuevo incremento punitivo de las penas de

¹³⁰⁸ La única modificación que se aprecia es la referida a la regulación del nuevo art. 106.2 CP donde se ha rectificado “En estos casos, con anterioridad suficiente a la extinción de la pena privativa de libertad” por “En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad”.

prisión en atención a la culpabilidad por el delito cometido, introdujo finalmente la libertad vigilada dotándola de naturaleza de medida de seguridad y de posible imposición a sujetos imputables. Así, después de los distintos intentos en los Anteproyectos y Proyectos legislativos desde 2006, finalmente se ha terminado aprobando una medida de seguridad aplicable a sujetos imputables para contrarrestar la peligrosidad subsistente en ellos una vez cumplida la pena por el delito cometido¹³⁰⁹.

Como se ha indicado *supra*, el hecho de añadir una medida de seguridad a una pena de prisión para hacer frente a la peligrosidad criminal que presenta un sujeto imputable no me parece la opción más correcta. Con ello no pretendo señalar que tal opción sea contraria a la Constitución española, pues a pesar de que algunos extremos de la concreta regulación de la libertad vigilada puedan generar ciertas dudas sobre su constitucionalidad¹³¹⁰ de muy seguro que ante un hipotético recurso o cuestión de inconstitucionalidad la libertad vigilada sería declarada acorde a la Constitución. Ello no quiere decir, no obstante, que su aprobación resultara necesaria y menos aún que un incremento punitivo como el que representa la libertad vigilada en pos, como se verá, de la seguridad de la sociedad sea acorde a los fines de un Derecho penal Social, Democrático y de Derecho.

No obstante, el legislador ha optado por aprobar la libertad vigilada a pesar de la oposición de una parte de la doctrina acerca de la cuestión. Para su justificación la Exposición de motivos de la LO 5/2010, en su apartado IV, establece que: “Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. La opción inocuidadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad,

¹³⁰⁹ Celebran esta decisión, entre otros, SANZ MORÁN, A. J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 142; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 237.

¹³¹⁰ Cfr. *infra* el apartado III.2.7 del presente capítulo relativo a la constitucionalidad de la medida de libertad vigilada.

choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”. Así, según la Exposición de motivos, la libertad vigilada se incorpora al ordenamiento jurídico-penal español para hacer frente a la peligrosidad subsistente en aquellos supuestos de especial gravedad donde la pena no logra cumplir con su fin preventivo-especial de modo que, según el legislador, se convierte en la alternativa a una prolongación ilimitada de la privación de la libertad. A pesar de la declaración de intenciones de la propia Exposición de motivos, la concreta regulación de la libertad vigilada es mucho más turbia en lo que a su aplicación a estos sujetos se refiere, de modo que no es posible vislumbrar con tanta facilidad su naturaleza de medida de seguridad. Ésta, en tanto que medida de seguridad, debe estar orientada a la consecución de fines de prevención especial y en concreto a la resocialización del sujeto sometido a la misma. No obstante, lo que en verdad se persigue no es más que lo que la propia Exposición de motivos dice no pretender: la inocuización del sujeto considerado peligroso a través de la imposición de una medida de seguridad. Ello se intuye de la misma Exposición en tanto que, a diferencia de la del Proyecto de reforma de 2009¹³¹¹, indica que con esta nueva medida de seguridad lo que se pretende es tutelar la seguridad y la libertad del resto de ciudadanos¹³¹². Esta finalidad inocuizadora queda confirmada, como posteriormente se verá, al analizarse el

¹³¹¹ Cfr. en la Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, p. 3: “Agotada, pues, en estos casos, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en la medida de seguridad, *institución que tiene por objeto en nuestro ordenamiento tradicional el tratamiento de las personas peligrosas*, que han acreditado tal condición mediante la efectiva realización de un hecho delictivo” (cursiva añadida).

¹³¹² Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 151-152, quien considera que junto con la protección de potenciales víctimas también deberá tener una finalidad resocializadora.

propio contenido de la medida, que fundamentalmente está orientado al control del propio sujeto y a la protección de las víctimas del delito previamente cometido¹³¹³.

Además, el legislador en el momento de justificar la necesidad de su introducción resulta del todo incoherente. Si, como se dice¹³¹⁴, su inclusión en el Código Penal se debe al hecho que en determinados supuestos el efecto rehabilitador de la pena (de prisión), exigido por la Constitución, se ve dificultado sobre todo porque se ha ido despojando de contenido rehabilitador a la misma desde las reformas de 2003, y por tanto es consecuencia del incremento de la duración de las penas de prisión – lo que provoca un incremento del número de sujetos en prisión¹³¹⁵ –, así como a los impedimentos para acceder a beneficios penitenciarios y a los propios efectos criminógenos de la pena de prisión, lo que debería hacer el legislador es solventar tal situación¹³¹⁶ y no escudarse en ellos para justificar la aprobación de la libertad vigilada.

2.2. El concepto de la medida de seguridad de libertad vigilada.

La libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3.3ª CP) que puede imponerse tanto facultativamente a sujetos inimputables o semi-imputables como preceptivamente a sujetos imputables que hayan cometido determinados delitos.

¹³¹³ En este mismo sentido, vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, op. cit., p. 206; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 114-115; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 125; PÉREZ BELLO, B., “Ejecución de penas y medidas de seguridad, en especial la libertad vigilada”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011, p. 54.

¹³¹⁴ El legislador es consciente de ello, pues así mismo lo deja entrever en el apartado IV de la Exposición de motivos: “Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado «periodo de seguridad» garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma”.

¹³¹⁵ Junto con la creación de nuevos delitos castigados igualmente con pena de prisión y la falta de recursos económicos y personales.

¹³¹⁶ Ello pasa por racionalizar el uso de la prisión, así como de dotar de contenido rehabilitador a la pena de prisión y permitir el acceso al régimen del tercer grado y la libertad condicional.

La medida consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones y prohibiciones que se contemplan en el artículo 106.1 CP y su duración no podrá ser superior a 5 años (art. 105.1.a) CP) y, excepcionalmente, frente a sujetos imputables, su duración podrá llegar hasta los 10 años (arts. 192.1 y 579.3 CP). Ahora bien, como se verá, la libertad vigilada no es más que un conjunto de reglas de conducta muchas de las cuales ya existían anteriormente como medidas de seguridad no privativas de libertad, como penas accesorias o como reglas de conducta de diferentes instituciones sin que entre ellas exista un punto de conexión común¹³¹⁷.

2.3. Imposición y duración.

La libertad vigilada como toda medida de seguridad puede imponerse a sujetos declarados inimputables y semi-imputables. No obstante, la novedad, y lo que interesa en el presente trabajo, es el hecho de que puede imponerse igualmente a sujetos imputables considerados peligrosos juntamente con la imposición de una pena privativa de libertad. Es por ello que en las líneas que siguen toda referencia a la libertad vigilada, a excepción de una breve alusión a la regulación relativa a al primer grupo de sujetos (inimputables y semi-imputables), será en relación con el régimen aplicable a los imputables.

Como puede deducirse de lo anterior, la reforma de la LO 5/2010 configura dos regímenes distintos: uno para los sujetos inimputables y semi-imputables y otro para los imputables. Para los primeros, la regulación de la libertad vigilada es acorde con el sistema de medidas previo a la reforma de 2010. Así, frente a sujetos inimputables la libertad vigilada puede ser impuesta como medida única o junto con otras medidas no privativas de libertad y junto con una medida de seguridad privativa de libertad. En este último caso, la libertad vigilada podrá imponerse tanto en sentencia condenatoria o

¹³¹⁷ En este mismo sentido, vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 688.

posteriormente durante la ejecución de la medida privativa de libertad¹³¹⁸, de modo que su ejecución será simultánea¹³¹⁹ o acumulativa a la privativa de libertad, sin que en ningún caso la duración conjunta de ambas medidas pueda superar el principio de proporcionalidad establecido en el art. 6.2 CP. Frente a sujetos semi-imputables también será posible imponer una medida de seguridad de libertad vigilada. Puesto que el artículo 99 CP sólo prevé el régimen de ejecución vicarial para penas y medidas de seguridad privativas de libertad, nada impide que la libertad vigilada sea impuesta junto con una pena privativa o no privativa de libertad y que su ejecución sea tanto simultánea como sucesiva a la pena¹³²⁰. En ambos casos, frente a sujetos inimputables y semi-imputables, la libertad vigilada tendrá una duración máxima de 5 años, aunque en todo caso deberá respetar, como se ha indicado anteriormente, el principio de proporcionalidad establecido en el art. 6.2 CP.

La novedad se presenta frente a los sujetos imputables. El nuevo artículo 106 en su segundo párrafo establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”. Esto es, siempre que así se establezca expresamente, junto con la condena a pena privativa de libertad¹³²¹ deberá imponerse¹³²² también una medida de libertad vigilada para su ejecución posterior a la pena privativa

¹³¹⁸ Cfr. art. 105 CP.

¹³¹⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 188, quien pone en duda que la ejecución simultánea pueda tener algún sentido.

¹³²⁰ Cfr. en GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 670, quien indica: “Nada dice el precepto sobre la forma de articular penas no privativas de libertad con medidas de seguridad no privativas de libertad, o penas privativas de libertad con medidas no privativas. Ante tal silencio textual del precepto, parecería lícito por principio cualquier forma de articulación, sea el cumplimiento simultáneo o sucesivo, y en este último caso, pudiéndose cumplir primero la pena y luego la medida de seguridad, o a la inversa”. En el mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 189.

¹³²¹ Contrariamente y vulnerando lo establecido en el CP, vid. la SAP de Cáceres, (sección 2ª), de 5 de septiembre, donde se impone una medida de libertad vigilada a un sujeto imputable junto con la imposición de una pena de multa.

¹³²² La determinación del concreto contenido se realiza en una fase posterior, una vez la pena de prisión impuesta esté a punto de finalizarse. Vid. *infra* el apartado relativo a la determinación y ejecución de la libertad vigilada.

de libertad impuesta. Al respecto, el Código Penal ha establecido dos supuestos¹³²³ en que es posible la imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables. A saber, los sujetos que hayan cometido alguno de los delitos establecidos en el Título VII del Libro II, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (*ex art. 192.1 CP*) y en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo (*ex art. 579.3 CP*).

Además de suponer una novedad el hecho de poder imponer una medida de seguridad a un sujeto imputable, la reforma del Código Penal ha articulado un complejo sistema para determinar en qué casos debe imponerse la medida de seguridad de libertad vigilada. Lo lógico hubiera sido que, de acuerdo con el art. 95.1 CP, cometido uno o más delitos de carácter sexual o de terrorismo¹³²⁴ por parte de un sujeto imputable, la libertad vigilada debiera imponerse en aquellos casos en que quedase acreditada la peligrosidad criminal del sujeto. No obstante, el legislador ha optado por introducir una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad criminal de estos sujetos de modo que la libertad vigilada deberá, con carácter general, imponerse obligatoriamente en sentencia¹³²⁵. En cambio, su imposición será facultativa cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito menos grave de modo que en estos casos la libertad vigilada se impondrá o no en atención a la peligrosidad del sujeto.

Esta presunción de peligrosidad es contraria al sistema de sanciones penales español. Ello presume¹³²⁶, con carácter general, que la pena de prisión no sirve para colmar los

¹³²³ Vid. *infra* sobre la regulación de la libertad vigilada en la proyectada reforma de 2013 donde se pretende ampliar el listado de delitos.

¹³²⁴ Téngase en cuenta que en caso de imponerse la medida de libertad vigilada deberá imponerse en sentencia una única medida con indiferencia del número de delitos cometidos según se desprende el art. 192.1 y 579.3 CP. Contrariamente, cfr. SAP de Cáceres (sección 2ª), de 5 de septiembre, donde se imponen tantas medidas de libertad vigilada como delitos de carácter sexual.

¹³²⁵ Vid. art. 106.2: “[...] el Juez o Tribunal *deberá* imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada [...]” (cursiva añadida).

¹³²⁶ Y así lo refuerza el hecho de que la Exposición de motivos de la LO 5/2010, cuando justifica la necesidad de introducir la libertad vigilada, establece que “en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia”.

finest constitucionales que deben perseguir todas las penas y medidas de seguridad¹³²⁷. Esto es, frente a las deficiencias que presenta la ejecución de la pena es necesario añadir una nueva sanción penal, configurada ahora como medida de seguridad, para rehabilitar a los que no han sido rehabilitados en el lugar donde debiera haberse realizado. A mi modo de ver, si se considera que la pena de prisión no tiene materialmente efectos preventivo-especiales ¿por qué no se procura mejorar el régimen de ejecución de las penas?. Resulta difícilmente explicable que se acepte que las penas de prisión no están funcionando y que, en vez de buscar una solución en sede de la pena de prisión se opte por incrementar la condena penal impuesta, dejando así el cumplimiento de la función rehabilitadora que proclama la Constitución para una ulterior etapa, una vez cumplida la pena privativa de libertad¹³²⁸.

El hecho de que el legislador presuma la existencia de peligrosidad por el mero hecho de haber cometido un determinado tipo de delito ha sido muy criticado por la doctrina científica. Que el legislador establezca que la libertad vigilada en el caso de sujetos imputables debe ser impuesta obligatoriamente junto con la pena de prisión vulnera los principios generales de imposición de medidas de seguridad, pues en todo caso su fundamento se debería encontrar en la peligrosidad criminal del autor (arts. 6.1 y 95.1

¹³²⁷ De esta opinión, vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, op. cit., p. 215.

¹³²⁸ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 155; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 7, 2012, p. 39. Cfr. en BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “Derecho penal del enemigo” por la LO 5/2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011, p. 124, quien textualmente indica: “Realmente, la “libertad vigilada” como “medida de seguridad” de ejecución posterior al cumplimiento de la pena, parte de una completa renuncia de la función preventivo especial de la pena, reduciendo la misma a su función exclusivamente retributiva (que, indirectamente, puede desarrollar efectos de prevención general intimidatoria) por el hecho delictivo cometido haciendo subsistir, de este modo, la “peligrosidad” del sujeto que, tras el “abono” de la culpabilidad se ve sometido a una “normas de conducta” de forma coactiva. [...] las medidas asegurativas y prohibitivas en que se concreta la libertad vigilada, aún revestida del carácter de medida de seguridad, también aparecen dirigidas primordialmente hacia una finalidad de defensa social y de protección a las víctimas (potenciales, es decir, ¿futuras e inciertas?), en lugar de a una finalidad prioritariamente preventivo especial, tal y como correspondería a una consecuencia jurídica del delito que se encuadra entre las que aparecen con la naturaleza jurídica de medidas de seguridad”.

CP) y no en el mero hecho de haber cometido una determinada tipología delictiva¹³²⁹. En todo caso, al igual que sucede en los supuestos de imposición de la medida de libertad vigilada a sujetos inimputables o semi-imputables, es en el momento de dictar sentencia condenatoria cuando debería comprobarse si existe fundamento para la imposición de medida de seguridad, de modo que revelada la peligrosidad criminal se impondría la medida de seguridad y se ejecutaría junto con la pena de prisión. Posteriormente, justo en el momento anterior de la extinción de la pena de prisión – que no de la condena, puesto que la libertad vigilada forma parte de la misma¹³³⁰ – se comprobaría si persiste o no dicha peligrosidad derivada del hecho cometido con el fin de prolongar la duración de la libertad vigilada. El hecho de presumir, en el momento de dictar sentencia, una peligrosidad criminal respecto de determinados sujetos puede plantear la duda de si la peligrosidad criminal que presenta el sujeto una vez cumplida la pena de prisión se debe al hecho delictivo o al tiempo privado de libertad, de modo que no sea posible saber el origen temporal de la peligrosidad criminal que presenta ese concreto sujeto. Consecuentemente, en aquellos casos en que la peligrosidad criminal

¹³²⁹ En este sentido, vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 687; SANZ MORÁN, A. J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 143; SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, op. cit., pp. 1019-1020; TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual, arts. 189 y 192 CP”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 178; ACALE SÁNCHEZ, M., “libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 156, quien considera que “se trata de una muestra de “derecho penal de autores”, que se dirige a no ciudadanos individuales que cometan delitos, sino a “grupos de delincuentes””; CÓRDOBA RODA, J., “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, núm. 4, 2011, pp. 907-908. Contrariamente a la opinión mayoritaria, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, op. cit., p. 220, quien considera que simplemente es “un presupuesto para permitir un posterior juicio de peligrosidad en el momento en el que se esté terminando de cumplir la pena de prisión. En el fondo no se trata más que de una formalidad para dejar claro que la libertad vigilada es una medida de seguridad postdelictiva que, si se impone, está vinculada a la peligrosidad manifestada en un hecho delictivo previo”.

¹³³⁰ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 252-253, quien considera que una vez cumplida la pena de prisión se cumple la condena pero que incluso así es posible la imposición posterior de la libertad vigilada.

no parta de un suceso delictivo previo la libertad vigilada debería ser considerada como predelictual y por tanto inconstitucional¹³³¹.

Junto a ello, también se ha criticado, como indica GARCÍA ALBERO¹³³², el hecho de que el legislador ha pecado por exceso y por defecto. Por exceso, pues aparte de presumirse la peligrosidad de estos sujetos se parte de la aplicación indiscriminada de la libertad vigilada para cualquier delito contra la libertad sexual o de terrorismo¹³³³. Y por defecto ya que se ha dejado fuera a otros delincuentes que tienen probada la inclinación al delito¹³³⁴.

Asimismo, se ha planteado la cuestión de si la libertad vigilada imponible a sujetos imputables rompe el sistema de ejecución vicarial de penas y medidas¹³³⁵. En todo caso, la configuración de la modalidad postpenitenciaria de la libertad vigilada rompe con el sistema dualista o de nuevo monismo configurado hasta el momento en el Código Penal. De hecho, el régimen de ejecución vicarial previsto en el art. 99 CP no es

¹³³¹ Así lo apunta GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 695. Contrariamente vid. HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 129-131, quien considera que incluso aunque la imposición de la libertad vigilada fuera posterior al cumplimiento de la pena no podría hablarse de una medida de seguridad predelictual.

¹³³² Cfr. en GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., pp. 691-692.

¹³³³ Vid. también en el apartado III.1.3 del presente capítulo IV lo indicado en relación con la previsión de la libertad vigilada como pena accesoria en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 para los delincuentes sexuales y de terrorismo.

¹³³⁴ En el mismo sentido, vid. GÓMEZ MARTÍN, V., “La reforma de la parte general del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿Avance o retroceso?”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 27, 2011, p. 181; CÓRDOBA RODA, J., “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, op. cit., p. 907; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., pp. 234-236; SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, op. cit., p. 1019, quien considera que la libertad vigilada debería ampliarse a los supuestos de criminalidad habitual violenta y grave contra bienes jurídicos personales y no en la presunción de peligrosidad de los sujetos que cometen delitos contra la libertad sexual o de terrorismo.

¹³³⁵ En este sentido, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op. cit., p. 150; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 685; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 249; DE MARCOS MADRUGA, F., “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, en *Diario La Ley*, núm. 7576, 2011, p. 1747.

quebrantado con la introducción de la libertad vigilada. En él se contemplan los supuestos en que frente a un mismo sujeto se imponen, como consecuencia de la comisión de un mismo hecho delictivo, penas y medidas de seguridad privativas de libertad. No en cambio, cuando se impone una pena privativa de libertad y una medida de seguridad no privativa de libertad. Previo a ello, debería plantearse si tendría sentido que frente a sujetos culpables se ejecutara en todo caso la medida de seguridad, aunque fuere privativa de libertad, con preferencia a la pena privativa de libertad.

Como se ha dicho, la imposición de la libertad vigilada frente a sujetos imputables únicamente es potestativa, y por tanto su imposición dependerá (como debería ser en todo caso) de la peligrosidad criminal del sujeto, en aquellos casos en que un delincuente primario cometa un único delito calificado de menos grave de carácter sexual o de terrorismo¹³³⁶. Así, la libertad vigilada sólo será de imposición facultativa ante aquellos supuestos en que un sujeto sin antecedentes penales cometa un único delito (de carácter sexual o de terrorismo) castigado en abstracto – no atendiendo a la pena efectivamente impuesta, lo que parecería más adecuado¹³³⁷ – con una pena de hasta cinco años de prisión. Para ello, es importante determinar qué debe entenderse por pena en abstracto. Si aquella contenida en todo caso en la parte especial del Código Penal según el delito cometido o aquella que le resulta aplicable al concreto tipo delictivo que se está juzgando de acuerdo con las reglas de imposición de las penas establecidas en la parte general del Código. La respuesta más correcta debe situarse en

¹³³⁶ Cfr. BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 134-135, quien considera que incluso en estos casos es posible imponer la libertad vigilada aunque no quede acreditada la peligrosidad criminal del autor.

¹³³⁷ Personalmente, me parece más adecuado adaptar la duración de la libertad vigilada a la pena finalmente impuesta con el fin de evitar que penas relativamente cortas de prisión acaben yendo acompañadas de medidas de libertad vigilada de larga duración. Valga de ejemplo la SAP de Barcelona (sec. 8ª) 372/2014, de 16 de mayo. Aunque en ella se hace una doble interpretación contra *legem*, en tanto que tiene en cuenta la pena efectivamente impuesta para determinar que un delito es menos grave a la par que no valora (consecuentemente con su propia decisión) la peligrosidad criminal para acordar la imposición de la medida de libertad vigilada, donde se impone, ante la comisión de un delito de abusos sexuales a menores de 13 años, castigado con pena de dos a seis años, la pena de dos años de prisión junto con una medida de libertad vigilada de un año. Lo cierto es que, si como dice la ley se tiene que tener en cuenta la pena en abstracto, se hubiera que tenido que imponer una pena de dos años junto con una libertad vigilada de al menos cinco años.

la segunda de las opciones, de modo que ante un sujeto condenado por un delito en grado de tentativa o incluso por la aplicación de una eximente incompleta que afecte a la antijuridicidad de la conducta es posible que el delito cambie su consideración de grave a menos grave, lo que afecta tanto al régimen de imposición de la libertad vigilada como a la duración de la misma. En este sentido, los Tribunales españoles han dictado sentencias contradictorias. Por un lado, y en el sentido que aquí se defiende, la SAP de Lleida 72/2014, de 10 de marzo, ante la comisión de un delito de violación en grado de tentativa con la apreciación de la atenuante analógica de enfermedad mental acaba imponiendo una medida de libertad vigilada con carácter preceptivo con una duración de 7 años. Para ello, el Tribunal tuvo en cuenta que el delito únicamente fue intentado y por tanto la pena abstractamente aplicable era la establecida en la parte especial rebajada en un grado (de 3 a 6 años). Por otro lado, la SAP de Barcelona 167/2014, de 24 de febrero, tiene en cuenta para la determinación de la pena a imponer en abstracto la que resulta de aplicar la circunstancia atenuante de reparación del daño, de modo que la pena resultante en el delito de abusos sexuales a menores de trece años no es de 2 a 6 años, sino de 2 a 4 años. Consecuentemente, al ser la libertad vigilada de imposición potestativa (no tiene antecedentes penales) y ante la falta de apreciación de peligrosidad criminal del acusado, decide no imponer la medida de libertad vigilada. En este caso, al tratarse de una atenuante de la responsabilidad penal que afecta a las circunstancias personales, ésta no hubiera debido que tenerse en cuenta.

Además de tenerse en cuenta la pena en abstracto para decidir si la imposición de la libertad vigilada es o no preceptiva, es importante también tener en cuenta si el sujeto condenado tiene antecedentes penales por la comisión de cualquier delito¹³³⁸, a

¹³³⁸ La doctrina discute acerca de que debe interpretarse por delincuente primario. Para algunos delincuente primario es aquel que no tiene antecedentes penales o que teniéndolos hayan sido o pueden haber sido cancelados y para otros es aquel “no reincidente”. Aunque me parecería más razonable (más aún eliminar la obligatoriedad de su imposición) que el legislador hubiera optado por establecer como requisito no ser reincidente, la verdad es que no lo ha hecho y por tanto solo queda interpretar como primario aquel que comete un delito por primera vez. Vid., en el mismo sentido defendido aquí, TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual, arts. 189 y 192 CP”, op. cit., p. 179; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 692. Favorables a interpretar delincuente primario como “no reincidente”, CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 195; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de

excepción que sean cancelados o cancelables. En caso de ser delincuente primario deberá entonces tenerse en cuenta si ha sido condenado por un único delito o no. En este último caso, no se entenderá que se ha cometido un solo delito cuando sea condenado por un delito continuado o un concurso de delitos o incluso por un concurso ideal de delitos. De hecho, en los supuestos en que uno es condenado por un concurso ideal de delitos ha cometido más de un delito, por más que el Código Penal establezca una regla de refundición de la penas de modo que resulte la imposición de una única pena¹³³⁹. Más evidente todavía resulta el hecho de que la aplicación de las reglas penológicas del concurso medial o real de delitos o del delito continuado no implica que se haya cometido un único delito. Ante los supuestos de imposición facultativa no procederá la imposición de la libertad vigilada en aquellos casos en que ésta no quede acreditada. En todo caso, deberá entenderse que no será posible la imposición de la libertad vigilada, por faltar el requisito de la peligrosidad en aquellos casos en que se suspenda o se sustituya la ejecución de la pena de prisión¹³⁴⁰.

La duración de la libertad vigilada aplicable a sujetos imputables se duplica respecto a la de los inimputables o semi-imputables, de modo que puede llegar a los diez años¹³⁴¹. Aquí se presenta una diferencia entre los delincuentes sexuales y de terrorismo. En los primeros, cuando se cometa uno o más delitos menos graves, la libertad vigilada tendrá una duración de uno a cinco años y en caso de cometer un delito grave la medida tendrá una duración de cinco a diez años. En cambio, respecto a los que cometan delitos de terrorismo, la duración de la libertad vigilada se hace depender de la gravedad de la

adultos”, op. cit., p. 220; GÓMEZ MARTÍN, V., “La reforma de la parte general del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿Avance o retroceso?”, op. cit., p. 181; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Ed. BdeF-Edisofer, Madrid, 2013, p. 603. Igualmente, aunque no se inclina por esta posibilidad con tanta rotundidad, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 190.

¹³³⁹ Contrariamente, cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual, arts. 189 y 192 CP”, op. cit., p. 179, quien considera que ante estos supuestos debería interpretarse como un único delito.

¹³⁴⁰ Vid. CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., p. 195; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 149.

¹³⁴¹ Vid. Auto del TS (sala de lo penal), 1270/2014, de 10 de julio, en el que se constata como la Audiencia Provincial de Sevilla condenó a un individuo a, entre otras penas, a una medida de libertad vigilada de 12 años, lo que supera a la duración permitida por la ley.

pena impuesta, lo que conlleva que aunque no se haya cometido ningún delito grave es posible que se imponga una medida de libertad vigilada con una duración de entre cinco y diez años¹³⁴². Ello será así cuando ante la comisión de un solo delito castigado con una pena de hasta cinco años sea de aplicación la agravante de reincidencia cualificada o habiéndose cometido dos o más delitos menos graves, de acuerdo con las reglas concursales, se imponga una pena grave¹³⁴³.

Determinada la duración en abstracto de la medida de seguridad de libertad vigilada de acuerdo con la gravedad del delito o de la pena (según el delito sea contra la libertad sexual o de terrorismo) debe plantearse si en estos casos es de aplicación también el principio de proporcionalidad establecido en el art. 6.2 CP¹³⁴⁴. La respuesta debería ser afirmativa, dado que ni en el art. 105, ni en los arts. 192.1 y 579.3 CP se establece lo contrario, de modo que la pena de prisión impuesta junto con la medida de libertad vigilada no debería nunca superar la duración¹³⁴⁵ de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. El problema se presenta por el hecho de que el legislador – que precisamente no estaba pensando en aplicar el principio de proporcionalidad frente a los imputables a quienes se les impusiera una medida de seguridad de libertad vigilada – ha establecido límites mínimos en la duración de la medida de 1 año y 5 años, según la gravedad de los delitos o de la pena impuesta. De hecho, el principal problema se encuentra en que la libertad vigilada supone una excepción al régimen de medidas de seguridad establecido en el Código. Esto es, el principio de proporcionalidad no estaba pensado para ser aplicado a sujetos imputables sino a sujetos inimputables o semi-

¹³⁴² Cfr. en GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal”, op. cit., p. 603, quien considera que en ambos supuestos la duración de la medida de libertad vigilada se hace depender de la gravedad de la pena prevista en el Código para el delito que se trate.

¹³⁴³ En este mismo sentido, vid. SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 136-137; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 181; BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “Derecho penal del enemigo” por la LO 5/2010”, op. cit., p. 100.

¹³⁴⁴ También es planteado por HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 120, en nota a pie de página 7.

¹³⁴⁵ Tampoco ser más gravosa, pero ello es de más difícil concreción debido a que con la libertad vigilada los derechos fundamentales afectados son distintos que el que se produce con la pena de prisión. En este caso, sería preciso además determinar cuál es el concreto contenido de la medida de libertad vigilada.

imputables¹³⁴⁶. En contra de lo defendido, podría decirse que no es posible la aplicación de dicho principio, pues el precepto se refiere a la duración o gravedad de la pena que hubiera sido aplicable y por tanto se exige que se haya impuesto una medida de seguridad en lugar de una pena. Sin embargo, tal hipótesis no es del todo cierta, pues dicho principio rige con igual firmeza en el caso de semi-imputables a quienes se les impone junto a la medida de seguridad una pena¹³⁴⁷.

2.4. Contenido.

Como se ha dicho, la libertad vigilada no es más que un conjunto de obligaciones y prohibiciones que con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 ya estaban previstas, como medidas de seguridad no privativas de libertad¹³⁴⁸, como penas accesorias¹³⁴⁹, reglas de conducta de la suspensión de la pena¹³⁵⁰ o como condiciones de la libertad provisional¹³⁵¹. Si no se trata exactamente de las mismas figuras ya contempladas antes, puede decirse al menos que éstas han servido de inspiración para el diseño de las reglas incluidas en la libertad vigilada.

El contenido de la libertad vigilada se concreta con la imposición de una o más de una de las distintas obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 106.1 CP. El contenido de las mismas es heterogéneo y en muchos casos no implica vigilar al sometido, de modo que entre distintas medidas de libertad vigilada impuestas a

¹³⁴⁶ Ello se “solventa” con el Proyecto de reforma de Código Penal de 2013, actualmente en el Parlamento español, al eliminarse el principio de proporcionalidad con el hecho cometido.

¹³⁴⁷ Téngase en cuenta que esta discusión ya no sería posible, aunque se abrirían otros frentes, si, en lugar de medida de seguridad, el legislador hubiera previsto la libertad vigilada como una pena accesoria.

¹³⁴⁸ Cfr. las contenidas en las letras e), f), g), h), j) y k) en el art. 106.1 CP.

¹³⁴⁹ Así, las relativas a la protección de la víctima o potenciales víctimas (106.1.e) y 106.1.f) CP).

¹³⁵⁰ Vid., entre otras, la relativa a la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal (ex art. 106.1.d) CP).

¹³⁵¹ Así, tal como indica GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 689, la contenida en la letra b del art. 106.1: “La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca”, que aunque se refiera al art. 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere al art. 530 del mismo texto legislativo.

diferentes sujetos podrían no tener nada que ver unas con las otras. En concreto, la nueva medida de seguridad está conformada por un total de once obligaciones y prohibiciones que pueden clasificarse en tres grandes grupos¹³⁵²: aquellas que principalmente tienden a controlar la libertad del sometido a la medida, aquellas que principalmente tienden a proteger a terceras personas y aquellas que principalmente tienden a la consecución de fines propiamente correctivos.

2.4.1 Las obligaciones y prohibiciones que principalmente tienden a controlar la libertad del sometido a la medida.

La primera de las obligaciones tendentes a controlar la libertad del sometido a libertad vigilada es la contenida en el art. 106.1 CP en la letra a) consistente en: “la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”¹³⁵³. Se trata de una obligación de nueva creación, sin precedentes en el sistema de sanciones español. Hasta ahora el control a través de medios electrónicos siempre se había configurado como instrumental de otra pena¹³⁵⁴ o del cumplimiento en régimen de libertad de la pena de prisión y sin que se estableciera expresamente la obligación de que el seguimiento debiera ser permanente¹³⁵⁵. Por primera vez, al

¹³⁵² Cfr. otras clasificaciones con pequeñas variaciones realizadas en ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op. cit., pp. 152-156; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., pp. 688-691; CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., pp. 170-175.

¹³⁵³ Sobre esta cuestión, vid. ampliamente, TORRES ROSELL, N., “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-06, 2012, *passim*.

¹³⁵⁴ En este sentido, vid. *supra* el apartado III.1.3 del presente capítulo relativo a la regulación de la libertad vigilada en el APCP 2008 así como el art. 49 bis.3 APCP 2008.

¹³⁵⁵ Acertadamente, vid. TORRES ROSELL, N., “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales”, op. cit., p. 12, quien indica en nota a pie de página que “Si bien la aplicación de dispositivos telemáticos se prevé en otros preceptos –art. 48 en relación con las prohibiciones de aproximación a la víctima, 37.4 en el ámbito de la localización permanente, y art 86.4 RP para penados en tercer grado penitenciario, y aun cuando se ha experimentado con este tipo de supervisión en el ámbito de las prohibiciones de aproximación a víctimas de la violencia de género, impuestas tanto como medidas cautelares como penas, lo cierto es que ninguno de los preceptos citados instaba al seguimiento permanente del individuo”. Por el contrario, cfr. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para

imponerse la obligación contenida en el 106.1.a), se obliga al sujeto sometido a soportar un seguimiento constante, continuo, a través del uso de dispositivos electrónicos¹³⁵⁶. La obligación, no obstante, no restringe el derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE), por lo que con su imposición se es libre de escoger el lugar de residencia o de acudir a cualquier lugar. Aunque la obligación de estar siempre localizable se haya configurado como una obligación más entre las de posible imposición, lo cierto es que, siendo estrictos, es la única que da nombre a la medida de seguridad de libertad vigilada¹³⁵⁷, por lo que tendría sentido que se hubiera configurado como obligatoria en todo caso¹³⁵⁸. Sin embargo, el haberla configurado siempre como obligatoria hubiera podido suponer en algunos casos una afectación del derecho a la intimidad que difícilmente pudiera haber estado justificada¹³⁵⁹.

La segunda de las obligaciones (art. 106.1.b) CP) es “la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca”. La imposición de esta obligación, dirigida al control del sometido a libertad vigilada, sólo tiene sentido en aquellos casos en que exista riesgo de fuga¹³⁶⁰. Por ello, si ya se hubiere impuesto la obligación de estar siempre localizable, puesto que con ésta ya se controla la libertad de movimientos del sujeto, la imposición de esta segunda obligación no será necesaria¹³⁶¹.

delinquentes imputables”, op. cit., p. 170; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 124.

¹³⁵⁶ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op. cit., p. 152. También, GÓMEZ MARTÍN, V., “La reforma de la parte general del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿Avance o retroceso?”, op. cit., p. 182, quien considera que el seguimiento parece que deberá realizarse a través de la tecnología GPS.

¹³⁵⁷ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 152; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 123.

¹³⁵⁸ Así, ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 152.

¹³⁵⁹ Sensible con la afectación al derecho a la intimidad que puede suponer la obligación mencionada, SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 124.

¹³⁶⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 152; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 128.

¹³⁶¹ Coincido, en parte, con la tesis defendida en SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 124-125, quien considera que la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente puede llegar a solaparse con otras de las obligaciones de posible imposición que conforman la medida de seguridad de libertad vigilada. No en cambio en relación con la obligación de comunicar los cambios del lugar de residencia o de

En relación al concreto contenido, el precepto no determina la periodicidad ni el lugar en que debe presentarse el sometido a la medida, deberá ser el Juez quien determine tales extremos. A pesar de ello, dicha discrecionalidad deberá ejercerse de tal forma que no entorpezca la vida del sometido a la medida¹³⁶².

La tercera de las obligaciones tendentes a controlar la libertad del sometido a la medida es la obligación “de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo” (art. 106.1.c) CP). Tal como sucede en relación con la primera de las obligaciones expuestas, de la obligación se desprende que, en caso de ser impuesta, únicamente será necesario comunicar – que no solicitar permiso – los cambios de residencia o del lugar o puesto de trabajo en el tiempo y forma que así lo establezca el Juez o Tribunal. La referencia del precepto a “comunicar inmediatamente” es superflua, pues si se indica que deberá realizarse en el plazo que se establezca ya se entiende que la comunicación deberá hacerse dentro del mismo y no con posterioridad. El modo en que debe realizarse la comunicación deberá establecerse por el Juez, pudiendo ser todo aquel que acredite la realización de tal comunicación¹³⁶³. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no entran en el supuesto de hecho de la obligación aquellos traslados temporales que no supongan un cambio de residencia¹³⁶⁴.

La siguiente prohibición que es pertinente incluir dentro de esta clasificación es la “de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal” (art. 106.1.d) CP). La prohibición, tal como está configurada, puede implicar mucho o poco. La cuestión está en determinar qué debe entenderse por “lugar”

trabajos, pues uno puede cambiar de residencia pero no por el hecho de estar controlado mediante aparatos electrónicos ello puede saberse.

¹³⁶² Cfr. en ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 153. Asimismo, vid. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 171, quien indica que el lugar deberá ser cercano al domicilio del condenado.

¹³⁶³ Cfr. BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, op. cit., p. 137.

¹³⁶⁴ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 689. Igualmente aunque refiriéndose a traslados de periodos de tiempo cortos, DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 171.

y “territorio”. Aunque ambos conceptos son vagos, el que presenta mayores problemas, debido al impacto que puede tener en los derechos del condenado, es el de “lugar”. Por lugar incluso podría entenderse aquel concreto sitio donde se tiene establecido el domicilio¹³⁶⁵, lo que realmente sería contrario a la propia naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad de la libertad vigilada. Así, parece más acorde seguir la interpretación propuesta por ACALE SÁNCHEZ¹³⁶⁶, al entender que con lugar se quiere delimitar la ciudad y con territorio un espacio más amplio, como podría ser una provincia o una comunidad autónoma¹³⁶⁷.

La penúltima de las prohibiciones es la contenida en la letra h) del art. 106.1 CP, relativa a “la prohibición de residir en determinados lugares”. Nuevamente, como sucede con las anteriores prohibiciones mencionadas se plantea el problema de delimitar qué debe entenderse por “lugares”. Si se sigue la lógica anterior, éstos deberán referirse a un determinado municipio o ámbito espacial similar¹³⁶⁸. La diferencia está en que en este supuesto el Juez tiene la facultad de prohibir que el sujeto resida no sólo en uno, sino en más de un lugar determinado¹³⁶⁹. La prohibición, no obstante, no limita su derecho a circular libremente por los lugares que se establezcan, sino que únicamente a fijar su residencia en los mismos¹³⁷⁰. Debe, asimismo, indicarse que resulta difícil determinar cuál es la finalidad de esta prohibición. Ciertamente, al no poder fijar la residencia en un determinado lugar es posible que con ello se dificulte que el sujeto pueda acudir a él tan fácilmente. Aunque gran parte de la doctrina considere que su

¹³⁶⁵ Como parece que así se refiere la anterior obligación relativa a comunicar cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

¹³⁶⁶ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 153; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 171; BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, op. cit., pp. 137-138, quien además considera que “la prohibición únicamente estriba en el hecho de desplazarse sin haber solicitado la autorización judicial”.

¹³⁶⁷ El mismo significado le otorga el Diccionario de la Real Academia Española.

¹³⁶⁸ Cfr. en ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 155; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 132.

¹³⁶⁹ Vid., en el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 173.

¹³⁷⁰ También, SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 131.

finalidad es proteger a la víctima del delito o a potenciales víctimas¹³⁷¹, lo cierto es que es difícilmente justificable, pues a diferencia del contenido de la pena establecida en el 48.1 CP, en este caso no se especifica que los lugares prohibidos sean aquellos en que haya cometido el delito o en que resida la víctima o su familia.

La última de las prohibiciones es la “de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarse la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza” (art. 106.1.i) CP). Esta prohibición, de nuevo cuño, no busca tanto controlar la libertad de movimientos del sujeto como evitar que tenga contacto con actividades, ya sean de carácter laboral o lúdico, que puedan incitarle directa o indirectamente a la comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza. Podría decirse que de entre las obligaciones y prohibiciones que principalmente tienden a controlar la libertad del sujeto condenado ésta es aquella en que puede observarse con mayor claridad el fin rehabilitador que propugna la Constitución que deben tener (aunque sea junto con otros legítimos objetivos) todas las penas y medidas de seguridad.

2.4.2. Las prohibiciones que principalmente tienden a proteger a terceras personas.

La finalidad de este segundo grupo de prohibiciones es principalmente proteger a la víctima del delito cometido, a sus familiares u a otras personas. De hecho, ninguna de las prohibiciones que seguidamente se analizarán implica vigilar la libertad del sujeto sometido a la libertad vigilada.

Por un lado, dentro de este grupo se encuentra la contenida en el art. 106.1.e) CP, consistente en “la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal”. Esta prohibición tiene por

¹³⁷¹ En este sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 155; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 132; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 690; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 173; BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, op. cit., p. 138.

objetivo evitar el contacto físico entre el sometido a libertad vigilada y aquellas personas que el Juez establezca. Puesto que lo único que se prohíbe es la aproximación física entre los mismos, nada impide que puedan comunicarse entre ellos como tampoco que el sometido a esta prohibición resida en la misma localidad que la persona a la que se pretende proteger¹³⁷². El Juez o Tribunal, a la vez que debe mencionar las concretas personas con las que el sometido a la prohibición no podrá aproximarse, deberá indicar al menos la distancia mínima que debe separar uno del otro u otros, en caso que fueran más de una las personas que necesiten de protección¹³⁷³.

Por otro lado, la segunda prohibición que debe incluirse es la regulada en el 106.1.f) CP consistente en “la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal”. En este caso, con su imposición se prohíbe que el sujeto sometido a libertad vigilada se comunique con las personas que el Juez o Tribunal establezcan. A pesar de que el precepto no determine los medios de comunicación prohibidos no parece necesario que así se disponga¹³⁷⁴. Si el sometido a libertad vigilada no puede comunicarse con aquellos sujetos en que así se determine significa que no puede hacerlo por ningún medio, por tanto no es necesario indicar con qué medios puede o no comunicarse¹³⁷⁵. Además, parece más razonable el hecho de que no se establezca un listado de posibles medios, pues de lo contrario los medios que no se establecieran podrían usarse para comunicarse sin que se vulnerara la prohibición establecida.

¹³⁷² Vid ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 154.

¹³⁷³ Podría también pensarse en el Juez deberá establecer los lugares tal como así lo hace el art. 48.2 CP. En este sentido, vid. SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 130. No obstante, el art. 48.2 CP de hecho no permite que se produzca una aproximación entre uno y otro en ningún supuesto, por lo que no parece necesario que así se indique. En este sentido, vid. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 172.

¹³⁷⁴ Contrariamente a la opinión defendida, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 155; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 130; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 689; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, op. cit., p. 35.

¹³⁷⁵ Vid. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 172.

Por último, como prohibición tendente a la protección de terceras personas encontramos “la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos” (art. 106.1.g) CP). Dicha prohibición, que se contemplaba en el anterior art. 96.3.5ª CP¹³⁷⁶, ha visto como se ha eliminado la concreción que gozaba a la par de permitir un amplio abanico de posibilidades. Con esta prohibición se pretende impedir que el sujeto sometido a libertad vigilada pueda acudir a determinados lugares con el fin de evitar el contacto con potenciales víctimas o, también, para evitar estímulos inapropiados precipitantes del delito¹³⁷⁷. Tal como se ha indicado con respecto de otras obligaciones y prohibiciones que conforman la medida de libertad vigilada, hubiera sido oportuno concretar el concepto de territorio y lugar. En su defecto, deberá ser el Juez el que tenga especial cuidado en su determinación, atendiendo sobre todo a la utilidad y necesidad de establecer dicha prohibición, o de lo contrario podría suponer una restricción excesiva.

De hecho intentar unificar un criterio acerca de qué debe entenderse por lugar o territorio para todas las obligaciones y prohibiciones que se contienen en el art. 106.1 CP es del todo imposible. De ser así, en algunos casos supondría una restricción del todo excesiva y en otros vaciar de contenido a la misma. Así, si por lugar debe entenderse aquel espacio comprendido por una población en todos los casos, supondría una afectación excesiva del derecho a la libre circulación si se aplicara en relación con la prohibición de acudir a determinados lugares y en cambio podría dejar vacía de contenido la obligación de comunicar cada cambio del lugar de residencia. Si en lugar de considerar el término lugar como el espacio comprendido por una población se entiende como un concreto sitio supondría sin duda una afectación excesiva del derecho a la libertad en relación con la prohibición de ausentarse del lugar de residencia, pero sí que tendría sentido que ello se entendiera así en relación con la de comunicar cualquier cambio del lugar de residencia.

¹³⁷⁶ Art. 96.3.5ª CP: “La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”.

¹³⁷⁷ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 690; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., pp. 172-173.

2.4.3. Las obligaciones y prohibiciones que principalmente tienden a la consecución de fines propiamente correctivos.

Finalmente, el último grupo de obligaciones y prohibiciones que contiene el art. 106.1 CP son aquellas cuya finalidad principal es correctiva. Éstas son las contenidas en las letras j) y k) del art. 106.1 CP.

La primera de ellas es “la obligación de participar en programas formativos, laborales culturales, de educación sexual u otros similares” (art. 106.1.j) CP). Con la imposición de esta obligación, lo que se pretende es hacer participar al sujeto en programas que puedan ser beneficiosos para su reinserción social, de modo que se consiga evitar que vuelva a cometer nuevos delitos en el futuro. El principal problema que se deriva de la obligación es su carácter obligatorio. No tiene sentido que durante la ejecución de la previa pena privativa de libertad no quepa imponer coactivamente la obligación de participar en dichos programas, pues la voluntariedad es un principio elemental del tratamiento penitenciario, y en cambio finalizada ésta sí pueda obligarse al sometido a libertad vigilada a participar en ellos¹³⁷⁸. Además, el consentimiento también se requiere para su imposición como pena de trabajos en beneficio de la comunidad y en menor medida cuando es impuesta como regla de conducta de la suspensión de una pena privativa de libertad, pues en estos casos aunque también está configurada como obligatoria, no es menos cierto que su imposición resulta un beneficio respecto del cumplimiento de la pena privativa y la consecuencia de no querer participar en dichos programas puede llegar a suponer, en el caso más grave, la pérdida de dicho beneficio. Lo más adecuado hubiera sido que el legislador la configurara como una obligación voluntaria, y en caso de faltar dicho consentimiento pudiera imponerse otra obligación con carácter alternativo a ésta¹³⁷⁹.

¹³⁷⁸ Vid. de MARCOS MADRUGA, F., “De las medidas de seguridad”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 438; ROCA POVEDA, M., “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”, en *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012, p. 42.

¹³⁷⁹ Ha de tenerse en cuenta además otro aspecto: el económico. Si el éxito del programa depende de la predisposición a participar en dichos programas, en caso que su participación sea impuesta sin el previo consentimiento puede ya pronosticarse que su ejecución supondrá un gasto innecesario.

La segunda y última de las obligaciones es la contenida en el art. 106.1.k) CP consistente en “la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”¹³⁸⁰. La obligación contiene a su vez dos obligaciones que pueden imponerse con carácter alternativo. La obligación de seguir tratamiento médico externo y la obligación de someterse a un control médico periódico. Como se ha apuntado ya en el análisis del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, es irrelevante para su imposición el consentimiento del sujeto sometido a la medida, en principio, frente a los sujetos imputables¹³⁸¹. Sin embargo, aceptar que no es necesario el consentimiento es contrario a lo previsto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y al derecho constitucional a la dignidad humana, por lo que de hecho éste deberá tenerse en cuenta en su imposición¹³⁸². Además, tal como apunta GARCÍA ALBERO, “la previsión de un tratamiento contra la voluntad del penado plantea un problema previo al jurídico: el de su efectividad”¹³⁸³.

¹³⁸⁰ Vid. SANZ MORÁN, A. J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 142.

¹³⁸¹ Cfr. la exigencia de consentimiento durante la ejecución de la prisión en el art. 210.1 Reglamento Penitenciario: “1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial”.

¹³⁸² Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 156; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 691; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 174; BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, op. cit., p. 139; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313. Igualmente, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., p. 207: “Además, en la medicina actual, ajena al principio de la beneficencia, el tratamiento médico del imputable consciente no contagioso, por llamarlo de alguna manera, se basa en el principio del consentimiento informado, lo que excluye cualquier modalidad de tratamiento médico forzoso”.

¹³⁸³ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., pp. 690-691.

2.4.4. Cuestiones generales relativas al contenido de la libertad vigilada.

Una vez analizadas las distintas obligaciones y prohibiciones contenidas en el art. 106.1 CP, puede reafirmarse lo apuntado más arriba: que la libertad vigilada tiene un carácter primordialmente inocuizador del sometido a la misma. Así, en abstracto, sólo hay dos concretas obligaciones, de las cuales es dudosa su obligatoriedad, que tienen un carácter nítidamente rehabilitador, el resto o pretenden tener controlado al sujeto o tienden a proteger a terceras personas pero no a reducir el riesgo de reincidencia por un tiempo más allá del de la duración de la libertad vigilada.

Una de las críticas más generales en torno al contenido de la libertad vigilada es la falta de previsión por parte del legislador de un responsable de la ejecución de la medida, que podría denominarse agente de libertad vigilada, encargado de controlar que se cumplan las obligaciones y prohibiciones impuestas y de asistir y apoyar al sujeto sometido a la medida en su resocialización¹³⁸⁴. La no inclusión del dicho agente dificultará el control del cumplimiento de la libertad vigilada lo que consecuentemente vaciará de contenido la medida de seguridad¹³⁸⁵. A su vez, la provisión de un agente de libertad vigilada que tuviera entre sus funciones la de apoyar y asistir en la resocialización del condenado hubiera reforzado el fin preventivo-especial que debería orientar la ejecución de la libertad vigilada. Esta figura tampoco ha sido creada por el Real Decreto 840/2011, de

¹³⁸⁴ Vid., entre otros, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, op. cit., pp. 263-271; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 105-106; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 263-264; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313; ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 152; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1513; ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., p. 200; MAGRO SERVET, V., “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 7074, 2008, *passim*.

¹³⁸⁵ En este sentido, vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 264; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1513; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 106; ROCA POVEDA, M., “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”, op. cit., p. 48.

17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, pues, aunque prevé la creación del servicio de gestión de penas y medidas alternativas, órgano dependiente de la Administración penitenciaria encargado de las tareas de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad (art. 2.4 RD 840/2011), nada se dice sobre su función en el único artículo referido a la libertad vigilada (art. 23 del citado reglamento).

2.5. El momento de determinación del contenido de la medida y su régimen de ejecución.

Otra particularidad de la libertad vigilada cuando se impone a sujetos imputables es que, aunque su imposición debe realizarse en sentencia condenatoria, su ejecución queda suspendida hasta el cumplimiento de la pena de prisión que le haya sido impuesta, momento en el que se acordará si debe activarse y, en caso afirmativo, qué concretas obligaciones y prohibiciones se imponen al sometido a libertad vigilada¹³⁸⁶. En concreto, el art. 106.2 CP establece que “[...] En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el JVP, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará [...] el contenido de la medida fijando el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado”. A ello debe añadirse además la posibilidad establecida en el art. 106.3.c) CP de dejar sin efecto la medida en vista del pronóstico positivo de reinserción a través del procedimiento regulado en el

¹³⁸⁶ Al respecto, cfr. las SSAP de Cáceres (sección 2ª), 349/2014, de 5 de septiembre, de Lugo (sección 2ª) 133/2014, de 16 de julio y de Ceuta (sección 6ª) 116/2014, de 1 de septiembre, en las que, contrariamente a lo establecido en el CP, se determina el contenido de la medida de libertad vigilada en la propia sentencia condenatoria.

art. 98 CP y el art. 23 del RD 840/2011, donde se concreta el modo de proceder para la activación de la libertad vigilada impuesta a sujetos imputables.

Así, la Junta de Tratamiento u órgano autonómico equivalente del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional, tres meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad y a solicitud del JVP, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado en el que se propondrán de forma motivada las obligaciones y prohibiciones concretas a las que debería ser sometido el condenado a libertad vigilada¹³⁸⁷. De acuerdo con dicho informe técnico, el JVP deberá decidir si procede la ejecución de la libertad vigilada o no. Para ello, deberá tenerse en cuenta, según el informe técnico elaborado, el grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia del concreto sujeto. Esto es, la concurrencia o no de peligrosidad de comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza¹³⁸⁸. En caso afirmativo, se deberá determinar las concretas obligaciones y prohibiciones que se imponen al sujeto. Conforme a la propuesta del JVP el Juez o Tribunal sentenciador resolverá de forma motivada, oída la propia persona sometida a la medida, el Ministerio Fiscal y las demás partes¹³⁸⁹.

Junto a ello, el art. 106.2 CP prevé que en el caso que se hubieren impuesto varias penas privativas de libertad, a efectos de determinar el momento en que debe acordarse si se da inicio o no a la medida de libertad vigilada, se entenderá que todas ellas son una sola pena. Además se prevé el supuesto de que al sujeto se le hayan impuesto diversas medidas de libertad vigilada. La regla general es que si son compatibles se cumplirán de

¹³⁸⁷ Vid. art. 23 RD 840/2011 y la Instrucción 19/2011, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, relativa al cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria.

¹³⁸⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual, arts. 189 y 192 CP”, op. cit., p. 179; quien indica que “la peligrosidad debe ser entendida como riesgo razonable de comisión de futuros delitos de similar naturaleza, pese a que el art. 192 se limita a referirse a la «peligrosidad del autor», que, pese a lo genérico de la fórmula legal, no debe ser interpretada como condición del sujeto asociada a su modo de vida en términos de un inconstitucional Derecho penal de autor”. Vid., también, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., p. 221.

¹³⁸⁹ El art. 98.3 CP establece que las víctimas del delito deberán ser oídas incluso en el caso en que no estuvieran personadas pero si lo hubieran solicitado.

forma simultánea y, si son incompatibles de forma sucesiva, sin perjuicio del proceso simplificado de modificación del contenido de la libertad vigilada.

Como se ve, el texto final de la LO 5/2010 no ha tenido en consideración las objeciones que el CGPJ y el Ministerio Fiscal en sus preceptivos informes al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 realizaron sobre la posibilidad de que se impusiera la libertad vigilada ante sujetos que han cumplido la última parte de la pena de prisión en tercer grado penitenciario o en libertad condicional. Es evidente que aquellos supuestos en que la pena de prisión es ejecutada en toda su extensión en régimen ordinario¹³⁹⁰ no se plantea problema alguno; acreditada la peligrosidad criminal se ejecutará la libertad vigilada, que a su vez actuará como una suerte de libertad condicional aplazada¹³⁹¹. Incluso en estos casos, podría plantearse el hecho de que la libertad vigilada no se ejecutara cuando quedara acreditado que, aun existiendo riesgo de reincidencia, el reo no ha podido ampararse en un plan individualizado de reeducación y reinserción social, de modo que no puede pretenderse lograr unas determinadas finalidades que debieran haberse perseguido durante la ejecución de la pena de prisión¹³⁹². Junto a estos, parece que en aquellos casos en que se produzca el licenciamiento definitivo en régimen de tercer grado o, más aún, disfrutando de la libertad condicional¹³⁹³ el JVP debería elevar al Juez sentenciador una propuesta en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de la misma, pues para la obtención de los mismos es necesario que se haya observado buena

¹³⁹⁰ Téngase en cuenta que ello no será extraño dadas las dificultades que desde 2003 existen para que tanto los delincuentes sexuales como los terroristas obtengan beneficios penitenciarios. En concreto, la imposibilidad de obtener el tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de la pena cuando la duración de la misma sea superior a cinco años, y la exigencia de que haber abandonado la actividad terrorista y prestar colaboración con las autoridades policiales y judiciales, en el caso de condenados por delitos de terrorismo.

¹³⁹¹ Vid., GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 693, quien se pregunta si “la nula mención al problema, por parte del legislador, revele, en una suerte de desliz freudiano, la convicción de que ni los delincuentes sexuales ni los terroristas merecen nunca los beneficios del sistema de individualización científica”.

¹³⁹² En este sentido, vid. CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., pp. 197-198.

¹³⁹³ Téngase en cuenta que el Código Penal posibilita la imposición de la libertad vigilada como regla de conducta durante la ejecución de la libertad condicional ex art. 90.2 CP. Así lo indica, acertadamente, ROCA POVEDA, M., “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”, op. cit., p. 49.

conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social¹³⁹⁴. Sólo debería finalmente ejecutarse la libertad vigilada en aquellos casos en que habiendo obtenido el tercer grado o la libertad condicional, se hubiera producido un retroceso en la reinserción social del sujeto. No obstante, nada impide que cumplida la última parte de la pena de prisión en régimen de libertad condicional se dé inicio a la ejecución de la libertad vigilada. Es más, el art. 23 del RD 840/2011 prevé esta opción¹³⁹⁵ de forma expresa¹³⁹⁶. Aceptando pues su posible imposición aun cuando se haya obtenido beneficios penitenciarios durante la ejecución de la pena de prisión – lo que demostraría la rehabilitación del condenado –, las obligaciones y prohibiciones que efectivamente acaben imponiéndose deberán ser, en todo caso, menos restrictivas que las que se impusieron como reglas de conducta de la libertad condicional¹³⁹⁷.

Tomada la decisión de activar la ejecución de la libertad vigilada será éste el momento en que se deberá, como se ha dicho, establecer las concretas obligaciones y prohibiciones que van a imponerse. Para ello, deberán tenerse en cuenta las necesidades que tenga la persona sometida a la medida y su imposición deberá ser respetuosa, en todo lo posible, con el desarrollo de la vida familiar y laboral de la persona, de modo que se facilite la reinserción del sujeto¹³⁹⁸. Lo ideal sería, como indica CID MOLINÉ que

¹³⁹⁴ A favor de esta interpretación, a la que de *lege ferenda* me adhiero, CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., pp. 196-197. A favor de esta posición, CÁMARA ARROYO, S., “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, en *La Ley Penal*, núm. 96-96, 2012, p. 18.

¹³⁹⁵ Vid. art. 23 RD 840/2011 *in fine*: “El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional”.

¹³⁹⁶ En este sentido, vid. SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 150-151; CÁMARA ARROYO, S., “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, op. cit., p. 18.

¹³⁹⁷ En este sentido, vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., pp. 693-694; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 266; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 122-123; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., p. 222.

¹³⁹⁸ Vid. CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., pp. 198-199.

en principio se impusieran únicamente aquellas obligaciones y prohibiciones con una finalidad marcadamente correctiva y dejar aquellas que sólo tienen un contenido de control para los casos en que se pusiere de manifiesto, desde un principio o posteriormente a través de la modificación del contenido de la libertad vigilada, un rechazo de la persona a colaborar en su proceso de rehabilitación y finalmente, las de protección a la víctima sólo cuando sean solicitadas por la propia víctima y se planteen como necesarias para evitar una nueva victimización¹³⁹⁹. No obstante, la realidad será otra. No creo que la libertad vigilada realmente pretenda resocializar a aquel que no ha sido rehabilitado en prisión, sino sólo precisamente controlarlo durante un nuevo periodo de tiempo. Primero, porque la motivación político-criminal de esta institución es la de inocuizar a los delincuentes sexuales y terroristas¹⁴⁰⁰. Y segundo, porque de acuerdo con el posible contenido de la libertad vigilada es difícil encontrar obligaciones o prohibiciones que lo que pretendan no sea bien controlar al sujeto bien proteger a determinadas personas.

Asimismo, en el momento de concretar las concretas obligaciones y prohibiciones a imponer, deberá tenerse en cuenta si, en sentencia condenatoria, junto con la pena de prisión y la libertad vigilada, se impusieron, por vía del art. 57 CP, o vía art. 578 CP para determinados delitos de terrorismo, alguna de las penas accesorias reguladas en el art. 48 CP. A saber, si en sentencia condenatoria se impone alguna de las penas accesorias establecidas en el art. 48 coincidentes en contenido y fundamento a algunas de las prohibiciones tendentes a la protección de terceras personas que conforman la libertad vigilada¹⁴⁰¹, no será posible su concreción en sede de libertad vigilada, o por el contrario se estaría infringiendo el principio *non bis in idem*. El problema está en determinar cuál de las prohibiciones no debe imponerse, si como pena accesoria o en

¹³⁹⁹ Cfr. en CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., p. 199.

¹⁴⁰⁰ Vid. *supra* el análisis del contexto socio-político previo a la aprobación de la libertad vigilada.

¹⁴⁰¹ Se está pensando en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

sede de libertad vigilada¹⁴⁰². Personalmente, creo que la solución sólo puede ser una. Si se decide imponer alguna de las prohibiciones contenidas en el art. 48 CP como pena accesoria vía art. 57 CP deberá decidirse en sentencia condenatoria, de modo que en el momento de determinar el concreto contenido de la libertad vigilada, las primeras ya estarán impuestas. Consecuentemente, en el momento de determinar el contenido de la libertad vigilada deberá tenerse en consideración las penas accesorias impuestas y de ser así no imponerlas como prohibiciones de la medida de seguridad¹⁴⁰³. Debe reconocerse, no obstante, que es posible la imposición conjunta de dichas prohibiciones como penas y como contenido de la libertad vigilada en dos supuestos. El primero, tal como indica FEIJOO SÁNCHEZ, si a pesar de ser impuesta una de las prohibiciones como pena accesoria, se considera que, debido a la peligrosidad criminal, es necesario complementar la pena con alguna de las prohibiciones contempladas como parte de la medida de libertad vigilada. Esto es, si la peligrosidad se mantiene más allá del cumplimiento de la pena accesoria destinada al efecto¹⁴⁰⁴. El segundo, tal como indica TORRES ROSELL, en aquellos supuestos en que el “juez decida emplear la libertad vigilada para extender la cohorte de sujetos protegidos – por ejemplo, incluyendo a determinados familiares o personas no contempladas en la inicial adopción de la pena accesoria de prohibición de aproximación, pero respecto de los cuales se aprecia, en el momento de dictar la medida de libertad vigilada, cierto riesgo de victimización –, o incluso para extender el radio de protección a una mayor distancia o incluyendo lugares no previstos por la vía del art. 48 CP”¹⁴⁰⁵. En estos supuestos, además, se generará otro problema: el de las consecuencias de su incumplimiento, pues en el caso de ser configurada como pena accesoria, un solo incumplimiento supondrá el quebrantamiento

¹⁴⁰² Cfr. las dos opciones en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 255-256.

¹⁴⁰³ En el mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 200; GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 690; SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 110-111; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 122; DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., pp. 184-186.

¹⁴⁰⁴ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., p. 224.

¹⁴⁰⁵ Cfr. en TORRES ROSELL, N., *Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales*, op. cit., p. 10.

de la pena y en cambio en sede de libertad vigilada sólo el incumplimiento reiterado o grave supondrá el quebrantamiento de la prohibición¹⁴⁰⁶.

Para evitar los problemas que plantea la libertad vigilada con respecto a la ejecución de la pena de prisión y a su compatibilidad con la imposición de penas accesorias, hubiera tenido más sentido que la ejecución de la libertad vigilada se iniciara junto con la de la pena de prisión y su duración se prolongará, si ello fuera necesario de acuerdo con la peligrosidad criminal del sujeto, por un tiempo máximo establecido en la ley, al estilo de las penas accesorias¹⁴⁰⁷. De este modo, en el momento de dictar sentencia aquellas prohibiciones que quisieran imponerse como penas accesorias con carácter facultativo podrían ya imponerse como contenido de la libertad vigilada sin que se produjeran más incongruencias que las penas accesorias de imposición preceptiva (art. 57.2 CP) y que se tendrían en cuenta para la determinación de la medida¹⁴⁰⁸. Además, aunque durante la primera fase de ejecución de la prisión podría considerarse que no tiene mucho sentido que la libertad vigilada ya se esté ejecutando, ello cobraría sentido en el momento de disfrutar de un permiso penitenciario o en el momento en que se concediera el tercer grado penitenciario y la posterior libertad condicional¹⁴⁰⁹.

Debe, antes de abordarse el régimen de ejecución de la libertad vigilada, preguntarse si en todo caso la libertad vigilada se ejecuta una vez cumplida la pena de prisión impuesta. Esta cuestión no plantea ninguna duda en relación con los delincuentes sexuales, pues el art. 192.1 CP así lo establece claramente. No obstante, en relación con

¹⁴⁰⁶ Así lo ponen de manifiesto, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 200; TORRES ROSELL, N., *Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁰⁷ En este sentido, vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 694; SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, op. cit., pp. 1021-1022; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1510.

¹⁴⁰⁸ Así, SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, op. cit., p. 1021.

¹⁴⁰⁹ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., p. 694; SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, op. cit., pp. 1021-1022.

los sujetos que han cometido un delito de terrorismo la cuestión es bien distinta. Así, el art. 579.3 CP establece que “a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada [...]”. No se dice, a diferencia del 192.1 CP, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y puesto que el 106.2 CP establece que la ejecución será posterior a la pena privativa en aquellos casos en que así se prevea en la parte especial del Código, su aplicación en el caso de delitos de terrorismo es dudosa¹⁴¹⁰. Personalmente, a pesar de la dispar y mejorable redacción entre uno y otro precepto, creo que la intención del legislador es que la ejecución de la libertad vigilada sea, también en estos casos, posterior a la de la pena de prisión, pues así se desprende de la Exposición de motivos en tanto que indica: “La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable [...] también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación [...]”.

Una vez determinado el contenido de la medida, extinguida la pena de prisión impuesta junto con la libertad vigilada, se iniciará la ejecución de la misma (art. 106.2 CP). Puesto que de una medida de seguridad se trata y por tanto sometida al principio de flexibilidad en su ejecución, durante la ejecución de la medida de libertad vigilada el Juez o Tribunal podrá, por un lado, acordar la modificación de las obligaciones y prohibiciones impuestas y, por otro, acordar la reducción de la duración de la medida e incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción cuando considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106.3 CP). Para ello deberá seguirse el procedimiento

¹⁴¹⁰ Vid. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., pp. 182-184, quien considera que en el caso de comisión de delitos de terrorismo, la libertad vigilada se ejecuta junto con la pena de prisión y no sucesivamente. Igualmente, SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 137-138; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, op. cit., p. 42.

establecido en el art. 98 CP. En concreto, el JVP, al menos anualmente, valorará los informes emitidos por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas y formulará una propuesta de mantenimiento de la medida, modificación de las obligaciones y prohibiciones impuestas, reducción de su duración o cese de la libertad vigilada. La propuesta formulada por el JVP deberá ser elevada al Juez o Tribunal sentenciador quien, previa audiencia del sometido a la medida, del Ministerio Fiscal, de las demás partes e incluso de las víctimas del delito aunque no estuvieren personadas si así lo solicitan, resolverá a través de resolución motivada¹⁴¹¹.

De la regulación del procedimiento y las posibles decisiones que puede tomar el Juez o Tribunal se plantean una serie de cuestiones de difícil resolución. Por un lado, el art. 106.3 CP establece las concretas decisiones que, una vez impuesta la libertad vigilada, pueden adoptarse. Por un lado, dejar sin efecto la medida con anterioridad a su ejecución y, por otro, modificar el contenido inicialmente acordado, reducir la duración de la medida o poner fin a la misma anticipadamente. Para ello, sigue el art. 106.3 CP, deberá seguirse el procedimiento del art. 98 CP. El problema está en determinar, si el 106.3 CP hace referencia al art. 98.3 o al 98 CP. Si se tratará del art. 98.3 CP, relativo estrictamente al procedimiento a seguir, no habría ningún problema. No obstante, el art. 98.1 CP se refiere específicamente a la libertad vigilada cuando su ejecución es posterior a la de una pena privativa de libertad (para imputables) y además es donde se especifica cada cuanto tiempo debe, al menos, revisarse la ejecución de la medida de libertad vigilada. Pero además, este apartado primero del art. 98 CP establece que el JVP está obligado a elevar (al sentenciador) una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, lo que contradice el art. 106.3 CP además de resultar imposible en un concreto caso. Así pues, a diferencia de lo señalado específicamente para la libertad vigilada, el art. 98 CP posibilita suspender e incluso sustituir la medida de libertad vigilada. En el primer caso, aunque no previsto en el 106.3 CP, y por tanto no parece que ello esté pensado para la libertad vigilada, podría ser posible. En el segundo, resulta del todo imposible sustituir la libertad vigilada por otra medida, pues

¹⁴¹¹ Vid. SANZ MORÁN, A. J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, op. cit., p. 137, quien critica que se dé audiencia a la víctima del delito.

frente a sujetos imputables la única medida de seguridad que puede imponerse es la que pretende sustituirse¹⁴¹².

2.6. El incumplimiento de la libertad vigilada.

El art. 106 CP regula en su apartado cuarto el supuesto de incumplimiento de la medida de libertad vigilada. En concreto, se establece que “En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del art. 468 de éste Código”.

Como puede deducirse del propio articulado, se contemplan dos regímenes de actuación en el caso de incumplimiento de las obligaciones – ya sea una o varias – impuestas. En primer lugar, para el supuesto en que el incumplimiento sea leve y, en segundo lugar, para aquellos casos en que el incumplimiento sea grave o reiterado, que revele la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones que hayan sido impuestas. En el primer supuesto, el Juez o Tribunal sentenciador, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 98 CP, podrá acordar la modificación de las obligaciones y/ o prohibiciones impuestas por otras de las establecidas en el art. 106.1 CP. En el segundo supuesto, el Juez deberá, además de modificar las obligaciones o prohibiciones incumplidas si así lo considera, deducir testimonio por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena regulado en el art. 468.2 CP y que conlleva la imposición de una pena de prisión de 6 meses a 1 año¹⁴¹³.

¹⁴¹² Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 199.

¹⁴¹³ Vid. DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 190, quien, incorrectamente, considera que en el caso de incumplimiento por parte de un inimputable o semi-imputable debería optarse por la aplicación del apartado primero del art. 468 CP.

El legislador, al igual que al configurar el régimen de aplicación de la libertad vigilada para sujetos imputables, ha optado por configurar un régimen de incumplimiento *ad hoc* – cfr. art. 100 CP – para la libertad vigilada. No obstante, sigue rigiendo el apartado 3 del art. 100 CP, de modo que en el caso de incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico (art. 106.1.k) CP) nunca podrá considerarse que se ha quebrantado la medida de libertad vigilada¹⁴¹⁴ aunque, eso sí, el Juez podrá acordar la sustitución de ésta por otra medida. La doctrina ha manifestado que aunque no se hubiera previsto la excepción al quebrantamiento de la libertad vigilada por el “incumplimiento” de la obligación de seguir tratamiento médico, dicha obligación quedaría igualmente sin efecto por la aplicación de la Ley 41/2002 y el art. 10.1 CE¹⁴¹⁵. El problema se plantea en relación con los supuestos aquí analizados, los delincuentes imputables, pues no es posible la imposición de otra medida de seguridad distinta de la libertad vigilada¹⁴¹⁶. En todo caso, sí que sería posible la modificación de dicha obligación por otra de las contempladas en el art. 106.1 CP vía arts. 106.3 y 98 CP.

El legislador, a diferencia de la regulación prevista en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, ha precisado los elementos que diferencian el incumplimiento que supone la simple modificación de medidas a aquel que significa que se deduzca testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de codena. Más correcto aun, hubiera sido que el legislador hubiera optado por definir qué debe entenderse por incumplimiento grave y qué por reiterado.

Finalmente, hay un aspecto relacionado con el incumplimiento de la libertad vigilada que el legislador no ha regulado y resulta importante. A saber, qué sucede con la

¹⁴¹⁴ Téngase en cuenta que el art. 100.3 CP únicamente se refiere a la obligación de seguir tratamiento médico externo pero no a la de someterse a un control médico periódico. en este sentido, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., p. 223; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1512.

¹⁴¹⁵ Vid. *supra* en más detalle, en el análisis del contenido de la obligación seguir tratamiento médico externo.

¹⁴¹⁶ Así lo apunta SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, op. cit., pp. 1025-1026.

ejecución de la medida de libertad vigilada cuando ésta es quebrantada¹⁴¹⁷, pues el Código Penal no dice nada al respecto¹⁴¹⁸.

2.7. La Constitucionalidad de la libertad vigilada.

La doctrina científica ha planteado frente a la imposición de la libertad vigilada a sujetos plenamente imputables algunas objeciones constitucionales referidas, por un lado, a la posible vulneración del principio *non bis in idem* íntimamente ligado al principio de legalidad contenido en el art. 25.1 CE y, por otro lado, a los problemas de compatibilidad entre la pena de prisión y la medida de libertad vigilada en tanto que ambas sanciones están orientadas al mismo objetivo: la reeducación y la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE).

En relación con la primera de las cuestiones, GARCÍA ALBERO¹⁴¹⁹ ha indicado que la constitucionalidad de la libertad vigilada es salvada gracias a su imposición en sentencia juntamente con la pena de prisión. Si, por el contrario, la libertad vigilada fuera impuesta una vez cumplida la pena de prisión, de lo que se trataría es de añadir una nueva sanción penal a la impuesta en sentencia y por tanto se vulneraría el principio *non bis in idem*. Además, si de lo que se tratara fuera imponer una medida de libertad vigilada “por razón de una subsistente y autónoma peligrosidad criminal, entonces estaríamos en presencia de medidas de seguridad predelictual”. Contrariamente a la opinión defendida más arriba se pronuncian VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹⁴²⁰ y HUERTA

¹⁴¹⁷ Igualmente, DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, op. cit., p. 191, quien se plantea si en caso de quebrantamiento la medida continua inalterada, suspendida o se extingue.

¹⁴¹⁸ Vid. SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., p. 154, quien considera que siempre que sea posible deberá continuar ejecutándose. Contrariamente, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, op. cit., p. 228, quien considera que durante la ejecución de la pena de prisión la ejecución de la libertad vigilada quedaría suspendida.

¹⁴¹⁹ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, op. cit., pp. 685-686.

¹⁴²⁰ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 252.254.

TOCILDO¹⁴²¹ quienes consideran que no sólo es posible la imposición de la libertad vigilada con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión, sino que lo que puede provocar problemas de constitucionalidad es su imposición en sentencia condenatoria como consecuencia del automatismo previsto por el legislador¹⁴²². En concreto, consideran que puesto que la pena y la medida de libertad vigilada tienen distintos fundamentos no es posible vulnerar el principio *non bis in idem* a pesar que la imposición de la libertad vigilada se realice en un momento posterior.

Ciertamente, la presunción de peligrosidad que el legislador establece para los sujetos imputables que han cometido un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, como ya se ha apuntado *supra*¹⁴²³, plantea graves problemas. No obstante, no parece posible que pueda imponerse una nueva sanción en lugar distinto a la sentencia condenatoria, pues cumplidas las sanciones establecidas en sentencia se ha cumplido la condena y, por tanto, no es posible volver a castigar a un sujeto por el mismo hecho aunque para ello se justifique el distinto fundamento entre una y otra sanción¹⁴²⁴.

También, aunque por motivos distintos, ACALE SÁNCHEZ plantea problemas de constitucionalidad entre la aplicación de la agravante de reincidencia y la imposición de la libertad vigilada¹⁴²⁵, de modo que en los supuestos en que se aplicare la agravante de reincidencia y se impusiera acumulativamente una medida de libertad vigilada se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*.

¹⁴²¹ Cfr. en HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 128-132, quien además considera que al imponerse posteriormente se salvarían los problemas relacionados con la libertad condicional. Sin embargo, la autora no ha caído en que aunque la imposición sea en sentencia la ejecución de la libertad vigilada no es hasta cumplida la pena y el art. 106.3 CP prevé la posibilidad de dejarla sin efecto en vista del pronóstico individualizado de reinserción, por lo que en la práctica se podrían plantear las mismas cuestiones.

¹⁴²² Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., p. 131.

¹⁴²³ Vid. *supra* el apartado relativo a la imposición y duración de la libertad vigilada.

¹⁴²⁴ Al respecto, aunque en relación con la imposición de una medida de seguridad acumulativa a una pena de prisión, vid. STEDH (sección 5ª) caso Haidn contra Alemania, de 13 de enero de 2011, par. 84-88.

¹⁴²⁵ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 190.

Finalmente, CID MOLINÉ considera que la imposición de la pena de prisión y la medida de libertad vigilada a un sujeto imputable supone “la imposición de dos reacciones penales – la pena y la medida de seguridad – a una misma persona, que en principio están guiadas por los mismo objetivos – la reeducación y la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE) – y que, por tanto plantean importantes problemas de compatibilidad, que requieren ser abordados atendiendo a la finalidad constitucional de las penas y las medidas de seguridad y a los límites de proporcionalidad que deben guiar su imposición y ejecución”¹⁴²⁶. En un sentido parecido, HUERTA TOCILDO mantiene que la imposición conjunta de una pena y la medida de libertad vigilada a un sujeto imputable puede vulnerar el art. 25.2 CE, y no tanto por el mero hecho que ambas sanciones persiguen el mismo objetivo, sino por el hecho de que “en la mayoría de los casos para los que ha sido prevista, la medida de libertad vigilada no será necesaria porque no habrá necesidad de resocializar al resocializado, o no será eficaz porque no habrá posibilidad de resocializar al no resocializable o porque el conjunto de prohibiciones que comporta – singularmente las relativas a la privación del derecho de residir o de acudir a ciertos lugares – puede producir un efecto contrario a la reinserción social”¹⁴²⁷.

3. La proyectada regulación de la libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2013.

3.1. Introducción.

La última de las grandes reformas del Código Penal de 1995, operada por la Ley Orgánica 5/2010, introdujo como una de las principales novedades la aprobación de una

¹⁴²⁶ Cfr. en CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, op. cit., p. 190.

¹⁴²⁷ Cfr. en HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, op. cit., pp. 133-134 y en concreto 135. Contrariamente, vid. GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal”, op. cit., pp. 625-626, quien considera que el principio constitucional de resocialización queda salvado por la posibilidad de dejar sin efecto *ex art.* 106.2 CP la ejecución de libertad vigilada.

medida de seguridad no privativa de libertad llamada libertad vigilada¹⁴²⁸. Como se ha indicado, su introducción, aunque tímida en lo que respecta a las tipologías delictivas afectadas¹⁴²⁹, supuso el inicio del cambio de paradigma del sistema de sanciones penales configurado por el Código Penal de la *democracia*: se abría la puerta a la posibilidad de imponer una medida de seguridad no privativa de libertad a sujetos imputables una vez éstos hubieran cumplido una pena de prisión.

La reforma del Código Penal que se pretende emprender a través del Proyecto de reforma publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013¹⁴³⁰ abunda en el proceso iniciado por la LO 5/2010, en el sentido de abandonar el sistema monista de sanciones penales establecido por el CP 1995, generalizando la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a sujetos declarados imputables hasta el punto que además de la medida de libertad vigilada, también será posible la imposición de la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación¹⁴³¹. Asimismo, la reforma plantea la modificación del art. 6.2 del CP, relativo al principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, con la finalidad de hacer depender la duración de las mismas únicamente en la peligrosidad que presenta el sujeto, sin limitación alguna en relación con la naturaleza y la duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. A pesar de ello, sí que el proyectado art. 95.2 CP pretende recoger, aunque parcialmente, la referencia a que las medidas de seguridad deberán ser proporcionales – entre otros aspectos – al delito cometido¹⁴³². Además, se pretende modificar el sistema vicarial de ejecución de penas y medidas de seguridad (*ex art. 101 PrCP 2013*)¹⁴³³. Ahora se posibilita, en determinados supuestos, la ejecución previa de la pena cuando ésta haya sido impuesta conjuntamente con una medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación. Asimismo, la imputación de la duración de la medida para la pena, de aprobarse el Proyecto, resultaría parcial hasta el límite de las tres cuartas

¹⁴²⁸ Vid. arts. 96 y 106 CP.

¹⁴²⁹ En lo que a sujetos imputables se refiere, vid. arts. 192 y 579 CP.

¹⁴³⁰ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-66-1 de 04/10/2013.

¹⁴³¹ Vid. art. 100.1 Proyecto de reforma del Código Penal (PrCP) de 2013.

¹⁴³² Sobre ello, vid., ACALE SÁNCHEZ, M., “Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013, a debate*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2014, pp. 27-29.

¹⁴³³ Cfr. en ACALE SÁNCHEZ, M., “Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad”, *op. cit.*, pp. 38-41.

partes de la duración de la pena impuesta. Además, se contempla legalmente la regulación de un nuevo régimen vicarial de ejecución de penas y medidas para sujetos imputables tanto si junto con una pena se impone una medida de seguridad privativa de libertad como si se impone una no privativa de libertad (la libertad vigilada).

Finalmente, la reforma que el prelegislador pretende abordar modifica sustancialmente la actual regulación de la libertad vigilada. Con ella se pretende que la facultad de imponer medidas de seguridad frente a sujetos imputables considerados peligrosos pase de ser una posibilidad limitada sólo a aquellos sujetos que han cometido un delito contra la libertad sexual o de terrorismo a una posibilidad generalizada para un amplio catálogo de delitos. La modificación proyectada introduce mejoras en algunas de las cuestiones más problemáticas que presenta la vigente regulación de la libertad vigilada; así, en la determinación de los supuestos en que es aplicable dicha medida, la facultad de los Jueces y Tribunales a la hora de poder determinar la necesidad de su imposición o el momento en que debe darse inicio a la ejecución de la misma. Sin embargo, el texto proyectado modifica otros aspectos de la regulación que, tanto desde un punto de vista estrictamente jurídico como de política criminal, presentan ciertas dudas. En las líneas que siguen se abordarán algunas de las principales modificaciones que se pretenden introducir a través del Proyecto de reforma del Código Penal presentado el 20 de septiembre de 2013.

3.2. El concepto de la medida de seguridad de la libertad vigilada.

En la actual regulación se define la libertad vigilada como el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas enumeradas en el art. 106.1 CP. Frente a ello, el Proyecto de reforma del Código Penal elimina directamente el concepto legal de libertad vigilada. En un principio, podría considerarse inapropiada la eliminación del mismo, sobre todo atendiendo a la posible inseguridad jurídica a que parece que pueda abocar la

sobrevvenida ausencia de conceptualización normativa¹⁴³⁴. Sin embargo, su eliminación podría defenderse con base en dos argumentos. El primero, como consecuencia lógica de que la libertad vigilada ya no es una medida de seguridad no privativa de libertad más, sino que pasa a constituir la medida de seguridad no privativa de libertad por antonomasia; proceso que ya se inició con su aprobación a través de la LO 5/2010 y que se pretende culminar con la nueva reforma proyectada, al integrarse la gran mayoría de las medidas de seguridad existentes con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010 dentro de la medida de libertad vigilada, dejando únicamente como medidas autónomas la prohibición de ejercicio de actividad profesional y la expulsión del territorio nacional de extranjeros. La segunda de estas razones, derivada de la primera, radica en que el actual concepto poco (o nada) aporta a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, pues la libertad vigilada no constituye más que el elemento aglutinador de una serie de obligaciones y prohibiciones cada una con su particular contenido. Es más, de la regulación del art. 104 bis.1 del Proyecto de reforma del Código Penal se deduce fácilmente que la libertad vigilada consiste en la obligación de estar sometido a una o más de las obligaciones y prohibiciones que se prevén en el propio precepto durante todo o parte del tiempo de duración de la libertad vigilada. La única objeción a dicha interpretación podría presentarse por el hecho de haberse incluido en el art. 104 bis.2 PrCP una cláusula final que faculta al Juez a imponer otras condiciones más allá de las expresamente establecidas. Sólo por este motivo hubiera podido ser adecuado establecer un concepto legal de libertad vigilada con el objetivo de acotar cual es la finalidad que debe perseguir la misma.

3.3. La imposición de la libertad vigilada.

La medida de libertad vigilada configurada de acuerdo con la reforma de Código Penal continúa teniendo como destinatarios los sujetos que hayan sido declarados inimputables o semi-imputables por la comisión de un hecho delictivo aunque, a diferencia de la actual regulación, éstos ya no serán los principales destinatarios de la

¹⁴³⁴ En este sentido, vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 137; Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 91.

medida, tal y como seguidamente se expondrá. A diferencia de la regulación vigente, el Proyecto de CP incorpora un precepto de nueva creaci3n en el que se especifican los supuestos de imposici3n de libertad vigilada. En concreto, el proyectado art. 104 establece los siguientes supuestos en que ser4 posible la imposici3n de la medida de seguridad de libertad vigilada, el responsable de su imposici3n y el margen de discrecionalidad a la hora de tomar la decisi3n acerca de la imposici3n de la misma. El precepto indica que la misma ser4 aplicable:

- a) A sujetos imputables en aquellos delitos expresamente previstos siempre y cuando se haya impuesto una pena de m4s de un a3o de prisi3n.
- b) Como condena principal para aquellos sujetos declarados inimputables o semi-imputables.
- c) Con posterioridad a la ejecuci3n de una medida de seguridad privativa de libertad.

3.3.1. Imposici3n de la libertad vigilada a sujetos declarados imputables.

La proyectada reforma opera en este aspecto una de las m4s importantes modificaciones en la libertad vigilada, que no es otra que la de su imposici3n facultativa. El art3culo 104.1 del Proyecto de C3digo Penal establece que el Juez o Tribunal (sentenciador) *podr4 imponer*, se supone que en sentencia¹⁴³⁵, una medida de libertad vigilada a un sujeto imputable en aquellos casos en que se haya cometido un delito por el cual se imponga una pena de m4s de un a3o de prisi3n y se prevea, de forma expresa, la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada siempre y cuando se cumplan los requisitos de los n3meros 2 y 3 del art3culo 95 PrCP. Esto es, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pron3stico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisi3n de nuevos delitos y que la imposici3n de la libertad vigilada resulte necesaria para “compensar”¹⁴³⁶, dice la ley, al menos

¹⁴³⁵ De hecho, seg3n el art. 3.1 CP, solo es posible la ejecuci3n de una medida de seguridad que haya sido impuesta en sentencia. Igualmente, vid. la cr3tica a la falta de previsi3n de la resoluci3n en que debe adoptarse la decisi3n de imponer la medida de libertad vigilada en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del C3digo Penal de 2012, p. 137.

¹⁴³⁶ Vid. al respecto, ZUGALD3A ESPINAR, J. M., “Medidas de Seguridad”, en 3LVAREZ GARC3A, F. J. (Dir.), *Estudio cr3tico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo

parcialmente, la peligrosidad del sujeto. Ciertamente, la medida debe resultar necesaria o no, no para compensar, sino para prevenir la peligrosidad del sujeto. Sin lugar a dudas, de las reformas que se pretenden abordar a través de la aprobación del Proyecto, la más acertada en relación con la modificación de la regulación de la libertad vigilada es la relativa a la eliminación del carácter de imposición preceptiva para sujetos imputables¹⁴³⁷.

Tal como se ha indicado, la proyectada reforma pretende que la libertad vigilada pueda ser impuesta ante un elevado número de delitos. En concreto, su imposición frente a sujetos imputables se ve ampliada a los delitos contra la vida (art. 140 bis), lesiones (156 ter), detenciones ilegales y secuestro (168 bis), acecho (172 ter.5), maltrato habitual (173.2), trata de seres humanos (177 bis.12), hurto (236 bis), robo (242 bis), extorsión (243.2), robo y hurto de uso de vehículos (244.5), apropiación indebida (252 bis), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis.7), receptación y blanqueo de capitales (304 bis), contra la seguridad colectiva (385 quater) y contra el orden público (580 bis). Además, el Proyecto modifica el actual artículo 192.1 CP, en el sentido de adaptar su contenido al proyectado art. 104.1 CP de modo que su imposición sea, en todo caso, facultativa. No obstante, el prelegislador se olvida de modificar el art. 579.3 CP por el que se establece la obligatoriedad de imponer una medida de libertad vigilada en casos de delitos de terrorismo. Que es un olvido del prelegislador puede observarse por el hecho de pretender introducir un nuevo artículo 580 bis en el que se posibilita, con carácter general, la imposición de una medida de libertad vigilada para todos los delitos contra el orden público.

Una de las primeras objeciones que hay que realizar es la relativa a la posibilidad de que la libertad vigilada sea impuesta a quienes, habiéndoseles impuesto una pena de prisión, ésta quede suspendida por la aplicación de las reglas establecidas en los artículos 80 y

Blanch, 2013, p. 465, quien propone sustituir el vocablo “compensar”, ligado a la pena, por el de “prevenir”, unido a la peligrosidad del autor.

¹⁴³⁷ Vid., en el mismo sentido, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, pp. 89-90. Téngase en cuenta, no obstante, que el prelegislador no ha modificado el art. 578.3 CP relativo a la imposición de la libertad vigilada, lo que en caso de aprobación de la reforma, no tendría ningún sentido.

siguientes PrCP¹⁴³⁸. Además de que en principio el art. 104.1 PrCP permite esta posibilidad, pues no se exige el efectivo cumplimiento de una pena de más de un año de prisión sino únicamente que ésta se haya impuesto en sentencia, el Proyecto prevé que en aquellos casos en que se haya impuesto una medida de libertad vigilada y se suspenda la ejecución de la pena, la medida se iniciará en el momento en que se acuerde la suspensión¹⁴³⁹. De este modo, *a priori*, el prelegislador posibilita la imposición de una medida de libertad vigilada en todos aquellos casos en que se haya suspendido la pena siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 104.1 PrCP. Luego, en el caso en que se haya decidido suspender la pena de prisión sin o con la imposición adicional de condiciones o se haya acordado la suspensión sustitutiva no parece razonable la imposición de una medida de libertad vigilada. Si la suspensión de la pena de prisión se concede en aquellos casos en que se considera que su ejecución no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos parece lógico, al no concurrir el requisito de peligrosidad establecido en el art. 104.1 y 95.1 PrCP, que no se imponga la medida de libertad vigilada. Sólo en el caso en que se acuerde la suspensión condicionada regulada en el proyectado art. 83 PrCP sería posible plantearse la imposición de la libertad vigilada. Ahora bien, si para suspender con o sin condiciones una pena de prisión el Juez o Tribunal debe tener en cuenta el riesgo de comisión de nuevos delitos (*ex art. 83.1 PrCP 2013*), ¿cómo puede basarse en la misma peligrosidad para imponer además una medida de libertad vigilada sin infringir el principio *non bis in idem*?¹⁴⁴⁰.

Establecido el marco de imposición de una medida de libertad vigilada a sujetos imputables, es obligado preguntarse cuál es el motivo en que el prelegislador se ha

¹⁴³⁸ La modificación del Código Penal que el Gobierno pretende abordar, además, modifica el régimen de suspensión y sustitución de las penas, creando un único régimen de suspensión dentro del cual se incluyen los supuestos de suspensión ordinaria y se regula la actual sustitución como una suspensión sustitutiva.

¹⁴³⁹ Cfr. art. 104 ter.3 PrCP 2013. Además, como se indicará más adelante, las reglas de conducta que hubiera podido ponerse con la suspensión de la pena se cumplirán en el sí de la libertad vigilada tal como indica el art. 106.4 PrCP 2013.

¹⁴⁴⁰ Otro problema que se plantea es el del Juez responsable de ello. En el caso de la suspensión, el responsable de concretar las concretas obligaciones y prohibiciones a imponer es el Juez sentenciador. En cambio, en la libertad vigilada es el JVP.

basado para establecer este listado de delitos y no otro¹⁴⁴¹. La heterogeneidad de los delitos incluidos denota que no es el uso de violencia o intimidación, la gravedad de la pena de prisión o la mayor protección de unos concretos bienes jurídicos el motivo que ha conducido a su selección. Posiblemente el prelegislador tendrá sus razones – seguramente políticas o, más bien, populistas – para establecer estos tipos penales y no otros como presupuestos para la imposición de esta sanción, pero éstas no han sido plasmadas ni en la Exposición de motivos del Proyecto ni en la memoria de análisis de impacto normativo¹⁴⁴². Lo más sorprendente del catálogo de delitos establecidos es que incluso se posibilita la imposición de la libertad vigilada en aquellos casos en que se cometa un delito de robo o hurto de vehículo cuando su efectiva imposición resultará imposible, puesto que la pena máxima establecida en el tipo no supera el año de prisión.

Esta nueva reforma del Código Penal hubiera sido un momento ideal para corregir el catálogo de delitos que pueden derivar en la imposición de una libertad vigilada. No obstante, se ha optado por ampliar el listado sin criterio alguno. Personalmente, dada la intromisión en la esfera personal y la restricción de derechos fundamentales que supone la imposición de una medida de libertad vigilada, considero que hubiera sido más acertado que su imposición se circunscribiera sólo a los delitos graves y únicamente en aquellos supuestos en que existiera un riesgo de que se cometan nuevos delitos contra bienes jurídicos personales¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Críticos con el listado y sobre todo por la falta de justificación del listado de delitos, vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, pp. 135-136; Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, pp. 88-89. Igualmente, cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “II. Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Informe de la sección de Derecho Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 46, quien se muestra muy crítico con la ampliación de los delitos que se pretende emprender por el Proyecto.

¹⁴⁴² Vid., en este sentido, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 89.

¹⁴⁴³ Cfr., en un sentido parecido, SANZ MORÁN, Á. J., “Medidas de Seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., p. 461, quien propone que su imposición sólo pueda ser posible para los delitos por los que se contemplada la imposición de la custodia de seguridad en el Anteproyecto de reforma de Código Penal. Esto es, los delitos contra la vida, integridad física, libertad, libertad o indemnidad sexual, tráfico de drogas que causen grave daño a la salud, delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas, delitos contra la comunidad internacional, delitos de riesgo catastrófico o incendio y delitos de terrorismo. Contrariamente, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de Seguridad”, en ÁLVAREZ

3.3.2. Imposición de la libertad vigilada como medida de seguridad única por la concurrencia de una eximente.

En relación con estos supuestos, la reforma operada en nada modifica la imposición de una medida de libertad vigilada a sujetos declarados inimputables o semi-imputables por la concurrencia de una eximente completa o incompleta. En estos casos, el Juez o Tribunal estará facultado para decidir si impone o no una medida de libertad vigilada. De igual modo que en el anterior supuesto, la proyectada reforma requiere que, junto a la declaración de inimputabilidad o semi-imputabilidad, se cumplan los demás requisitos establecidos en el art. 95.1 PrCP. Se trata de una referencia de innecesaria inclusión, pues en todo caso deberá exigirse el cumplimiento de los requisitos generales establecidos para la imposición de cualquier medida de seguridad. Sí que, como novedad, el Proyecto establece que en aquellos casos en que se imponga la medida de libertad vigilada juntamente con una pena de prisión a un sujeto declarado semi-imputable, de acuerdo con el régimen vicarial previsto en el art. 101.3 PrCP, la libertad vigilada se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión y de acuerdo con las normas que rigen para los sujetos imputables.

3.3.3. Imposición de la libertad vigilada con posterioridad a una medida de seguridad privativa de libertad.

El prelegislador, en relación con los casos en que la imposición de una medida de libertad vigilada sea impuesta una vez finalizada la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad, ha configurado una regulación un tanto compleja y en algunos casos sin sentido.

GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., pp. 467-468, quien apuesta por generalizar la imposición de la libertad vigilada a todos los delitos.

De hecho, en aquellos casos en que se haya impuesto una medida de seguridad privativa de libertad podrá asimismo imponerse una medida de libertad vigilada en tres supuestos: cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad, cuando se acuerde la suspensión de la ejecución de la misma y cuando se decrete el cese de la medida privativa de libertad.

En el primero de los supuestos, el JVP *deberá* imponer el cumplimiento de una medida de libertad vigilada una vez cumplida la medida privativa de libertad que le fuere impuesta, siempre y cuando ello resulte necesario para prevenir el riesgo de comisión de nuevos delitos¹⁴⁴⁴. En este caso, aunque el texto prelegislativo establezca que la medida de libertad vigilada *deberá* imponerse, posteriormente ello es matizado por el hecho de prever que sólo será así en aquellos casos en que resulte necesario para prevenir el riesgo de comisión de nuevos delitos.

En el segundo de los supuestos, el texto prelegislativo establece que el JVP *deberá*, en caso de suspender la ejecución de una medida privativa de libertad, imponer una medida de libertad vigilada¹⁴⁴⁵.

Finalmente, en relación con el tercero de los supuestos indicados, el prelegislador complica aún más las cosas estableciendo dos regímenes distintos a la vez que en cada uno de ellos interviene un órgano judicial distinto. Por un lado, el proyectado art. 104.2.2ª establece que el Juez o Tribunal sentenciador *podrá* imponer una medida de libertad vigilada tras el acuerdo de cese¹⁴⁴⁶ de una medida de seguridad privativa de libertad. Por otro lado, según el art. 104.3.b) PrCP 2013, el JVP *deberá* imponer una medida de libertad vigilada en aquellos casos en que se decrete el cese de la medida de seguridad que se estaba ejecutando, siempre y cuando resulte necesaria para prevenir el riesgo de comisión de nuevos delitos. Así, en un caso la imposición es acordada por el JVP con carácter, según la literalidad del precepto, obligatorio y en otro es acordada por

¹⁴⁴⁴ Vid. art. 104.3.b) PrCP 2013.

¹⁴⁴⁵ Vid. art. 104.3.a) y 102.1.c) PrCP 2013.

¹⁴⁴⁶ Cfr. art. 102 PrCP 2013 en el que se regula la posibilidad de decretar, en aquellos casos en que la finalidad por la que fue impuesta la medida y su ejecución ya no sea necesaria, el fin anticipado de las medidas de seguridad privativas de libertad.

el Juez o Tribunal sentenciador con carácter facultativo, lo que resulta una absoluta disparidad sin que sea posible encontrar una explicación plausible. A pesar de la contradicción establecida, en ambos regímenes debe entenderse que la imposición de la libertad vigilada es facultativa, pues en aquellos casos en que es configurada como preceptiva la efectiva imposición se hace pivotar sobre la necesidad de prevenir el riesgo de comisión de nuevos delitos. A pesar de ello, ciertamente se continuarían igualmente previendo dos distintos regímenes en los que el órgano judicial responsable de tomar la decisión no sería el mismo. Por ello, el legislador debería optar por uno de los dos durante la fase de tramitación parlamentaria de la LO de reforma del Código Penal. En mi opinión, puesto que la decisión judicial por la que se resuelve decretar el fin anticipado de una medida privativa de libertad corresponde exclusivamente al JVP (ex art. 102.1.b PrCP 2013), parece lógico que sea el propio JVP a quien le corresponda decidir sobre la imposición de una posterior medida de libertad vigilada.

3.3.4. El carácter facultativo y preceptivo de la medida.

La vigente regulación de la medida de libertad vigilada establece que, con carácter general, la libertad vigilada será de imposición preceptiva, de modo que sólo en aquellos casos en que se cometa un único delito (de carácter sexual o de terrorismo) menos grave por parte de un delincuente primario la libertad vigilada será de imposición facultativa¹⁴⁴⁷. Como se ha visto, este aspecto ha sido, sin duda, el más criticado tanto por los defensores del sistema dualista como por los defensores de un sistema monista o de nuevo monismo. Por suerte, el Proyecto que pretende aprobarse en breve modifica este aspecto en el sentido de establecer, por regla general, que la imposición de la medida de libertad vigilada tendrá – como sucede con el resto de medidas de seguridad – siempre carácter facultativo. No obstante, la reforma se ha quedado a medio camino en el sentido que en los supuestos de imposición contemplados en el art. 104.3 PrCP 2013 se pretende instaurar un sistema de imposición de la libertad vigilada preceptivo. No cabe duda que ello debe ser modificado en el sentido de que la libertad vigilada sea

¹⁴⁴⁷ Vid. *supra*, en el apartado relativo a la imposición de la libertad vigilada en su regulación original, sobre que debe entenderse por delincuente primario y que únicamente se ha cometido un solo delito.

en todo caso de imposición facultativa. Puesto que las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad criminal de un sujeto en particular y no en la culpabilidad por el hecho cometido, no es adecuado establecer que la imposición de una medida de libertad vigilada sea obligatoria. No obstante, en caso que finalmente la reforma terminara aprobándose con el actual texto contenido en el Proyecto, podría plantearse que incluso en los supuestos en que la imposición de la libertad vigilada se establece como obligatoria deba considerarse también de imposición facultativa. A saber, a pesar de que expresamente se indique su imposición preceptiva, el JVP no debería imponer la medida de libertad vigilada a menos que se cumplan los requisitos establecidos en el proyectado art. 95.1 CP: comisión de un hecho delictivo, existencia de peligrosidad criminal y necesidad de imposición de una medida de seguridad¹⁴⁴⁸. En otras palabras, si no se cumplen los requisitos del art. 95.1 PrCP no es ni siquiera posible plantearse la imposición de la libertad vigilada por mucho que se indique en el 104.3 PrCP que su imposición es obligatoria. En todo caso, su imposición será obligatoria cuando se cumplan los requisitos para la imposición de las medidas de seguridad, a no ser que quiera llegarse a la absurda interpretación de considerar que en aquellos supuestos en que se establece la imposición de la libertad vigilada con carácter facultativo, el Juez sentenciador o el JVP, aun concurriendo los requisitos del art. 95.1 CP, tendrá la potestad para decidir que a pesar de existir un riesgo de comisión de nuevos delitos y de ser necesaria su imposición, no debe imponerse una medida de libertad vigilada.

3.4. El contenido de la libertad vigilada.

Las condiciones que componen la medida de libertad vigilada deberán determinarse con carácter general por el mismo órgano que haya tomado la decisión de imponer dicha medida de seguridad, excepto en el caso que en que se decida imponer una medida de

¹⁴⁴⁸ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, pp. 136-137; Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 90. En ambos, aunque referidos al Anteproyecto de 2012 y por tanto con diferencias significativas en la redacción, se considera que la libertad vigilada sí deberá imponerse preceptivamente en el supuesto en que se imponga como consecuencia de la suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.

libertad vigilada a un sujeto imputable, pues aquí aunque impuesta por el Juez o Tribunal sentenciador, será el JVP el responsable de determinar el contenido de la misma. También en aquellos casos en que la libertad vigilada haya sido impuesta por el Juez o Tribunal sentenciador una vez se ha decretado el fin anticipado (cese) de una medida de seguridad privativa de libertad será el JVP quien determine el contenido de la libertad vigilada.

Además, según el art. 104 bis.5 PrCP 2013, en el caso de sujetos imputables, el contenido de la libertad vigilada deberá establecerse al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, una vez oído al penado y al Ministerio Fiscal, y recabados los informes y comprobaciones que el JVP estime necesarios¹⁴⁴⁹. Como se ve, el Proyecto mantiene el lapso de tiempo en que debe iniciarse el procedimiento para determinar el contenido de la medida de libertad vigilada¹⁴⁵⁰. Al respecto debe criticarse dos aspectos. Por un lado, si el prelegislador considera que la libertad vigilada es susceptible de ser impuesta en los supuestos de suspensión de la pena de prisión debería haberse previsto un régimen excepcional en el que se indicara que en estos casos el contenido de la libertad vigilada se estableciera en el mismo momento de dictarse la sentencia condenatoria. Por otro lado, a diferencia de la regulación vigente (*ex art. 106.2 y 98 CP*), la proyectada reforma ya no exige que el JVP deba de dictar una resolución motivada ni que tenga que tener en cuenta los informes emitidos por los facultativos en el momento de determinar el contenido de la misma.

Respecto al concreto contenido de la libertad vigilada, el Proyecto de reforma modifica gran parte de las obligaciones y prohibiciones actualmente contenidas en la medida de seguridad a la vez que introduce tanto medidas de seguridad de configuración

¹⁴⁴⁹ Si bien el art. 104 bis.5.a) PrCP no se pronuncia respecto al procedimiento a seguir, el art. 702.3 del Anteproyecto de reforma de Código Procesal Penal establece que debe darse audiencia a las partes personadas y se requerirá informe del Ministerio Fiscal. Además expresamente se indica que contra la resolución que se dicte cabrá la interposición de un recurso de apelación.

¹⁴⁵⁰ Cfr. la versión del art. 104 bis en el Anteproyecto de 2012 donde se omite toda referencia al momento y al procedimiento a través del cual debe concretarse el contenido de la medida de libertad vigilada imponible a sujetos imputables.

actualmente autónoma como otras obligaciones y prohibiciones de nueva creación¹⁴⁵¹. En concreto, según el Proyecto de reforma de 2013, la libertad vigilada estará conformada por las siguientes obligaciones y prohibiciones:

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas.

4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5.ª Informar sin demora a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de sus cambios de residencia y de sus datos de localización.

6.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o el

¹⁴⁵¹ En este sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad”, op. cit., pp. 38-41, quien considera que de acuerdo con la proyectada reform la libertad vigilada pasa a ser una medida de contenido puramente policial.

servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

7.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

8.ª Participar en programas de deshabitación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o programas de tratamiento de adicciones sociales patológicas.

9.ª Privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores.

10.ª Privación del derecho al porte o tenencia de armas.

11.ª Prohibición de consumir alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando existan razones que permitan suponer que aquél pueda incrementar el riesgo de comisión de nuevos delitos. En estos casos, se impondrá también el deber de someterse al control de consumo de esas sustancias con la periodicidad que se determine o cuando se considere oportuno por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas.

12.ª Inscribirse en las oficinas de empleo.

13.ª Someterse a tratamiento ambulatorio. En este caso se determinarán las fechas o la periodicidad con que el sometido a la medida debe presentarse ante un médico, psiquiatra o psicólogo.

14.ª Someterse a custodia familiar o residencial. En este caso, el sujeto a la medida será puesto bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución que a tal fin se designe y que acepte el encargo de custodia. El ejercicio de la custodia comprenderá la obligación

de informar al servicio competente de la administración penitenciaria sobre la situación del custodiado, con una periodicidad al menos mensual. La información será inmediata de sustraerse a la vigilancia o control.

15.ª Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1.ª a 4.ª Esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos del artículo 57.

16.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

17.ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Puesto que algunas de las obligaciones y prohibiciones que pretenden introducirse en la medida de libertad vigilada ya forman parte de la misma en su actual regulación, en las líneas que siguen se hará únicamente referencia a aquellas de nuevo cuño o en relación con aquellas ya previstas que la reforma pretenda modificar sustancialmente.

En primer lugar, la primera de las nuevas prohibiciones (art. 104 bis.1.2ª PrCP) prohíbe establecer contacto con personas determinadas cuando ello pueda facilitar o incitar al sujeto sometido a libertad vigilada a cometer nuevos delitos. Dejando de lado los

aspectos relativos a la necesidad de su regulación y de la dudosa aplicabilidad de la misma¹⁴⁵², es difícil interpretar la segunda parte de la prohibición cuando establece que también podrá prohibirse establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas. Difícilmente podría realizarse alguna de las acciones mencionadas si en todo caso se prohíbe la posibilidad de establecer contacto con esas mismas personas, pero seguro que será imposible que se prohíba la posibilidad de mantener una relación cuando ya se ha prohibido establecer contacto con ese concreto sujeto. Esta segunda parte de la prohibición adquiriría un mayor sentido en el caso en que se configurara como una condición autónoma de la principal, de tal modo que el Juez sentenciador o el JVP pudiera prohibir mantener una relación con un determinado sujeto pero no contactar de forma esporádica con ese mismo sujeto.

En segundo lugar, la prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio sin la autorización del Juez, contenida actualmente en el art. 106.1.d) CP, se elimina y se sustituye por la de “mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas” (art. 104 bis.1.3ª PrCP). Aunque pueda parecer que lo que se pretende hacer con ello es mejorar la redacción, en realidad cambia completamente el significado. La actual regulación limita el derecho a la libre circulación al obligar al sujeto sometido a permanecer dentro de un determinado territorio. En cambio, con la reforma su imposición implicará que el sujeto sometido no podrá cambiar su lugar de residencia sin que sea autorizado por el servicio responsable de la ejecución de la medida.

En tercer lugar, se pretende refundir las prohibiciones contenidas en las letras g) y h) del art. 106.1 CP, relativas a la prohibición de residir en determinados lugares y de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos en la prohibición 4ª del 104 bis.1 PrCP 2013. No obstante, a diferencia de la actual regulación, el Proyecto concreta que

¹⁴⁵² En este sentido, podrían plantearse dudas respecto de si debe abarcar a todos los delitos, sólo a delitos de la misma naturaleza de los que ha motivado la imposición de la libertad vigilada o de cómo se acreditará el hecho de que estos sujetos puedan facilitar o incitar a la comisión de nuevos delitos.

sólo podrá prohibirse en relación con aquellos lugares en que el sujeto pueda encontrar la ocasión o motivo de cometer nuevos delitos.

En cuarto lugar, la nueva obligación contenida en el 104 bis.1.5ª PrCP pretende sustituir a la anterior obligación de informar los cambios del lugar de residencia y de trabajo. No obstante, parece que la obligación pretende ir más allá, pues si se aprueba deberá informarse de cualquier cambio de los datos de localización del sujeto sometido. El problema está en averiguar que significa “datos de localización”. En esta expresión podrían entrar tanto el lugar de trabajo, como la segunda vivienda en caso de tenerla o incluso el lugar donde se va de vacaciones. En este sentido, el prelegislador debería ser más cuidadoso y acotar qué cambios se deben notificar.

En quinto lugar, la actual obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez establezca pretende ser modificada por la obligación de comparecer personalmente ante los servicios de gestión de penas o el servicio de la administración que se determine para informar de sus actividades y justificarlas. Se pasa de una obligación puramente de control a una obligación con contenido material. Si se aprueba la reforma, el sometido a libertad vigilada ya no deberá personarse ante los responsables de la ejecución de la medida (antes el Juez) únicamente para hacer constar que se está localizable, sino que se dota de contenido al haberse de informar sobre las actividades que se realizan. El problema está en que dada la imprecisión de la obligación, la misma podrá llegar a tener tanto una finalidad de control como correctiva.

En sexto lugar, se introduce una nueva medida de contenido positivo no recogida en la actual regulación de la libertad vigilada, relativa a la obligación de participar en programas de deshabitación (art. 104 bis.1.8ª PrCP). Su introducción debe aplaudirse, pues tiene claramente un carácter correctivo acorde con el objetivo de resocialización que pretende la libertad vigilada. No obstante, al igual que sucede con la actual obligación de someterse a tratamiento médico contenida en la libertad vigilada, el Proyecto debería requerir el previo consentimiento del sometido a libertad vigilada, pues su imposición contra la voluntad del condenado vulnera la Ley 42/2002.

En séptimo lugar, la reforma pretende incluir dentro de la medida de libertad vigilada la privación del derecho a conducir, la privación del derecho al porte o tenencia de armas y la custodia familiar o residencial actualmente reguladas como medidas de seguridad autónomas¹⁴⁵³, quedando únicamente como medidas de seguridad no privativas de libertad con carácter autónomo, junto con la libertad vigilada, la prohibición de ejercicio de actividad profesional y la expulsión del territorio nacional de extranjeros.

En octavo lugar, se introduce la prohibición de consumir alcohol o drogas en aquellos casos en que se crea que ello puede incrementar el riesgo de comisión de nuevos delitos, unida a la obligación de someterse a un control periódico de su consumo (art. 104 bis.1.11ª PrCP 2013). La introducción de esta nueva prohibición fue ya muy criticada por el CGPJ en el Informe al Anteproyecto a la reforma del Código Penal de 2012 en tanto que supone una “grave injerencia en la libre determinación del sometido”¹⁴⁵⁴. Además, en caso que finalmente terminara aprobándose su introducción, considero que en todo caso debería integrarse en la obligación de seguir tratamiento de deshabituación y que su ejecución sólo debería activarse cuando se esperara que el sujeto sea capaz de seguir la misma. En caso contrario, difícilmente sería justificable en aras a la rehabilitación del sujeto peligroso que se prohibiera el consumo de drogas o alcohol.

En noveno lugar, se añade otra condición (art. 104 bis.1.12ª PrCP) relativa a la obligación de inscribirse en las oficinas de empleo. No se comprende bien cuál ha sido la finalidad que ha conducido a la inclusión de esta obligación. Si lo que se pretende con su introducción es que el sujeto se inserte en la vida laboral de modo que se facilite su reinserción social, difícilmente va a conseguirse dicho objetivo¹⁴⁵⁵. De hecho, el exigirse la simple y llana obligación de estar inscrito en las oficinas de empleo no supone estar inserto en el mercado laboral. En su lugar, debería preverse que el agente de libertad vigilada o en su defecto el servicio de gestión de penas y medidas

¹⁴⁵³ Cfr. los actuales arts. 96.3.4ª, 5ª y 6ª CP con el proyectado art. 104 bis.1.9ª, 10ª y 14ª CP.

¹⁴⁵⁴ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 139.

¹⁴⁵⁵ En este sentido, vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 138, donde se critica que la obligación no alcance, previo consentimiento del condenado, la realización de cursos de formación ni la obligación de aceptar un trabajo.

alternativas, tuviera que facilitar a los sometidos a libertad vigilada el acceso al mundo laboral.

En décimo lugar, el prelegislador ha mantenido la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio, pero al mismo tiempo ha eliminado la provisión contenida en el art. 100.3 del actual CP, que exceptuaba la negativa a someterse a tratamiento médico externo de las causas de quebrantamiento de la medida. Tal previsión, como ya se ha indicado en diversas ocasiones, vulnera la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁴⁵⁶.

En undécimo lugar, la reforma pretende modificar la obligación contenida en el vigente art. 106.1.a) CP sustituyéndose por la obligación, en caso de haber sido condenado por alguno de los delitos del art. 57 CP, de llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª. A diferencia de la vigente obligación, en ésta se retrocede en la decisión de realizar un control continuo del sujeto en todos los casos en que la misma fuere impuesta y se configura como una obligación instrumental para el control de alguna de las cuatro primeras reglas de posible imposición en el sí de la libertad vigilada.

En duodécimo lugar, se introduce otra nueva prohibición. A saber, en aquellos casos en que el delito que ha facultado la imposición de la libertad vigilada sea contra la seguridad vial será posible el establecimiento de la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor (art. 104 bis.1.16ª PrCP 2013). Esta medida, más aún que la anterior por el previsible elevado número de supuestos en que podría considerarse necesaria, puede conllevar tal

¹⁴⁵⁶ En este mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Medidas de seguridad. En especial, la custodia de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., pp. 425-426.

impacto económico que puede incluso significar la no aplicación práctica de la prohibición¹⁴⁵⁷.

En penúltimo lugar, el Proyecto pretende eliminar dos de las prohibiciones actualmente contenidas en la libertad vigilada. La primera, la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos. La segunda, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal¹⁴⁵⁸, sin que la eliminación de ésta última tenga una explicación lógica.

Finalmente, el art. 104 bis PrCP ha introducido una nueva cláusula abierta (104 bis.1.17ª y 104 bis.2) a través de la cual se posibilita, por un lado, imponer otras condiciones, previa conformidad del sujeto afectado, que tengan como finalidad la rehabilitación social del penado (sic) siempre que no atenten contra su dignidad como persona y, por otro, imponer otro tipo de obligaciones y condiciones, especialmente aquellas que se refieren a la formación, trabajo, ocio o desarrollo de su actividad habitual. La última de las posibilidades mencionadas ha sido criticada tanto por el Informe del Consejo Fiscal, al considerar que dicha condición es de difícil encaje con el principio de legalidad o que incluso lo vulnera por su vaguedad, como por ACALE SÁNCHEZ¹⁴⁵⁹, en el sentido de que no es posible obligar a un sujeto a realizar trabajos en contra de su voluntad ya que ello vulneraría el art. 25 CE. A las críticas que se han realizado debería añadirse otra relativa a la previsión conjunta de ambas cláusulas. En la primera se supedita la imposición de deberes destinados a la rehabilitación social del afectado a su previa conformidad. En la segunda se deja en manos del Juez la imposición, sin necesidad de aceptación alguna por parte del sometido a libertad vigilada, de todo tipo de medidas, con especial referencia a aquellas que tienen una

¹⁴⁵⁷ En este sentido, vid. NISTAL BURÓN, J., “La “libertad vigilada postpenitenciaria” proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014, p. 261.

¹⁴⁵⁸ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Medidas de seguridad. En especial, la custodia de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., p. 423-424, quien considera que no debería eliminarse.

¹⁴⁵⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Medidas de seguridad. En especial, la custodia de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., pp. 427-428.

afectación directa con la rehabilitación social, y por tanto mencionadas en la primera de las cláusulas. Puesto que difícilmente va a retirarse la mencionada cláusula abierta en la tramitación parlamentaria del Proyecto, al menos debería ser necesario corregir la manifiesta contradicción derivada de la previsión conjunta de ambas cláusulas.

Como es natural en todas las medidas de seguridad, las obligaciones y prohibiciones que se decida imponer como contenido de la libertad vigilada deberán respetar el principio de proporcionalidad contenido, con carácter general, en el art. 95.2 PrCP. Asimismo, en el propio art. 104 bis.3 PrCP, el prelegislador nos recuerda, seguramente porque él mismo en ocasiones se olvida que la libertad vigilada también es una medida de seguridad, que “no será posible la imposición de deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados con las circunstancias del caso”. En todo caso, será necesario que el contenido de la libertad vigilada no sea desproporcionado ni excesivo no sólo en relación con las circunstancias del caso, sino también en relación con el delito cometido, a los que el sujeto pudiera llegar a cometer y a la peligrosidad del mismo.

3.5. El inicio y duración de la libertad vigilada.

3.5.1. El momento de inicio de la libertad vigilada.

Otra de las principales novedades que presenta el Proyecto en materia de regulación de la libertad vigilada es el del momento de inicio de la ejecución de la misma cuando ha sido impuesta a sujetos imputables¹⁴⁶⁰. En estos casos, la ejecución de la libertad vigilada comienza en la fecha en que se extinga la pena impuesta. La novedad se presenta en aquellos casos en que la pena impuesta sea suspendida total o parcialmente. En estos casos, el inicio de la ejecución de la medida se producirá en el momento en que se acuerde la suspensión o en el momento en que se otorgue la libertad condicional y no cabrá esperar hasta la extinción de la pena de prisión impuesta. En este mismo sentido, el art. 106.4 PrCP establece que en estos casos, cuando se acuerde la suspensión o se

¹⁴⁶⁰ Cfr. art. 104 ter.3 PrCP 2013.

otorgue la libertad condicional del pendo, las obligaciones y prohibiciones que se impongan en el seno de la libertad vigilada se sumarán a aquellas que se hayan impuesto con motivo de la suspensión de toda (suspensión) o de parte (libertad condicional) de la pena. De hecho, las reglas de conducta que se pretendiesen imponer en el marco de la suspensión o de la libertad condicional se incorporarán al contenido de la medida de libertad vigilada. Al respecto, todas las condiciones susceptibles de imposición derivadas de la suspensión de la pena o de la libertad condicional coinciden en parte con el contenido de la medida de libertad vigilada¹⁴⁶¹.

Indicado el cambio legislativo en materia del momento de la ejecución de la medida de libertad vigilada frente a sujetos imputables peligrosos, cabe adentrarse en dos aspectos que, aunque no afecten a la regulación de la medida en relación con los imputables, el proyectado art. 104 ter.3 PrCP genera. El primero se deriva de la alusión que el propio artículo hace a la regulación del art. 104 PrCP, relativo a los supuestos de imposición de la libertad vigilada, cuando en realidad se refiere a la redacción original del Anteproyecto de reforma del Código Penal modificado por el Proyecto de reforma. El segundo de ellos, es que no se regula el momento del inicio de la ejecución de la medida en todos los supuestos en que cabe su imposición.

En concreto, en relación con el primero de los problemas que se plantean, el art. 104 ter.3 PrCP establece que en aquellos casos en que la libertad vigilada haya sido impuesta de acuerdo con la letra a) del artículo 104.2, su inicio se producirá con la firmeza de la sentencia. Dada la falta de relación entre uno y otro precepto, pues la llamada que el art. 104 ter.3 PrCP es en realidad a la letra a) del art. 104.2 del Anteproyecto de reforma de 2012 y no del Proyecto esta alusión debería sustituirse por su equivalente en el Proyecto, el art. 104.2.1º PrCP que corresponde a la letra a) del art. 104.2 del Anteproyecto. Así, la libertad vigilada en aquellos supuestos en que la misma haya sido impuesta en sentencia su ejecución se iniciará con la firmeza de la resolución judicial.

¹⁴⁶¹ Compárese al respecto los arts. 83 y 104 bis PrCP. Igualmente, vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, p. 138.

En relación con el segundo, se establece que en los demás casos en que se imponga una medida de libertad vigilada, su inicio se producirá con la resolución en que se acuerde la suspensión de otra medida de seguridad privativa de libertad. Luego, cuando la libertad vigilada haya sido impuesta a un sujeto una vez cumplido el plazo máximo de duración o se haya decretado el cese de una medida de seguridad privativa de libertad no podrá darse inicio de la misma, pues en estos casos nunca se producirá una resolución en el sentido de suspender la ejecución de la anterior porque ya habrá finalizado y por tanto no será posible dar inicio a la libertad vigilada. No me parece desafortunado que se prevea un sistema casuístico para determinar la imposición y el momento en que se debe dar inicio a la libertad vigilada; sin embargo, si se decide operar a través de esta técnica legislativa será necesario que al menos concuerden unos y otros supuestos.

3.5.2. La duración.

En concordancia con la reforma integral que el Proyecto opera en la medida de libertad vigilada (y de todo el sistema de medidas) se modifica todo aquello referido a la determinación y al límite máximo de duración de la libertad vigilada. Así, el art. 104.1 ter PrCP 2013 establece que la libertad vigilada tendrá una duración mínima de tres años y una duración máxima de cinco, de modo que se eliminaría el doble sistema existente actualmente¹⁴⁶² que diferencia entre la duración de la libertad vigilada cuando se impone a sujetos inimputables y semi-imputables, por un lado, y a sujetos imputables, por otro¹⁴⁶³.

Por una parte, debe indicarse que la unificación de la duración de la libertad vigilada es acertada, pues si su imposición se basa en la peligrosidad criminal de un sujeto, su duración no puede depender de que el sujeto sea declarado exento o no de responsabilidad criminal. Además, el establecimiento de un periodo máximo de cumplimiento da respuesta al principio de seguridad jurídica y proporcionalidad. Por otra parte, el hecho de aumentar su duración mínima hasta los tres años presupone que

¹⁴⁶² Vid. arts. 105, 192.1 y 579.3 CP.

¹⁴⁶³ Vid. *supra* el apartado relativo a la imposición y duración de la libertad vigilada en el derecho positivo.

los sujetos a quienes se les imponga una medida de libertad vigilada serán peligrosos al menos hasta al cabo de tres años desde el inicio de la ejecución de la medida, premisa que no puede defenderse aunque se prevea la posibilidad de decretar el cese de la medida con anterioridad a dicha fecha. Finalmente, la duración mínima de la libertad vigilada estará también condicionada al plazo de duración acordado para la suspensión de la pena de prisión tal y como se prevé en el art. 106.4 PrCP. Esto es, la duración de la libertad vigilada nunca podrá ser inferior a la duración del plazo de suspensión de una pena privativa de libertad¹⁴⁶⁴. Es criticable el hecho de que el prelegislador ha obviado incluir también los supuestos en que la libertad vigilada se inicia con el otorgamiento de la libertad condicional¹⁴⁶⁵. En estos casos, al no preverse esta conjunción de duraciones mínimas, la duración de la libertad vigilada podrá ser inferior a la duración de la libertad condicional.

No obstante, aunque en el párrafo primero del art. 104 ter PrCP se indique que la duración máxima será cinco años, en el segundo párrafo se establece la posibilidad de prorrogar la duración de la misma por sendos periodos de como máximo cinco años en determinados supuestos. En concreto, en aquellos casos en que habiendo sido impuesta una medida de libertad vigilada con motivo de la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual o de la suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad se hayan producido incumplimientos relevantes de las condiciones impuestas de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos. De este modo se posibilita la imposición en la práctica de por vida de la libertad vigilada. Esta posibilidad por un lado, aunque sea celebrado por parte del Ministerio Público en su informe al Anteproyecto de reforma de Código Penal¹⁴⁶⁶, puede vulnerar el art. 25.2 CE¹⁴⁶⁷. Por otra parte, es difícilmente explicable cuál ha sido

¹⁴⁶⁴ En ambos casos la duración máxima es de cinco años, excepto en aquellos casos en que sea posible de la prórroga de la duración de la libertad vigilada.

¹⁴⁶⁵ El propio art. 106.4 PrCP establece: “[...] En este caso, el plazo de duración de la libertad vigilada no podrá ser inferior al tiempo fijado para la suspensión conforme el artículo 81.”

¹⁴⁶⁶ Vid. el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal, pp. 104-105.

¹⁴⁶⁷ En este sentido, vid. el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código Penal, p. 140. Vid., también, ACALE SÁNCHEZ, M., “Medidas de seguridad. En especial, la custodia de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, op. cit., pp. 429-430; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de Seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma*

el motivo que ha llevado al prelegislador a concluir que es político-criminalmente adecuado establecer una duración de por vida de la libertad vigilada a los sujetos anteriormente mencionados y no a otros, como por ejemplo aquellos que han cometido un delito de asesinato o de terrorismo.

3.6. El régimen de ejecución de la libertad vigilada.

El Proyecto de reforma modifica, asimismo, el régimen de ejecución de la medida de libertad vigilada de manera sustancial. En este sentido, se elimina la posibilidad de que el JVP pueda, en el momento en que deben concretarse las condiciones a imponer al sujeto sometido a libertad vigilada, dejar sin efecto la misma. También se elimina la posibilidad de reducir la duración de la medida durante la ejecución de la misma en vista de un pronóstico positivo de reinserción.

Por una parte, el art. 105 PrCP 2013 establece el procedimiento que se debe seguir para decidir sobre la necesidad de mantener, modificar o dar por finalizada la medida de libertad vigilada durante su ejecución. Con dicho fin, tanto el JVP, como el servicio de gestión de penas y medidas o el propio afectado por la medida tienen la facultad de solicitar al JVP que compruebe si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria la imposición de la libertad vigilada y consecuentemente dicte una resolución en alguno de los siguientes sentidos:

- a) Mantener la ejecución de la libertad vigilada sin alterar su contenido.
- b) Mantener la ejecución de la libertad vigilada modificando las condiciones impuestas, siempre que ello sea necesario o conveniente para facilitar el cumplimiento de los fines de la medida. Esto es, el JVP puede incrementar o reducir el número y el alcance de las condiciones impuestas en aquellos casos en que ello sea adecuado para prevenir el riesgo existente.

penal de 2012, op. cit., p. 468, quienes proponen, aunque con premisas de partida distintas, como límite de la duración de la libertad vigilada la duración máxima de la pena en abstracto por el delito cometido.

- c) Dar por finalizada de forma anticipada la libertad vigilada cuando considere que no es necesario continuar con su ejecución dado que su fin ha sido conseguido.

Junto a ello, el Proyecto establece la obligación, por parte del JVP, de resolver con una periodicidad máxima anual sobre el mantenimiento de las condiciones 14ª y 15ª del art. 104 bis.1 PrCP. No tiene sentido que se obligue a resolver periódicamente sobre el mantenimiento de unas concretas condiciones pero nada se diga respecto del resto de condiciones. Esta ausencia de previsión general sobre la periodicidad en que debe resolverse sobre la ejecución de la libertad vigilada podría llevar al absurdo de que el Juez no resolviera sobre la necesidad del mantenimiento de la medida durante todo el tiempo de duración si ninguna parte se lo solicitara. Máxime cuando además el Proyecto de reforma otorga la potestad al JVP de poder limitar el número de peticiones de modificación o cese de la libertad vigilada que pueden realizarse por parte del afectado a la medida dentro de un plazo concreto de tiempo.

Por otra parte, en el art. 106 PrCP 2013 se establecen las reglas de ejecución simultánea de la medida de libertad vigilada con otras sanciones penales. Como novedad, si durante la ejecución de la medida de libertad vigilada se debiera ejecutar una pena de prisión o una medida de seguridad privativa de libertad, la libertad vigilada quedará en suspenso y su ejecución se reanudará una vez extinguida la privativa de libertad. Asimismo, se modifica el régimen de cumplimiento de diversas medidas de libertad vigilada de forma simultánea. Si durante el cumplimiento de una medida de libertad vigilada se ordena el cumplimiento de otra medida de seguridad de la misma naturaleza (sic), ambas se ejecutarán simultáneamente como si de una sola se tratase, de modo que se ajustará el contenido y se fijará un duración que no podrá ser superior, con carácter general, a los siete años¹⁴⁶⁸. A pesar de la referencia a “otra medida de seguridad de la misma naturaleza”, de la redacción del propio precepto se deduce que en realidad lo que se pretende es regular los supuestos en que se deba ejecutar otra medida de libertad

¹⁴⁶⁸ Debe tenerse en cuenta que en estos casos también será posible la prórroga del plazo máximo de cumplimiento en aquellos casos en que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 104 ter.2 PrCP.

vigilada, tal y como queda confirmado por las distintas referencias que se hacen a ella en el propio art. 106.4 PrCP¹⁴⁶⁹.

Finalmente, en el art. 106.1 PrCP se indica literalmente que: “La libertad vigilada termina cuando se cumple el plazo máximo de duración establecido en el número 1 del artículo 104 ter, salvo que hubiera sido acordada su prórroga conforme a lo dispuesto en el número 2 del mismo precepto”. Aunque obvio, siempre es acertado establecer en un precepto que una medida finaliza por el cumplimiento del plazo máximo de duración. Su previsión hubiera sido aún más acertada si además de establecer como causa de extinción el cumplimiento del plazo máximo se hubiera introducido como causa de terminación la resolución por la cual se decreta el cese anticipado de la medida de libertad vigilada. Pues aunque no se indique expresamente en el art. 106.1 PrCP, así se deduce del proyectado art. 105.1.b).

3.7. El incumplimiento de la libertad vigilada.

Una de las cuestiones más discutibles y generadoras de mayor conflictividad sistemática que presenta la proyectada regulación de la libertad vigilada es la relativa a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la medida de seguridad. El Proyecto plantea eliminar la previsión establecida en el actual art. 106.4 CP en el que se establecen las consecuencias del incumplimiento de la medida de libertad vigilada según la gravedad del mismo. En este sentido, en la actual regulación se modula un régimen de incumplimiento que según la gravedad del mismo, éste conlleva desde la modificación de las condiciones impuestas a la supuesta comisión de un delito de quebrantamiento de condena regulado en el actual art. 468 CP. En lugar de la regulación única contemplada actualmente en el art. 106.4 CP, el Proyecto crea un sistema por el que se establecen las consecuencias jurídicas del incumplimiento caso por caso. Así, se establecen las consecuencias jurídico-penales derivadas del incumplimiento de la

¹⁴⁶⁹ Así, se establece que agrupadas las dos medidas se cumplirá una sola medida de libertad vigilada o que se aplicará la prórroga de la duración de la medida prevista en el art. 104 ter.2, relativo a las prórrogas en la duración de la libertad vigilada.

libertad vigilada cuando su ejecución se enmarca dentro de la ejecución de la suspensión de una pena de prisión o de la libertad condicional, por un lado, y como condición a la suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad, por otro. En el primero de los supuestos, el art. 106.4 PrCP *in fine* establece que el incumplimiento grave¹⁴⁷⁰ de la libertad vigilada supondrá la revocación de la suspensión de la ejecución o de la libertad condicional. En el segundo, el incumplimiento grave supondrá igualmente la revocación de la suspensión de aquella parte de la medida de seguridad privativa de libertad que hubiera sido suspendida según el art. 103.1.b) PrCP 2013, y por tanto cumplirá la totalidad del periodo que hubiera sido suspendido en ambos casos. Además, tal y como se ha indicado anteriormente, el incumplimiento reiterado de las obligaciones y prohibiciones impuestas por quien además hubiera sido condenado por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual o por quien le haya sido impuesta una medida de libertad vigilada por la suspensión de una medida privativa de libertad podrá suponer el incremento de la duración de la libertad vigilada por sucesivas prórrogas de como máximo cinco años. No obstante, nada se dice en relación con el resto de supuestos en que cabe imponer la medida de libertad vigilada o cuando su duración se extiende a la de la suspensión o de la libertad condicional de una pena privativa de libertad. Consecuentemente, al no preverse régimen alguno por parte de la legislación proyectada, cualquier incumplimiento de la libertad vigilada en estos casos supondrá la comisión de un delito de quebrantamiento de condena regulado en el número segundo del art. 468 CP¹⁴⁷¹.

Podría plantearse incluso si en aquellos casos en que un sujeto que esté cumpliendo con una medida de libertad vigilada dentro de la suspensión de una pena privativa de libertad o en el marco de la libertad condicional e incumpla gravemente¹⁴⁷² alguna de

¹⁴⁷⁰ Nótese la dificultad en poder determinar en qué consiste el incumplimiento grave de la libertad vigilada, más cuando se ha eliminado cualquier referencia sobre la posible definición de dicho incumplimiento previsto en el actual 106.4 CP.

¹⁴⁷¹ Además, en el caso de incumplirse la condición 15ª del art. 104 bis.1 será de aplicación, el art. 468.3 PrCP. Su previsión respecto de la libertad vigilada, no obstante, no tiene sentido alguno, pues en el 468.3 ya se prevé que el incumplimiento de la medida de libertad vigilada, y por tanto de cualquiera de las condiciones supone un quebrantamiento de condena castigado además con la misma pena.

¹⁴⁷² Si es que es posible determinar cuándo un incumplimiento es grave y llegados a este punto si materialmente es posible llegar a incumplir gravemente la medida de libertad vigilada dado que el simple incumplimiento de alguna de las condiciones supone el quebrantamiento de la misma.

las condiciones de la libertad vigilada podría llegar a ser sancionado doblemente. Por un lado, con la revocación de la pena suspendida o de la libertad condicional y, por otro, con la imposición de una pena de seis a doce meses de prisión por la comisión del delito de quebrantamiento de condena.

Revocada la medida de libertad vigilada su ejecución quedará suspendida hasta cumplida la pena o la medida de seguridad privativa de libertad impuesta, momento en el que la ejecución de la libertad vigilada se reanudará (art. 106.2 PrCP).

Con todo, sería necesario recuperar el actual art. 106.4 CP si no se quiere que cualquier incumplimiento, por leve que sea, suponga la comisión de un delito castigado con penas de prisión de seis meses a un año. De no ser así, se estaría estableciendo un régimen de ejecución demasiado estricto que no casa con la propia naturaleza de las medidas de seguridad.

3.8. Breve recapitulación acerca de la proyectada reforma.

En síntesis, aunque el Proyecto de reforma del CP presenta algunas modificaciones interesantes que, en mi opinión, mejoran notablemente la regulación de la medida de seguridad libertad vigilada en relación con su aplicación a sujetos imputables, hay muchas cuestiones que deberían revisarse. Entre muchas otras, las que se enumeran sucintamente. La libertad vigilada debería estar prevista siempre como una medida imponible con carácter facultativo. Asimismo, sería aconsejable revisar el catálogo de delitos que pueden implicar la imposición de una medida de libertad vigilada para quienes sean imputables. Además, es imprescindible reformular toda la regulación relativa al sistema de incumplimiento de la libertad vigilada, pues el prelegislador pretende eliminar el sistema previsto en la actual regulación que, aun no siendo el más acertado, es más justo que el que se pretende incorporar. Finalmente, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de reforma sería adecuado que se atendiera a la libertad vigilada como una institución y no como un conjunto inconexo de preceptos, con la finalidad de evitar contradicciones entre unos y otros.

CAPÍTULO V – PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

I. Introducción.

Hasta el momento se ha analizado cual es el estado de la cuestión en lo que a sanciones penales post-penitenciarias aplicables a sujetos imputables peligrosos se refiere. Como se ha visto, la actual tendencia político-criminal de castigar más allá de lo permitido por el hecho delictivo cometido no es un planteamiento introducido *ex novo* por el legislador español. Ya con anterioridad tanto Estados Unidos como un elevado número de Estados europeos abrieron la veda a la posibilidad de tener en cuenta, además del hecho delictivo cometido, el riesgo de comisión de nuevos delitos para incrementar la pena impuesta o para añadir a ésta una nueva sanción, ya sea de naturaleza penal o de otra naturaleza, dirigida a hacer frente a la peligrosidad criminal que presenta – o se presume – el autor del ilícito penal cometido. Podría decirse que España, con anterioridad a la introducción de la libertad vigilada en 2010, era ya de los pocos países noroccidentales que no permitían (con la excepción de la agravante y la agravante cualificada de reincidencia) tener en cuenta, junto con la gravedad del hecho cometido, la peligrosidad criminal del autor del delito para determinar la sanción o sanciones a imponer. No obstante, ya con anterioridad a la introducción de la medida de libertad vigilada una parte de la doctrina penal española había manifestado la necesidad de tomar en consideración la peligrosidad de los sujetos declarados culpables para la determinación de la condena a través, sobre todo, de la adición a la pena impuesta de una nueva sanción con naturaleza de medida de seguridad. En este sentido, es muy significativa la postura del Consejo de Europa, que recomienda a los Estados miembros introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos medidas postpenitenciarias

dirigidas a contrarrestar la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables peligrosos¹⁴⁷³.

Aunque ciertamente el periodo temporal de vigencia de la libertad vigilada podría decirse que ha sido tan corto que difícilmente es posible conocer si su introducción tendrá efectos positivos en la rehabilitación y la resocialización de los sujetos sometidos a la misma, no es menos cierto que la concreta regulación plasmada en el Código Penal presenta un elevado número de deficiencias jurídicas, por un lado, y ciertas dudas sobre su aplicabilidad práctica, por otro. Éstas hacen necesario que deba sugerirse su modificación por otras alternativas, o directamente la eliminación de la posibilidad de que la peligrosidad sea tenida en cuenta para determinación de la condena a imponer. Para ello, en las páginas que siguen expondré las distintas alternativas reguladas en otros países así como aquellas planteadas por la doctrina española con el objetivo de hacer frente al riesgo de comisión de futuros delitos por parte de delincuentes imputables peligrosos. Posteriormente, propondré la opción político-criminal que me parece más adecuada.

II. Alternativas a la medida de libertad vigilada en derecho comparado y formuladas por la doctrina científica.

1. Alternativas existentes en derecho comparado.

Como se ha visto durante el desarrollo del presente trabajo, actualmente existen en derecho comparado muchas y variadas formas de hacer frente a la peligrosidad de los delincuentes imputables peligrosos. En algunos casos, el legislador ha optado por incrementar el rigor punitivo de la pena aplicable; en otros, se ha optado por añadir a la pena impuesta en atención al hecho cometido una nueva sanción, llámese pena, medida de seguridad penal o medida civil o administrativa. Junto a ello, también es posible

¹⁴⁷³ Cfr. la Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a los delincuentes peligrosos. Disponible en <http://hub.coe.int/web/coe-portal> [última visita: 09/10/2014].

distinguir dos procedimientos claramente diferenciados para acreditar dicha peligrosidad y que justifiquen, por razones de prevención especial, la necesidad de que sea tenido en cuenta con el objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos. Por un lado, a través de un pronóstico individualizado de peligrosidad donde se constate que el concreto individuo que es pronosticado muy probablemente vuelva a cometer futuros delitos. Así sucede en relación con todas las posibilidades ofrecidas en la legislación inglesa¹⁴⁷⁴ y en la alemana¹⁴⁷⁵, así como en relación con la medida de *civil commitment* americana, de modo que sólo será posible la imposición de una medida o el incremento de la duración de la pena impuesta si previamente se ha acreditado dicho riesgo de comisión de futuros delitos. Por otro lado, a través de la presunción de la peligrosidad, ya sea por la aplicación de teorías propias del derecho penal de autor o por la asimilación de la repetición delictiva como un signo inequívoco del riesgo de comisión de futuros delitos. Así, deben considerarse como claros ejemplos propios del llamado derecho penal de autor, por un lado, la obligación de estar sometido al registro de delincuentes sexuales (o violentos en algún estado) y de soportar que los datos del infractor sean públicos o las restricciones de residencia que se imponen por el mero hecho de ser un delincuente sexual (o violento), al considerarse por parte del legislador que las personas que cometen este tipo de delitos tienen un elevado riesgo de reincidencia, sin importar la peligrosidad criminal de cada uno de los sujetos sometidos a la misma. Por otro, las llamadas leyes *three strikes and you're out* que suponen un incremento desmesurado de la pena a imponer, hasta el punto de condenar a cadena perpetua por el mero hecho de tener antecedentes penales. Finalmente, en aquellos casos en que se decide tener en consideración la peligrosidad de un sujeto que ha cometido un delito a través de la imposición de una nueva sanción añadida, puede distinguirse entre aquellas que implican una privación de libertad¹⁴⁷⁶ y aquellas otras que no suponen una

¹⁴⁷⁴ No ha sido hasta la reforma de la CJA 2003 operada por la CJIA 2008 cuando eliminó la presunción de peligrosidad de los sujetos con antecedentes penales. Vid. *supra* en el apartado I.1.5 del Capítulo III correspondiente al análisis de la legislación inglesa y más concretamente en el relativo a la consideración de delincuente peligroso.

¹⁴⁷⁵ Podría exceptuarse los supuestos de reserva de la imposición de la custodia de seguridad.

¹⁴⁷⁶ Así, la custodia de seguridad alemana y el *civil commitment* americano.

privación de la libertad¹⁴⁷⁷. A la vez, éstas pueden establecerse con una duración concreta¹⁴⁷⁸, indefinida¹⁴⁷⁹ o incluso perpetua¹⁴⁸⁰.

Asimismo, por parte de la doctrina científica se han planteado diversas propuestas, inspiradas principalmente en la legislación penal alemana, para hacer frente a la peligrosidad criminal que presentan determinados sujetos imputables. Entre las distintas propuestas, predominan aquellas que inciden en la imposición de una nueva sanción penal junto a la pena impuesta por el hecho cometido. Podría, a grandes rasgos, diferenciarse entre aquellos que defienden la introducción de una medida de seguridad privativa de libertad y aquellos que defienden la introducción únicamente de una medida de seguridad o una pena no privativa de libertad de cumplimiento posterior a la pena de prisión impuesta. Finalmente, aunque claramente en minoría, cabe mencionar aquellos que defienden la opción político-criminal de no añadir a la pena impuesta ninguna otra sanción e incidir en la ejecución de la pena de prisión. En el epígrafe que sigue se analizarán las distintas propuestas realizadas en España.

2. Propuestas doctrinales de lege ferenda.

2.1. Medidas de seguridad privativas de libertad.

A pesar de las grandes diferencias que existen entre las distintas propuestas que defienden la introducción de una medida de seguridad privativa de libertad, sí que puede percibirse una cierta uniformidad en relación con los individuos frente a quienes debería aplicarse estas sanciones penales. Así, debería aplicarse únicamente frente a la criminalidad grave en la que se hubiera acreditado la peligrosidad criminal del autor del delito. Es más, algunos autores consideran que su imposición debería estar restringida únicamente frente a la comisión de delitos contra la vida, contra la integridad física y la

¹⁴⁷⁷ Vid., entre otras, la *supervised release*, las restricciones de residencia, la vigilancia de conducta o las distintas ordenes civiles inglesas.

¹⁴⁷⁸ Así, la *serious crime prevention order* o la *violent offender order* inglesas.

¹⁴⁷⁹ Cfr. la custodia de seguridad, la vigilancia de conducta, la *supervised release* americana o la *Imprisonment for Public Protection* inglesa.

¹⁴⁸⁰ En este sentido, el registro de delincuentes sexuales, la restricción de residencia, la *sexual offender prevention order* inglesa o la *supervised release*.

libertad sexual¹⁴⁸¹. Otros, no obstante, consideran posible que su aplicación se amplíe a la criminalidad media¹⁴⁸². Además, algunos autores exigen también que este tipo de medidas sólo puedan ser aplicables a delincuentes reincidentes o habituales, de modo que a pesar de constatarse la peligrosidad criminal de un sujeto que ha cometido un delito grave, únicamente sería posible su imposición en el caso en que hubiera sido condenado anteriormente por uno o más delitos de la misma naturaleza¹⁴⁸³.

En concreto, las propuestas que han sido realizadas por la doctrina especializada clasificadas en este primer grupo son básicamente dos: por un lado, se ha propuesto la posibilidad de introducir preferentemente el internamiento en centro de terapia social y, por otro, la medida de custodia de seguridad al estilo alemán.

Comenzando por las primeras, CEREZO MIR propone que frente a la delincuencia habitual grave pueda imponerse, junto con la pena de prisión, el internamiento en centro de terapia social y la custodia de seguridad¹⁴⁸⁴. Esto es, según el autor, el internamiento en un centro de terapia social estaría pensado para aquellos delincuentes habituales de criminalidad grave y menores de veinticinco años que presenten una grave anomalía en su personalidad que haya tenido influencia en la comisión del delito, y su imposición debería estar precedida, en todo caso, por el consentimiento del propio condenado. La

¹⁴⁸¹ Vid., en este sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., p. 158.

¹⁴⁸² En este sentido, vid. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 656, aunque a su vez, apuesta por su ejecución previa a la de la pena y con una duración máxima limitada, a la vez que propone eliminar la agravante de reincidencia.

¹⁴⁸³ Así, vid. CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español* (III), Ed, Tecnos, Madrid, 2007, p. 174; SANZ MORÁN, A., “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, op. cit., p. 130; SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., p. 158; MARÍN DE ESPINOSA, E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 363 y ss. Cfr. en, JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 655; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., pp. 209-210, quienes consideran, acertadamente, que no se requiere la previa condena por la comisión de delitos de la misma naturaleza para su imposición.

¹⁴⁸⁴ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español* (III), op. cit., pp. 174-176.

ejecución de esta medida debería darse siempre con anterioridad a la de la pena de prisión y de acuerdo con las reglas del sistema de ejecución vicarial. Para aquellos delincuentes igualmente habituales que cometan un delito grave a los que no pueda aplicarse el internamiento en centro de terapia social, ya sea porque no cumpla alguno de los requisitos para ello (ausencia de graves anomalías o de consentimiento o cuando se considere que su imposición no contribuiría a favorecer la reinserción social del sometido a la misma), ya sea porque se es mayor de veinticinco años, debería imponerse una medida de custodia de seguridad con un fin principalmente asegurador y de cumplimiento posterior y acumulativo a la pena de prisión¹⁴⁸⁵. En un sentido parecido, MARÍN DE ESPINOSA considera que frente a los delincuentes reincidentes peligrosos de dieciocho a veinticinco años debería imponerse la medida de internamiento en un centro de terapia social sin que sea necesario que éstos presenten una anomalía en su personalidad. No obstante, frente a los mayores de veinticinco años esta autora propone la imposición de una pena relativamente indeterminada con una duración vinculada tanto al hecho cometido como a la peligrosidad del autor del delito¹⁴⁸⁶.

Por su parte, GUIASOLA LERMA, que rechaza la posibilidad de que se acumule la medida de custodia de seguridad a la pena de prisión dada su finalidad puramente inocuizadora¹⁴⁸⁷, apuesta frente a los delincuentes habituales peligrosos que cometan delitos graves por la introducción del internamiento en un centro de terapia social que

¹⁴⁸⁵ Vid., en un sentido muy parecido, ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, op. cit., pp. 258-260, quien considera, no obstante, que la duración de ambas medidas (el internamiento en un centro de terapia social y la custodia de seguridad) no debería ser superior a diez años. además, considera que sería una buena opción que junto con las dos medidas de seguridad privativas de libertad indicadas también se introdujera la medida de libertad vigilada que podría tener una duración indeterminada. También, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, op. cit., p. 709, quien propone limitar la duración de las medidas de acuerdo con un criterio de distribución de cargas y no únicamente a la desaparición de la peligrosidad del autor del delito. cfr. en GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, op. cit., pp. 984-1000, quien concuerda plenamente con CEREZO MIR en cuanto en la posibilidad de internamiento en un centro de terapia social pero en cambio critica que la imposición de la custodia de seguridad por, entre otros argumentos, el hecho que su imposición representa un mal considerablemente mayor que el que se trata de evitar.

¹⁴⁸⁶ Vid. MARÍN DE ESPINOSA, E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, op. cit., pp. 386-390.

¹⁴⁸⁷ Vid. GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 157.

debería ejecutarse siempre antes que la pena de prisión y, en todo caso, por el internamiento en centro educativo especial¹⁴⁸⁸. En ambos supuestos, la medida y pena impuesta se ejecutarían de acuerdo con el sistema vicarial¹⁴⁸⁹ y su duración nunca podría superar el principio de proporcionalidad establecido en el vigente art. 6.2 CP¹⁴⁹⁰. Junto a ello, la autora defiende la imposición de la libertad vigilada como un instrumento eficaz para hacer frente a la peligrosidad de los sujetos mencionados. Ésta debería imponerse en sentencia y su ejecución se demoraría hasta el momento de cumplimiento de la pena de prisión impuesta¹⁴⁹¹. De una opinión parecida, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, quien defiende la introducción del internamiento en centro de terapia social para hacer frente a la delincuencia habitual peligrosa. Dicha medida, que debería tener una duración máxima establecida en la Ley, se ejecutaría de acuerdo con el sistema vicarial, quedaría sometida a un procedimiento de revisión periódica y se complementaría con una medida de vigilancia de conducta o libertad vigilada¹⁴⁹².

Igualmente, JORGE BARREIRO defiende la introducción de una medida de seguridad privativa de libertad, llámese custodia de seguridad o internamiento en centro de terapia social, dirigida a neutralizar la peligrosidad criminal de los sujetos imputables de criminalidad grave o media. En todo caso, la ejecución de la medida considera que debería realizarse previamente a la de la pena de prisión, con una duración que nunca podría superar los 15 años¹⁴⁹³ y de acuerdo con el sistema vicarial. Junto a ello, además, sería imprescindible la eliminación de la agravante de reincidencia contemplada en el Código Penal español. En términos menos concretos se pronuncia SANZ MORÁN, quien apuesta por la posibilidad de imponer frente a delincuentes habituales peligrosos una medida de seguridad privativa y no privativa de libertad que dé preferencia a la

¹⁴⁸⁸ Así, vid. GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 158.

¹⁴⁸⁹ Cfr. en GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., pp. 151-153.

¹⁴⁹⁰ Vid. GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., p. 155.

¹⁴⁹¹ GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, op. cit., pp. 159-160.

¹⁴⁹² Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Habituales y peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 22, 2007, pp. 83 y ss.

¹⁴⁹³ Es más, vid. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, op. cit., p. 655, quien considera que “debería excluirse la posibilidad de imponer la medida de custodia de seguridad a «perpetuidad» y a «posteriori» de la sentencia condenatoria, al poner en entredicho valores o principios constitucionales como, entre otros, los de «dignidad», «humanidad» y «legalidad»”.

finalidad correctiva frente a la asegurativa y basada en un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal. En su propuesta apuesta por la aplicación del sistema de ejecución vicarial entre la pena y la medida impuesta, pero sin cerrar la puerta a la posibilidad de acumulación entre unas y otras también cuando la medida sea privativa de libertad¹⁴⁹⁴. La duración de la medida, en principio, sería proporcional a la peligrosidad del autor del delito. Finalmente y de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ¹⁴⁹⁵, en todo momento deberá tenerse en cuenta la necesidad de que se produzca una distribución equilibrada de cargas entre el individuo y la sociedad¹⁴⁹⁶.

Por concluir con estas propuestas, un segundo grupo de autores defiende que la solución a los delincuentes peligrosos es la de la imposición de la custodia de seguridad una vez cumplida la pena de prisión. Así, SÁNCHEZ LÁZARO considera que debería establecerse la imposición de la medida de custodia de seguridad frente a aquellos sujetos reincidentes por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad física o la libertad sexual¹⁴⁹⁷. En este sentido, la custodia de seguridad se ejecutaría acumulativamente a la pena de prisión¹⁴⁹⁸ y tendría una duración máxima de cinco años que podría prorrogarse en caso de considerarse necesario en atención a la peligrosidad del sujeto¹⁴⁹⁹. Junto a la custodia de seguridad, la autora aboga por la posibilidad de imponer medidas de seguridad no privativas de libertad a estos mismos sujetos, tales como la castración química o la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio o la vigilancia de conducta alemana¹⁵⁰⁰. En un sentido similar se pronuncia ZUGALDÍA

¹⁴⁹⁴ Vid. SANZ MORÁN, A., “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, op. cit., p. 131.

¹⁴⁹⁵ Cfr. en SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, op. cit., pp. 709-710.

¹⁴⁹⁶ Vid. SANZ MORÁN, A., “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, op. cit., p. 131.

¹⁴⁹⁷ Cfr. en SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., p. 158.

¹⁴⁹⁸ Que además, debería perfilarse un régimen de ejecución y contenido diferenciado de la pena de prisión y eliminarse la agravante de reincidencia. En este sentido, vid. SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., pp. 161-162.

¹⁴⁹⁹ Vid. SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., pp. 157-158.

¹⁵⁰⁰ Así, SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, op. cit., p. 160.

ESPINAR, quien considera posible la imposición de una medida de custodia de seguridad en sentencia de ejecución posterior y acumulativa a la pena de prisión¹⁵⁰¹ además de imponer medidas de seguridad no privativas de libertad como la libertad vigilada¹⁵⁰² de ejecución posterior a la pena o a la custodia de seguridad¹⁵⁰³. No obstante, la imposición de las medidas de seguridad a sujetos imputables se limitaría frente a aquellos casos en que existiera una situación de extrema necesidad. Esto es, sería necesaria la constatación de una tendencia a cometer hechos punibles graves que ponga de manifiesto la existencia de un riesgo actual y grave de que el autor cometa nuevamente un delito de estas características¹⁵⁰⁴. En un sentido más severo se pronuncia MANZANARES SAMANIEGO, quien considera que la libertad vigilada introducida en el Derecho penal español es insuficiente y es necesaria la introducción de la medida de custodia de seguridad¹⁵⁰⁵.

2.2. Medidas de seguridad no privativas de libertad acumulativas a la pena de prisión.

Este grupo de propuestas tienen en común el rechazo generalizado a la imposición de medidas de seguridad privativas de libertad frente a sujetos imputables. Podría decirse que todas ellas, con mayor o menor vigor, defienden la imposición de determinadas reglas de conducta con una implicación similar a la vigente medida de libertad vigilada. Así, GRACIA MARTÍN, previo reproche a la posibilidad de imponer una medida de custodia de seguridad de ejecución posterior y acumulativa a la pena de prisión¹⁵⁰⁶,

¹⁵⁰¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., pp. 209-210.

¹⁵⁰² En este sentido, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., p. 209, donde menciona diversas medidas de seguridad no privativas de libertad que en la actualidad forman parte principalmente de la libertad vigilada.

¹⁵⁰³ Así, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., pp. 205 y 209.

¹⁵⁰⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., p. 205.

¹⁵⁰⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La libertad vigilada”, op. cit., p. 1513.

¹⁵⁰⁶ No obstante, sí que considera posible el internamiento en un centro de terapia social en supuestos muy limitados. Vid. GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. /

defiende que para hacer frente al riesgo que presentan los delincuentes peligrosos es posible recurrir a medios más proporcionados. Además, considera que esto podría hacerse en sede de la pena, ya sea agravando la misma por apreciarse reincidencia, ya sea limitando los beneficios penitenciarios. También defiende la posibilidad de realizar un control del excarcelado mediante su sometimiento a vigilancia o por la imposición de reglas de conducta¹⁵⁰⁷. En un sentido parecido, SIERRA LOPEZ¹⁵⁰⁸ apuesta por la imposición de una medida de libertad vigilada al estilo de la medida configurada en el Derecho español. Para la autora, la libertad vigilada únicamente debería imponerse previo pronóstico individualizado de peligrosidad criminal y de acuerdo con el sistema progresivo penitenciario¹⁵⁰⁹, además de considerar que todas las obligaciones y prohibiciones impuestas deberían tener una finalidad correctiva¹⁵¹⁰.

Seguramente la propuesta más desarrollada en este sentido, aunque de acuerdo con una concepción del sistema de sanciones penales monista, es la realizada por GARCÍA ALBERO¹⁵¹¹. Éste autor propone la implementación de una pena accesorias, que podría llamarse vigilancia judicial, control judicial o supervisión judicial, que se impondría en sentencia condenatoria, de forma preceptiva, junto con la pena de prisión en caso de condena por un delito grave contra la vida, la integridad física y la libertad sexual siempre que se cumpliera alguno de los siguientes requisitos: reincidencia, habitualidad, comisión de dos o más delitos o pronóstico de peligrosidad criminal. La pena accesorias

CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, op. cit., pp. 985-986.

¹⁵⁰⁷ Cfr. en GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, op. cit., pp. 999-1000.

¹⁵⁰⁸ Vid. igualmente, aunque no cierra la puerta a medidas privativas de libertad en los casos más extremos, ROBLES PLANAS, R., ““Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, op. cit., p. 20.

¹⁵⁰⁹ Esto es, como indica SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 154-155, “que en ningún caso, una vez se ha optado por michos mecanismos (tercer grado o libertad condicional), se pueda producir un retroceso en el sujeto en el sentido de que al cumplir la libertad vigilada, éste pueda encontrarse en peores condiciones una vez cumplida la pena que cuando se llevaba a cabo su ejecución”.

¹⁵¹⁰ Cfr. en SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, op. cit., pp. 155-156.

¹⁵¹¹ Cfr. en 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?”, op. cit., pp. 138-139.

impuesta se cumpliría de forma simultánea a la prisión y su duración se prolongaría a la pena principal por un tiempo de hasta diez años, aunque su concreto contenido¹⁵¹² no se determinaría hasta un momento posterior por el JVP, pero con anterioridad a la obtención de beneficios penitenciarios como los permisos de salida, el acceso al tercer grado o la libertad condicional. Finalmente, debería preverse un régimen de ejecución relajado, de modo que tanto las concretas obligaciones y prohibiciones impuestas como su duración pudieran adaptarse a las necesidades derivadas de la peligrosidad del sometido a la misma.

2.3. Tratamiento de la peligrosidad en prisión.

Las últimas propuestas realizadas por la doctrina penal española para hacer frente a los delincuentes imputables peligrosos o de riesgo que resulta adecuado mencionar son aquellas que rechazan el incremento punitivo en atención al riesgo de comisión de futuros delitos y consideran que debe realizarse el objetivo preventivo-especial que debería tener la ejecución de la pena de prisión.

En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, apuesta por dar un contenido preventivo-especial a la pena. Para ello, considera que sería necesario que se llevaran a cabo una serie de modificaciones legales. Por lo que afectaría al CP, propone la eliminación de los periodos de seguridad establecidos en el art. 36.2 y 78 CP y apunta que deben replantearse los límites mínimos y máximos de la pena de prisión desde la perspectiva que marca el at. 25.2 CE y de la humanización de la pena¹⁵¹³. En relación con la

¹⁵¹² Entre el posible contenido de la pena de vigilancia propone la incorporación de obligaciones de notificación sobre el domicilio, cambio de domicilio o de viajes, un elenco de obligaciones conectadas con los factores de riesgo de reincidencia, la sumisión a programas de orientación psicológica, así como la vigilancia electrónica a través de sistemas de GPS en los casos más graves. En este sentido, vid. 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?”, op. cit., p. 139.

¹⁵¹³ Cfr. en ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 393.

legislación penitenciaria, defiende que es necesario, entre otras reformas¹⁵¹⁴, reinterpretar el concepto de resocialización, de modo que al reo no pueda exigírsele más que no cometer un nuevo delito, facilitándosele el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional¹⁵¹⁵. Ante tal estado de cosas, ya no será necesario añadir una posterior medida de libertad vigilada que de hecho viene a posponer la ejecución de la libertad condicional en un estadio posterior y supone, cuando acompaña a penas de prisión de muy larga duración, disfrazar bajo la apariencia de pena temporal lo que no es más que una cadena perpetua¹⁵¹⁶.

Por su parte, CID Y TÉBAR, después de un análisis de diversos estudios realizados en torno a los beneficios de conceder la libertad condicional a delincuentes de alto riesgo en distintos modelos de libertad condicional, concluyen que la obtención de la misma con un nivel elevado de intervención rehabilitadora es efectiva para reducir el riesgo de reincidencia de los condenados con un serio riesgo de reincidencia¹⁵¹⁷. Contrariamente a las conclusiones de estas investigaciones, el uso de la libertad condicional en España es muy limitado, hasta el punto de que aproximadamente el 65% de los condenados son licenciados definitivamente sin haber podido obtener ningún beneficio penitenciario¹⁵¹⁸. Ello se debe principalmente al propio modelo de libertad condicional español, en el que para que sea otorgada la libertad condicional o el tercer grado penitenciario es preciso un pronóstico positivo de reinserción¹⁵¹⁹. Consecuentemente, los autores proponen la modificación del modelo discrecional español por un sistema mixto entre el actualmente previsto y uno automático. Este sistema mixto propuesto se basaría en una serie de

¹⁵¹⁴ En este sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., pp. 398-401. Entre otras, propone potenciar los programas de tratamiento dentro del ámbito penitenciario, la eliminación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria o reforma profundamente el sistema disciplinario penitenciario.

¹⁵¹⁵ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., p. 394.

¹⁵¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, op. cit., pp. 394-395.

¹⁵¹⁷ Vid. CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, op. cit., pp. 10-13.

¹⁵¹⁸ Cfr. en CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, op. cit., p. 8.

¹⁵¹⁹ Cfr. art. 90 CP relativo a los requisitos para que sea otorgada la libertad condicional.

premisas¹⁵²⁰. Primero, la libertad condicional debería de ser automática en una determinada fecha. Segundo, sería necesaria una evaluación de la persona antes de la liberación con el fin de determinar el programa de intervención una vez puesto en libertad condicional, de modo que en función del riesgo de reincidencia del sujeto se debería establecer un modelo de intervención más o menos intensivo. Finalmente, debería posibilitarse que la fecha de libertad condicional pudiera anticiparse para estimular que los reos, durante su estancia en prisión, participasen en aquellas intervenciones orientadas a su rehabilitación. La solución propuesta, consideran los autores, es más respetuosa que la imposición de una medida de libertad vigilada de ejecución posterior al cumplimiento de la pena de prisión, pues se adecúa mejor al mandato constitucional de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, a diferencia de la libertad vigilada, que además presupone que los sujetos sometidos a la misma van a ser excluidos de los mecanismos de liberación anticipada¹⁵²¹.

Por último, AGUADO LÓPEZ¹⁵²² considera que el tratamiento de la peligrosidad durante la ejecución de la pena es más respetuoso con los principios constitucionales además de más realista desde un punto de vista práctico. En este sentido, propone que se realice un tratamiento individualizado de cada sujeto atendiendo a la evolución de la peligrosidad criminal del penado. Debe aquí traerse a colación que, como indica SILVA SÁNCHEZ¹⁵²³, debería aprovecharse “la institución de la libertad condicional, para hacer de ella una auténtica “libertad condicional”, esto es, sometida al cumplimiento de una serie de reglas de conducta, controlado por el personal adecuado para ello”.

¹⁵²⁰ Vid. CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, op. cit., pp. 15-16.

¹⁵²¹ Cfr. en CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, op. cit., pp. 17-20, además de exponer otros motivos por optar por la libertad condicional en vez de la medida de libertad vigilada como son que ésta última parte de ideas poco fundadas sobre la imposibilidad de rehabilitación de la delincuencia sexual y terrorista o que el tipo de obligaciones y prohibiciones contenidas – dirigidas principalmente al control – no son las más efectivas para evitar la reincidencia.

¹⁵²² Cfr. en AGUADO LÓPEZ, S., “Tratamiento penal del delincuente reincidente peligrosos: ¿con medidas de seguridad o en la ejecución de la pena”, en *La Ley Penal*, núm. 102, 2013, pp. 55-64.

¹⁵²³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, op. cit., p. 709.

3. Críticas generales a las instituciones comparadas y a las propuestas doctrinales expuestas.

Con carácter previo y a pesar de las propuestas de *lege ferenda* que seguidamente se realizarán, es posible descartar la posibilidad de incorporar al derecho penal español algunas de las instituciones existentes en derecho comparado y de las propuestas doctrinales arriba esbozadas.

En este sentido, debe rechazarse la incorporación de medidas de seguridad de carácter predelictual que posibiliten la imposición de una sanción penal sin que exista una conexión con la comisión de un previo delito y que tengan como único fundamento el riesgo de comisión de conductas antisociales o futuros delitos. Este tipo de sanciones son contrarias a una concepción del derecho penal del hecho, además de a la configuración de un Estado social y democrático de Derecho y de principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Igualmente, deben rechazarse de plano todas aquellas sanciones penales aplicables a sujetos inimputables o imputables en las que se presume la existencia de una peligrosidad criminal, pues vulneran el propio fundamento de las medidas de seguridad (o de cualquier otra consecuencia penal que se derive de la peligrosidad del autor de un delito); esto es, el riesgo de que un concreto sujeto cometa un nuevo delito. Además, en relación con los sujetos imputables, la imposición de una sanción por el mero hecho de considerarlos peligrosos agregada a otra sanción penal como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo supone un evidente fraude de etiquetas.

Del mismo modo, no es posible añadir una nueva sanción penal a la pena impuesta, sea o no privativa de libertad, que tenga establecida una duración indefinida o de carácter perpetua. La última de las posibilidades vulneraría manifiestamente la orientación constitucionalmente exigida que deben perseguir penas y medidas de seguridad. Pero además, el establecimiento de una medida de seguridad o de una pena impuesta con carácter indefinido como consecuencia de la peligrosidad criminal que presenta un

delincuente vulneraría el principio de seguridad jurídica derivado del principio de legalidad. En este sentido, incluso los autores que defienden que el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad debe ligarse a la peligrosidad criminal del autor y no al delito cometido consideran que es necesario establecer unos límites temporales máximos, ya sea en atención a la duración del tratamiento rehabilitador o sobre la base de una ponderación de bienes entre los derechos del individuo y la sociedad¹⁵²⁴.

También, a pesar de que una parte importante de la doctrina esté a favor de su introducción en la legislación española, debería repudiarse el uso de medidas de seguridad privativas de libertad y sobre todo aquellas de ejecución acumulativa a una pena de prisión. Ciertamente, en abstracto, la imposición de una medida de estas características difícilmente pueda tacharse de inconstitucional. No obstante, para ser así la concreta medida debería respetar el principio de proporcionalidad y debería igualmente estar fundada en un pronóstico de peligrosidad cierto y en la muy probable comisión de futuros delitos de extrema gravedad. Además, sería preciso que la ejecución de la medida privativa de libertad se diferenciara claramente de la de la pena. En caso contrario, se estaría disimulando mediante la imposición de una medida de seguridad un prolongamiento de la duración de la pena impuesta, lo que debe considerarse un fraude de etiquetas¹⁵²⁵ que vulnera claramente el principio de proporcionalidad. Junto a los argumentos mencionados, debe objetarse la incorporación de este tipo de medidas por motivos de estricta necesidad¹⁵²⁶. Esto es, si después del cumplimiento de una larga pena de prisión orientada igualmente a fines preventivo-especiales se hace necesario continuar privando del derecho a la libertad a un sujeto en

¹⁵²⁴ Vid. *supra* apartado primero del capítulo IV.

¹⁵²⁵ Vid. STEDH M. contra Alemania, par. 124-137 y especialmente el párrafo 127. Vid. también, Vid. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 y la nota de prensa nº 31/2011 de 4 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la propia sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Disponible en <http://www.bverfg.de/en/press.html> [última visita: 27/09/2014], que declara inconstitucional la custodia de seguridad y establece una serie de criterios que deberían seguirse para aprobar una nueva ley que regule la custodia de seguridad alemana. Sobre esta cuestión, vid. *supra* el apartado relativo a la constitucionalidad de la custodia de seguridad en capítulo (III) relativo al análisis del derecho alemán.

¹⁵²⁶ En un sentido parecido, vid. GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, op. cit., p. 999.

nombre de la seguridad del resto de ciudadanos o en su lugar sería suficiente que en caso de subsistir un riesgo de comisión de delitos se impusiera una medida de seguridad no privativa de libertad.

Descartada la incorporación de todas las mencionadas posibilidades, únicamente podría plantearse la acogida en la legislación penal española de sanciones penales postdelictuales y no privativas de libertad en aquellos casos en que las mismas se basaran en un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal y tuvieran fijada una duración máxima determinada. Sin embargo, tampoco sería acertado acomodar a la legislación penal española determinadas sanciones penales no privativas de libertad como las restricciones de residencia o el registro y notificación de los datos personales de determinados delincuentes, a pesar de que su regulación se estableciera de acuerdo con los criterios arriba mencionados: prohibición de la presunción de peligrosidad y con una duración máxima. El hecho de agregar a la pena impuesta como consecuencia y proporcionada al delito cometido una nueva consecuencia penal sólo podría justificarse a razón de la peligrosidad criminal que presenta el autor de ese delito. Por ello, esta nueva sanción debe ir dirigida a la reinserción social del sujeto afectado, a prevenir la comisión de futuros delitos, de modo que la finalidad de la misma debe ser primordialmente correctiva. Por el contrario, este tipo de obligaciones producen el efecto completamente contrario, la estigmatización del sometido a las mismas¹⁵²⁷. Pero además, la concreta obligación de notificar y hacer públicos los datos personales de los condenados supondría una afectación directa al derecho al honor y a la dignidad de las personas absolutamente intolerable¹⁵²⁸.

¹⁵²⁷ Vid. *supra* los apartados relativos a la ley de registro y notificación y a las restricciones de residencia en el capítulo II.

¹⁵²⁸ En este mismo sentido, vid. ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, op. cit., pp. 15-26; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, op. cit., p. 208; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes” en *Isonomía*, op. cit., pp. 194 y ss.; JACOBS, J. / LARRAURI, E., “Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain”, en *Punishment & Society*, vol. 14, 2012, pp. 11 y ss., donde se realiza una interesante comparativa entre la visión española con la norteamericana sobre los derechos en juego y su afectación con una posible publicación de los antecedentes penales de un sujeto.

III. Toma de posición.

Seguidamente se propondrán, de *lege ferenda*, aquellas propuestas que a la vista de todo lo expuesto durante el presente trabajo estimo más adecuadas para hacer frente a la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables. Debe advertirse que a pesar de la deriva de la política criminal seguida por parte de la gran mayoría de los países occidentales en la que se aboga por un derecho penal de la seguridad y en contra de las garantías propias de un derecho penal de la culpabilidad, no quiero renunciar a realizar una primera propuesta alejada de tales posturas, la que podría considerarse de máximos.

En mi opinión, debería renunciarse a incrementar la respuesta penal frente a sujetos imputables por considerarse éstos peligrosos. No me parece razonable que se incremente el rigor punitivo por el riesgo existente más o menos fundado de comisión de futuros delitos a quien se le ha impuesto una pena por la comisión de un delito. Además, en la determinación de la pena en menor medida y sobre todo durante la ejecución de la misma ya se tiene en cuenta la peligrosidad criminal del autor del delito, pues así se exige tanto desde un punto de vista constitucional como legal. Así, únicamente podría estar justificado un incremento de la sanción penal impuesta en atención a la peligrosidad del autor por el hecho de considerar que la pena no cumple suficientemente con las exigencias derivadas de los fines preventivo-especiales. De hecho, esta es la razón por la que el legislador consideró adecuada la introducción de la libertad vigilada¹⁵²⁹. No obstante, existe otra alternativa aún menos lesiva que la introducción de una medida de libertad vigilada que pasa por la modificación del sistema de ejecución de la pena de prisión¹⁵³⁰. En concreto, apuesto, al estilo de los autores arriba mencionados, por la generalización de la libertad condicional para todos los reos. En un primer momento – aproximadamente cumplida la mitad o dos terceras partes de la condena impuesta –, la libertad condicional debería otorgarse o no en

¹⁵²⁹ Vid. *supra* el apartado segundo del capítulo IV.

¹⁵³⁰ Además de replantearse el actual uso excesivo de la pena de prisión, como la necesidad de reducir con carácter general los límites de duración de la misma y la eliminación de la agravante de reincidencia. Con ello, se conseguiría reducir los índices de ocupación de las prisiones y consecuentemente se podría tratar con mayores recursos el riesgo de reincidencia de los penados en prisión.

función del pronóstico individualizado de peligrosidad. En aquellos supuestos en que no se considerase adecuada la puesta en libertad condicional del preso, debería revisarse periódicamente su situación penitenciaria. Finalmente, la libertad condicional debería ser automática para todos los reos una vez cumplidas tres cuartas partes de la pena de prisión. En todo caso, la libertad condicional debería ir acompañada de determinadas reglas de conducta dirigidas a prevenir la comisión de futuros delitos que incidiesen principalmente en las necesidades criminógenas del sujeto y subsidiariamente, en caso de ser absolutamente necesario, en el control del penado en libertad.

No obstante, consciente de las escasas posibilidades de que la propuesta de máximos llegue a tener un impacto positivo en la política criminal futura, con carácter subsidiario formularé una segunda propuesta acorde con la política criminal actual pero que a la par pretende ser respetuosa con los derechos individuales de los sujetos afectados por este tipo de sanciones penales.

En este sentido, estimo adecuado, de acuerdo con la defensa de un sistema monista¹⁵³¹, la introducción de una nueva pena de prisión aplicable a sujetos que cometan determinados delitos y en los que se aprecie un riesgo evidente de comisión de nuevos delitos de la misma clase. De hecho, la propuesta que aquí se presenta se inspira en la llamada *extended sentence* inglesa¹⁵³². Esta nueva pena se aplicaría a aquellos sujetos con antecedentes penales¹⁵³³ que cometiesen un delito castigado con una pena de prisión

¹⁵³¹ Más aún si el Proyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de octubre de 2003 acaba aprobándose, pues además de generalizar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos imputables se pretende reformar el principio de proporcionalidad establecido en el art. 6.2 del actual CP, lo que se ve reflejado en la posibilidad de imponer una medida de seguridad sin limitación temporal alguna.

¹⁵³² Si se quiere también podría considerarse que lo que pretende la propuesta que se presenta no es más que incrementar la duración de la condena impuesta al estilo de la medida de libertad vigilada o como si de una pena accesoria se tratase.

¹⁵³³ Se ha optado por establecer los antecedentes penales como criterio delimitador de la imposición de esta nueva pena porque los estudios empíricos demuestran que como mayor sea el historial delictivo menores son las posibilidades de obtener la libertad condicional y, por tanto, de cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en régimen ordinario. Puesto que esta nueva pena lo que hace es añadir un periodo en semi-libertad respecto a la pena de prisión que le sería impuesta a un sujeto no peligroso, serviría para que estos cumplieran una parte de su condena en libertad condicional. Vid., sobre la menor aplicación de la libertad condicional a sujetos con antecedentes penales, TÉBAR VILCHES, B., "La aplicación de la libertad condicional en España", en *Revista de Derecho y Criminología*, núm. 18, 2006, p. 314.

de más de cinco años, siempre y cuando se acreditase mediante un pronóstico individualizado de peligrosidad el riesgo de comisión de futuros delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Para la determinación de la duración de esta nueva pena debería tomarse como base la concreta pena a imponer en caso de no considerar peligroso al autor del delito, a la que se debería añadir un periodo adicional de hasta cinco años que debería ejecutarse en régimen de semi-libertad¹⁵³⁴. Para la determinación del momento a partir del cual es posible la concesión de la libertad condicional debería tenerse en cuenta únicamente la parte de la pena impuesta correspondiente a la gravedad del hecho cometido y no la parte adicional impuesta en atención a la peligrosidad del autor del delito¹⁵³⁵. En el momento de concederse la libertad condicional deberían imponerse unas determinadas reglas de conducta de obligado cumplimiento de acuerdo con la peligrosidad y las necesidades del sujeto que serían supervisadas por el agente de libertad condicional u otro organismo encargado de su supervisión. Durante el cumplimiento de la pena en régimen de libertad condicional, el Juez debería poder de acuerdo con la evolución del penado, modificar las reglas de conducta impuestas o incluso dejar sin efecto las mismas por el tiempo que quede de cumplimiento de la pena.

Finalmente es necesario incidir en algunas cuestiones relativas a la medida de libertad vigilada que deberían reformarse.

Sería ingenuo por mi parte pensar que el actual legislador vaya a cambiar el rumbo de la política criminal iniciada en 2003 y que ha avanzado un paso más con la aprobación de la LO 5/2010 al instaurar un sistema dualista de penas y medidas para sujetos imputables. Es más, esta tendencia parece que se va a consolidar si finalmente se acaba aprobando el Proyecto de LO de reforma del CP, ahora en sede parlamentaria, de modo que, entre otras cuestiones, se ampliará el catálogo de delitos por los que será posible la imposición de la medida de libertad vigilada, se ampliará también el listado de

¹⁵³⁴ A modo de ejemplo, a un sujeto con antecedentes penales que hubiere cometido un delito de violación castigado con una pena de 6 a 12 años de prisión se le impondría una pena de 9 por el hecho cometido más 4 años adicionales como consecuencia del riesgo de comisión de futuros delitos, lo que supone un total de 13 años de prisión.

¹⁵³⁵ Así, en el ejemplo anterior, si decide concederse la libertad condicional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena, significará que el sujeto, una vez cumplidos 6 años y 9 meses privado de libertad, deberá ser puesto en libertad condicional por el resto de la condena impuesta.

obligaciones y prohibiciones de posible imposición y se eliminará el límite máximo de duración.

Tendiendo esto en cuenta, subsidiariamente a las propuestas defendidas, en caso de optarse por continuar con la senda iniciada en 2010, resulta necesario, de *lege ferenda*, modificar la actual regulación de la libertad vigilada tal como la conocemos en relación con algunos extremos, a fin de adecuar su regulación a los postulados constitucionales. Así pues, la imposición de la medida de libertad vigilada debería reservarse para aquellos casos en que se cometan los delitos más graves y cuando además exista un elevado riesgo de comisión de futuros delitos de la misma naturaleza¹⁵³⁶. La peligrosidad criminal debería quedar acreditada en el momento de la imposición de la medida y posteriormente, antes de activarse su ejecución, sería necesario comprobar que dicha peligrosidad persistiera. Además, debería establecerse una duración en abstracto máxima que nunca pudiera ser superada, a la vez que limitarse en concreto por la gravedad de los delitos que se estimara que el sujeto volverá a cometer y no por la gravedad del delito cometido. El cumplimiento de la libertad vigilada debería iniciarse junto con la ejecución de la pena de prisión y su ejecución debería revisarse anualmente una vez cumplida la pena de prisión impuesta. Finalmente, debería adecuarse el contenido de la medida a los objetivos que se persiguen con su imposición, de modo que se incrementase el número de obligaciones tendentes a la corrección del individuo, a la vez que se redujesen aquellas dirigidas al mero control del sometido a la medida o a la protección de terceras personas.

¹⁵³⁶ En este sentido, vid. la Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a los delincuentes peligrosos. Disponible en <http://hub.coe.int/web/coe-portal> [última visita: 09/10/2014].

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

En las páginas que siguen se expondrán las conclusiones del presente trabajo de investigación clasificándolas temáticamente de acuerdo con los siguientes ámbitos:

Las causas del cambio de paradigma del derecho penal y su influjo en la introducción de la libertad vigilada:

I. La relación triangular entre medios de comunicación, opinión pública y poder político es una de las principales causas directas que explica la introducción de las distintas sanciones penales dirigidas a contrarrestar la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables peligrosos existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos estados noroccidentales analizados. Entre éstas la aprobación de la LO 5/2010 se introdujo la primera medida de seguridad aplicable a sujetos imputables desde la democracia.

II. Los medios de comunicación, a través del proceso de *agenda-setting*, transmiten a la sociedad una imagen parcial de la realidad que se ve reflejada en la opinión que tiene la sociedad sobre los acontecimientos y problemas existentes en un determinado momento. Consecuentemente, la tematización de acontecimientos de carácter criminal por parte de los medios de comunicación conduce a que éstos lleguen a ser considerados de interés por parte de la opinión pública con independencia de su importancia intrínseca. Además, la propia lógica de los medios de comunicación hace que no todos los hechos delictivos lleguen a ser finalmente noticia, sino que sólo aquellos más espectaculares, extravagantes o crueles pasen finalmente el filtro de lo noticioso. Junto a este proceso, los medios de comunicación también desempeñan un papel de calado subjetivo en las opiniones del público, de modo que se influye en la opinión que la sociedad va a tener sobre estos temas. En este sentido, las noticias sobre delincuencia que publican los medios están enfocadas a dar una imagen de que la criminalidad aumenta, que los delincuentes son sujetos malvados y las víctimas son personas indefensas o que el

sistema de justicia penal y los gobiernos son benévolos con el tratamiento de los delincuentes, ofreciendo además un tratamiento dramático y sensacionalista de los hechos noticiosos. Coherentemente, como norma general sólo los crímenes más graves o aquellos que presenten una especial trascendencia por su novedad o por los sujetos implicados serán publicitados por los medios de comunicación de masas y por tanto considerados de interés por la opinión pública.

III. El proceso de *agenda-setting* produce un doble efecto en la opinión pública. Por un lado, influye en el hecho de considerar como tema de interés la delincuencia y el sistema de justicia penal. Por otro lado, influye en el estado de opinión social respecto de la misma, de modo que produce un efecto negativo en los estados de opinión sociales o incluso un efecto de alarma social respecto a la delincuencia y a todo aquello que tenga relación con el sistema de justicia penal.

IV. Este estado de opinión social derivado de la mediatización de determinados acontecimientos delictivos es tomado en consideración por el poder político. El poder político interviene con el objetivo de reducir la sensación de inseguridad en la población y de restaurar la credibilidad del sistema político. De lo que se trata es de apaciguar la llama que los medios han avivado a través de titulares que contrarresten los producidos por éstos con un mensaje claro: que el gobierno va a actuar frente a la delincuencia. Para ello, el ejecutivo utiliza como arma electoral un medio rápido y contundente con la finalidad de transmitir el mensaje pretendido, la reforma del Código Penal.

V. En los últimos tiempos también ha adquirido un rol importante la función de los grupos de presión y en concreto de las asociaciones de víctimas, bien influenciando en el proceso de *agenda-setting* ya iniciado o bien promoviendo el proceso de tematización, de tal manera que es el propio grupo de presión quien pone en la palestra mediática la necesidad de tomar cartas sobre un determinado asunto público.

VI. En relación con la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada puede comprobarse como en 2008 se produjo una tematización en la agenda mediática de los delitos de carácter sexual a menores. Tal efecto fue consecuencia de la comisión de un

delito de abusos sexuales y posterior asesinato a una menor de cinco años por un individuo previamente condenado a una pena de prisión por un delito de abusos sexuales que aún estaba pendiente de cumplir. A ello se sumó la presión ejercida tanto por parte del padre de la menor, en el sentido de instar una reforma de la ley penal para que fuera introducida la cadena perpetua frente a este tipo de delincuentes, como por el partido político en la oposición. El mismo se manifestó a favor de la introducción de la cadena perpetua e igualmente presentó una proposición no de ley que fue aprobada en que se instaba al gobierno a presentar un proyecto de reforma del Código Penal en el que, entre otras medidas, se preveía la introducción de una sanción penal postpenitenciaria para delincuentes con pronóstico de reincidencia, la cual terminaría influyendo considerablemente en la actual regulación de la libertad vigilada.

Las sanciones dirigidas a hacer frente a la peligrosidad criminal en derecho comparado:

VII. Estados Unidos constituye sin lugar a dudas el modelo en lo que a sanciones frente a delincuentes peligrosos se refiere para el resto de países noroccidentales. Tanto a nivel federal como estatal se prevén diversas sanciones tanto privativas como no privativas de libertad dirigidas a contrarrestar la peligrosidad manifestada por la comisión de un delito por parte de los delincuentes imputables. En concreto, se prevén los siguientes instrumentos jurídicos:

- Las leyes de *three strikes and you're out*.

Su aplicación supone la imposición de la pena de cadena perpetua por la comisión de un tercer delito considerado grave indiferentemente del riesgo de comisión de futuros delitos por parte del concreto sujeto. De las distintas leyes aprobadas en Estados Unidos, la ley californiana es la que tiene un mayor efecto práctico, pues para su aplicación únicamente es necesario que uno de los delitos cometidos sea considerado grave.

Los resultados de los estudios empíricos realizados demuestran que las leyes de *three strikes* no han servido a las finalidades que formalmente estaban orientadas: en especial la prevención especial. Así, la aprobación de leyes de *three strikes* no ha tenido un efecto de prevención general, pues, en los estados en que se han aprobado estas leyes no se ha producido una mayor reducción de la delincuencia grave respecto de los estados que no las han aprobado. Del mismo modo, por lo que al estado de California se refiere, tampoco se constata una mayor disminución de los delitos cometidos en aquellos condados en que se hace un uso más severo de la ley respecto de aquellos que son más blandos en su aplicación.

- El *Civil commitment*.

Supone el internamiento en un centro especial una vez cumplida la pena de prisión impuesta y su imposición está reservada para aquellos delincuentes considerados depredadores sexuales respecto de los que se prevea un riesgo de comisión de futuros delitos. Para ser declarado depredador sexual es necesario haber cometido un delito de carácter sexual contra un menor de edad por parte de un sujeto con un trastorno de la personalidad lo que lo inclina a cometer nuevos delitos de carácter sexual. A pesar de estar configurada como una medida de carácter civil con el objetivo de prevenir la comisión de futuros delitos por parte de la legislación norteamericana, puede constatarse que los centros especiales de ejecución del *civil commitment* deben considerarse verdaderos centros penitenciarios especializados para la delincuencia sexual.

- La *Supervised release*.

Es una sanción no privativa de libertad y de ejecución posterior a la pena de prisión dirigida al control de los penados a través de la imposición de un conjunto de obligaciones y prohibiciones. La ejecución de la *supervised release* se inicia una vez cumplida la pena de prisión impuesta, lo que puede producirse por el cumplimiento íntegro de la misma o, con antelación, al haber gozado del beneficio de reducción de condena. A través de la imposición de una serie de obligaciones y prohibiciones, que serán controladas por el agente de libertad condicional, se pretende evitar la comisión de nuevos delitos por quienes han cumplido la pena de prisión, proveer al penado de las necesidades educacionales, profesionales o sanitarias, o cualquier otro tratamiento de la

forma más efectiva y asegurar la restitución de los daños ocasionados a la víctima del delito. A diferencia de la medida de libertad vigilada española, su imposición está generalizada para todos los delitos en aquellos casos en que se imponga una pena de prisión de uno o más años, según la concreta regulación estatal. Asimismo, en las distintas legislaciones norteamericanas el número de obligaciones y prohibiciones es más elevado a la par que un buen número de ellas deben imponerse obligatoriamente a todos los penados a diferencia de la regulación española.

- Las leyes de registro y notificación de delincuentes sexuales.

Estas leyes obligan a todos los sujetos condenados por la comisión de un delito sexual a ofrecer a las autoridades públicas un amplio abanico de datos personales sin importar el concreto riesgo de reincidencia. La peculiaridad de estas leyes estriba en que los datos personales del sujeto condenado deben ser notificados al resto de la sociedad. La creación de este registro público se fundamentó en la necesidad de crear una herramienta para el control de los sujetos condenados por un delito de carácter sexual grave y al mismo tiempo, al posibilitar la notificación, proteger al resto de la sociedad de dichos sujetos. No obstante, por una parte, las leyes de registro y notificación constituyen una limitación de los derechos constitucionales de los individuos condenados por un delito de carácter sexual. Por otra parte, los estudios empíricos realizados no han avalado el motivo por el que estas leyes fueron aprobadas. Por el contrario, su aplicación ha afectado negativamente a la vida social de los sometidos.

- Las restricciones de residencia.

Consisten en la prohibición de que los sujetos condenados por delitos de carácter sexual puedan residir cerca de determinados lugares donde acostumbran a congregarse menores de edad. A la hora de decidir regular y posteriormente imponer una medida de restricción de residencia debería partirse de dos premisas. Por un lado, una de carácter constitucional. Aunque no haya una decisión unánime en la jurisprudencia de Estados Unidos, las restricciones de residencia, pese a ser configuradas como medidas de carácter civil, tienen una finalidad punitiva y por tanto deben ser tratadas como sanciones penales. Por otro lado, sobre la necesidad de su imposición. Esto es, aunque las restricciones de residencia pasaran el filtro de la constitucionalidad de la medida,

ello no implica *de facto* que su regulación y su imposición estén legitimadas. Su aplicación no ha comportado una reducción de la delincuencia y en cambio sí que ha conllevado un incremento de las cargas sociales que sometidos a la medida deben soportar una vez cumplida su pena. Se evidencia con este que su imposición es contraproducente.

Así pues, se ha constatado que Estados Unidos prevé tanto la posibilidad de incrementar la pena de prisión impuesta como la posibilidad de añadir una nueva sanción a la pena ya impuesta. En relación con aquellas sanciones sobre cuya incidencia se han realizados estudios empíricos, debe indicarse que no se ha demostrado que ninguna de ellas tenga un efecto positivo claro en la misma.

VIII. En Inglaterra se prevé un conjunto de sanciones privativas de libertad y no privativas de libertad de especial imposición frente a aquellos delincuentes imputables en quienes se constate la concurrencia de un riesgo de comisión de futuros delitos. En concreto se prevén las siguientes medidas:

- La pena de cadena perpetua.

La pena de cadena perpetua puede imponerse a aquellos sujetos que cometan determinados delitos graves en que se acredite un pronóstico individualizado de reincidencia de comisión de nuevos delitos graves con los que pueda causarse un grave daño físico o psicológico a las hipotéticas víctimas siempre y cuando la ley, en abstracto, permita la posibilidad de imponer la pena de cadena perpetua. Los condenados a cadena perpetua deben permanecer privados de libertad por un periodo mínimo. Pasado este periodo, y una vez se constate la ausencia de un riesgo de comisión de delitos graves, se ordenará la puesta en libertad del concreto sujeto en régimen de libertad condicional para el resto de su vida. Asimismo, se prevé, al estilo norteamericano, la posibilidad de imponer la pena de cadena perpetua frente a aquellos sujetos con antecedentes penales por la comisión de determinados delitos graves que cometan un nuevo delito específico sin necesidad de que la peligrosidad criminal del autor tenga que ser apreciada. A pesar que la legislación inglesa permite que los sujetos condenados a cadena perpetua sea liberados una vez cumplida la parte de la pena

relativa a la culpabilidad por el hecho cometido, los datos oficiales han demostrado que sólo el 20% de los sujetos condenados a cadena perpetua obtienen la libertad condicional una vez cumplido dicho periodo.

- La pena de *Imprisonment for public protection*.

Aunque actualmente derogada, es una pena privativa de libertad de especial imposición a los delincuentes peligrosos que cometen delitos graves frente a quienes no es posible la imposición de una pena de cadena perpetua. La principal diferencia con la cadena perpetua es que en estos casos el penado tiene la posibilidad de obtener la definitiva libertad una vez acreditada la ausencia de riesgo para el resto de la sociedad. A pesar de las diferencias teorías entre ésta y la cadena perpetua, la *imprisonment for public protection* es, en la práctica, una pena de cadena perpetua encubierta.

- La *Extended sentence*.

Es una pena privativa de libertad especialmente diseñada para ser impuesta únicamente frente a delincuentes peligrosos. Consiste en prolongar la duración de la pena de prisión impuesta en como máximo 5 u 8 años, según el delito cometido sea de carácter violento o sexual, a la extensión de la pena derivada de la culpabilidad por el hecho cometido. A su vez, se retrasa el momento de la obtención de la libertad condicional hasta al menos las dos terceras partes de la pena que hubiera sido impuesta de no considerarse peligroso el sometido a ella y consecuentemente se prolongará hasta el final del periodo añadido.

- El registro de delincuentes sexuales.

Consiste en la obligación por parte de todos aquellos sujetos condenados por la comisión de un delito de carácter sexual contra una víctima menor de edad de notificar a la policía una serie de datos de carácter personal así como cualquier cambio de los mismos, aunque sea temporal, y por un periodo mínimo de quince años. A diferencia de la regulación americana, en la legislación británica regía una presunción de privacidad de los datos de los sujetos registrados, y sólo en aquellos casos en que fuera estrictamente necesario era posible la notificación de determinada información de un concreto sujeto a determinadas personas. No obstante, actualmente es posible la notificación de los antecedentes penales de un concreto individuo en aquellos casos en

que exista una causa razonable para creer que un sujeto pueda cometer un nuevo delito sexual contra otro menor de edad causando un grave daño físico o psicológico a la víctima, siempre y cuando ello pueda ser útil para la protección de dicho menor. Así pues, lo que en un primer momento se configuró estrictamente como una base de datos policial actualizada con el nombre y domicilio de los delincuentes sexuales, cada vez más, al ampliarse su campo de actuación, se está pareciendo al registro de delincuentes sexuales norteamericano.

- Otras medidas de carácter civil.

En el derecho británico se prevén diferentes medidas no privativas de libertad y de carácter civil llamadas “*orders*” que están dirigidas a prevenir la peligrosidad criminal de los sujetos una vez cumplida la pena de prisión. Así, una tiene como finalidad evitar la comisión de nuevos delitos de carácter sexual, otra prevenir la comisión de delitos violentos y la última está dirigida a evitar la comisión de delitos graves. Todas ellas consisten en la imposición de determinadas obligaciones o prohibiciones según el específico riesgo. El mayor problema que presentan es que su imposición puede realizarse tanto en sentencia como en un momento posterior. Incluso se prevé que la *violent prevention order* pueda ser impuesta una vez cumplida la condena. Entre éstas destaca la *Risk of sexual harm order*, medida predelictual que implica la imposición de determinadas prohibiciones por un periodo mínimo de 2 años, constitucionalmente prohibida en España.

IX. En Alemania se prevé igualmente la posibilidad de imponer, juntamente con la pena de prisión derivada de la comisión del hecho delictivo, una sanción penal de acuerdo con la peligrosidad criminal del autor del delito. A diferencia de los dos anteriores países, el sistema de sanciones penales alemán es un sistema dualista en el que se prevén tanto penas como medidas de seguridad. Consiguientemente, las dos sanciones previstas: la custodia de seguridad y la vigilancia de conducta, están configuradas como medidas de seguridad.

- La custodia de seguridad.

Es una medida de seguridad privativa de libertad y de ejecución posterior al cumplimiento de una pena privativa de libertad. En todo caso es preciso que para su imposición se constate la concurrencia de un riesgo de comisión de futuros delitos graves. A partir del 2004 se posibilitó que la custodia de seguridad fuera impuesta incluso en un estadio posterior a la sentencia condenatoria y con efectos retroactivos. No obstante, el TEDH declaró en 2009 que la aplicación retroactiva y la imposición posterior de la custodia de seguridad vulneraban el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, en 2011 el Tribunal Constitucional alemán declaró la custodia de seguridad inconstitucional como consecuencia de la falta de diferencias entre la ejecución de la pena de prisión y de la custodia de seguridad. Ello ha conllevado la modificación de los artículos relativos a la custodia de seguridad en el sentido de reducir los supuestos de imposición. Un estudio empírico publicado en 2013 concluye que un elevado número de sujetos que, de no haberse reformado la regulación de la custodia de seguridad, hubieran sido condenados a custodia de seguridad no hubiera cometido ningún delito grave.

- La vigilancia de conducta.

De la regulación de la vigilancia de conducta alemana puede concluirse que la regulación de la libertad vigilada española – en particular la que se pretende emprender con la proyectada reforma – está muy inspirada en esta figura. Consiste en una medida de seguridad no privativa de libertad de posible imposición a sujetos imputables y de ejecución posterior a la pena de prisión. La regulación alemana prevé un régimen de imposición potestativo y otro preceptivo de la vigilancia de conducta. En el primer caso, la medida de vigilancia de conducta puede imponerse potestativamente en aquellos casos en que se imponga una pena de prisión de como mínimo 6 meses y se constate la concurrencia de peligrosidad criminal. En el segundo, en aquellos casos en que se imponga una pena de 2 años o más de prisión – un año si es por la comisión de un delito de carácter sexual – y la misma se cumpla íntegramente. En este último caso, la vigilancia de conducta supone la ejecución de la libertad condicional en un estadio posterior, una vez cumplida la totalidad de la pena impuesta. El sujeto, durante el tiempo de duración de la vigilancia de conducta, estará bajo supervisión de la autoridad de supervisión y de un asistente de supervisión. La legislación alemana establece una

regla especial de ejecución en aquellos casos en que la vigilancia de conducta se ejecute al mismo tiempo que una pena de prisión suspendida o la libertad condicional. En estos casos, la vigilancia de conducta no podrá tener una duración inferior a la de la suspensión o la libertad condicional y, su régimen de ejecución se regirá por las normas de estas últimas.

X. Además de las medidas existentes en la regulación de los países analizados, muchos Estados europeos y otros con influencia anglosajona han introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos sanciones especialmente dirigidas a contrarrestar la peligrosidad criminal manifestada por determinados delincuentes imputables. Entre éstos, se encuentran Francia, Italia, Suiza, Austria, Canadá y Australia.

La realidad normativa española:

XI. A la vista de la política criminal seguida en la gran mayoría de los Estados occidentales en que se prevé la imposición de medidas dirigidas a hacer frente a la peligrosidad manifestada por los delincuentes imputables peligrosos, y que incluso desde el Consejo de Europa se recomienda a los Estados miembros la introducción de medidas jurídico penales para contener a los delincuentes imputables peligrosos, resulta razonable la previsión de una institución similar en España.

XII. Pese a reconocer el contexto normativo comparado actual, no significa que considere que la peligrosidad criminal que presenta un delincuente imputable deba abordarse a través de la imposición de una nueva sanción penal, llámese pena o medida de seguridad, añadida a una pena privativa de libertad proporcional a la gravedad del hecho cometido. La pena de prisión ya debe responder, sobre todo durante su ejecución, a fines de prevención especial.

XIII. A pesar que desde el primer Código Penal pueden encontrarse sanciones penales similares a la medida de seguridad de libertad vigilada no puede decirse que ninguna de

ellas pueda tenerse en consideración como un antecedente legislativo de la actual libertad vigilada.

XIV. La reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 ha introducido la medida de seguridad de libertad vigilada. La novedad de esta medida de seguridad resulta de su posible imposición a delincuentes imputables que hayan cometido un delito de carácter sexual o de terrorismo. Tal régimen aplicativo debe ser criticado tanto por el hecho de que se parta de la aplicación indiscriminada de la libertad vigilada para cualquier delito contra la libertad sexual o de terrorismo como por el hecho de haber dejado fuera a otras tipologías delictivas igualmente graves que afectan a bienes jurídicos personales.

XV. La medida de libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna o alguna de las distintas obligaciones y prohibiciones que se contemplan en el art. 106.1 CP. Sin embargo, muchas de las obligaciones y prohibiciones que conforman el contenido de la libertad vigilada ya existían con anterioridad como medidas de seguridad autónomas, penas accesorias o reglas de conducta de la libertad provisional.

XVI. Con carácter general, la imposición de la medida de libertad vigilada a sujetos imputables vulnera lo establecido en el art. 95.1.2ª CP, al no exigirse la concurrencia de un riesgo de comisión de futuros delitos para que sea impuesta. Esta presunción de peligrosidad *iuris et de iure* únicamente se ve aminorada en el momento de la ejecución de la libertad vigilada, pues se permite dejar sin efecto la misma cuando en vista del pronóstico positivo de reinserción su ejecución resulte innecesaria o contraproducente. No obstante, el hecho de que la peligrosidad criminal se compruebe en un momento posterior puede plantear la duda de si la que presenta el sujeto una vez cumplida la pena de prisión se debe al hecho delictivo o al tiempo privado de libertad, de modo que no sea posible saber el origen temporal de la peligrosidad criminal que presenta ese concreto sujeto. La imposición de la libertad vigilada sólo se establece como potestativa cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un único delito menos grave. Por delito menos grave debe entenderse el castigado con una pena en abstracto privativa de

libertad de hasta 5 años según resulte del concreto tipo delictivo, de acuerdo con las reglas de imposición de penas establecidas en la parte general del Código.

XVII. A diferencia de lo defendido por una parte de la doctrina, la libertad vigilada no rompe con el sistema de ejecución vicarial de penas y medidas de seguridad. En este sentido, el régimen vicarial recogido en el actual art. 99 CP regula los supuestos de ejecución conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

XVIII. En relación con la duración de la medida de libertad vigilada, debe criticarse que su regulación no se establezca de acuerdo con la peligrosidad criminal expresada. En su lugar, la LO 5/2010 establece una doble duración de la medida de libertad vigilada en atención a la gravedad del delito cometido o a la gravedad de la pena impuesta, según el delito cometido sea de carácter sexual o de terrorismo. La doble referencia a la gravedad del delito o de la pena es importante, pues es posible que pese a no cometer ningún delito grave la pena resultante acabe siendo grave por la comisión de más de un delito menos grave o por aplicación de la agravante cualificada de reincidencia. Así, la duración de la libertad vigilada será de 1 a 5 años en el caso de cometer uno o más delitos menos graves o de ser impuesta una pena menos grave y, su duración será de 5 a 10 años cuando se cometa uno o más delitos grave o se imponga una pena grave según el delito sea de carácter sexual o de terrorismo.

XIX. Respecto a si es de aplicación el principio de proporcionalidad establecido en el art. 6.2 CP, parece que la respuesta debe ser afirmativa, pues ni en el art. 105 ni en los arts. 192.1 y 479.3 CP se establece lo contrario. No obstante, la principal objeción para su aplicación es que dicho principio no está concebido para ser aplicado a una medida de seguridad aplicable a delincuentes imputables. La LO 5/2010 ha introducido una medida de seguridad imponible a delincuentes imputables sin modificar el sistema de medidas de seguridad previsto en el Código Penal, lo que genera diversas controversias entre la libertad vigilada y el propio sistema de medidas de seguridad.

XX. El contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada está conformado por un conjunto de obligaciones y prohibiciones completamente heterogéneas y que en muchas

ocasiones no son acordes con la denominación de la medida de seguridad. Es más, la gran mayoría de las obligaciones y prohibiciones están dirigidas o bien a controlar la libertad del sometido a la medida o bien a evitar que el sometido a la misma pueda cometer nuevos delitos contra la víctima del delito u otras personas. Respecto a las concretas obligaciones y prohibiciones contenidas en el art. 106.1 CP debe decirse que la concreta regulación de algunas de ellas es deficiente.

XXI. La medida de libertad vigilada finalmente regulada en el derecho positivo tiene un carácter primordialmente inocuidador y ello a pesar que la propia Exposición de motivos de la LO 5/2010 justifique su imposición como la solución menos drástica para reducir el riesgo de reincidencia que presentan determinados sujetos imputables cuando la pena de prisión no resulta suficiente o adecuada para ello. La función de la libertad vigilada señalada por el legislador se hubiera podido ver efectivamente cumplida si, como sucede con la *supervised release* norteamericana o con la vigilancia de conducta alemana, se hubiera previsto la creación de un agente de libertad vigilada encargado de controlar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones y, sobre todo, de asistir y apoyar al sujeto sometido a su resocialización.

XXII. El hecho de que la ejecución de la libertad vigilada se inicie con el definitivo licenciamiento del reo plantea problemas en relación con el disfrute de beneficios penitenciarios y la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional. Sólo debería finalmente ejecutarse la libertad vigilada en aquellos casos en que habiendo obtenido el tercer grado o la libertad condicional, se hubiera producido un retroceso en la reinserción social del sujeto. No obstante, nada impide que cumplida la última parte de la pena de prisión en régimen de libertad condicional se dé inicio a la ejecución de la libertad vigilada. En estos casos, las obligaciones y prohibiciones que efectivamente acaben imponiéndose deberán ser, en todo caso, menos restrictivas que las que se impusieron como reglas de conducta de la libertad condicional.

XXIII. Algunas de las obligaciones y prohibiciones contenidas en la medida de libertad vigilada coinciden con el contenido de determinadas penas accesorias de posible imposición tanto a los sujetos que cometan un delito contra la libertad e indemnidad

sexual como de terrorismo. En estos casos, en el momento de concretar las concretas obligaciones y prohibiciones a imponer, deberá tenerse en cuenta si, en sentencia condenatoria, junto con la pena de prisión y la libertad vigilada, se impusieron, por vía del art. 57 CP alguna de las penas accesorias establecidas en el art. 48 CP. La imposición en sede de libertad vigilada de alguna de las prohibiciones impuestas como pena accesoria supondría una clara infracción del principio *non bis in idem* a excepción de dos supuestos: cuando las referidas prohibiciones se impongan respecto de otros sujetos pasivos o cuando se impongan una vez la duración de la pena accesoria se haya extinguido.

XXIV. En relación con el régimen de incumplimiento de la medida de libertad vigilada, el legislador ha optado por configurar un régimen *ad hoc* al existente para el resto de medidas de seguridad, de modo que según la gravedad del incumplimiento ello conllevará la posibilidad de modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas o la presunta comisión de un delito de quebrantamiento. Por un lado, ha de criticarse que el legislador no haya diferenciado con más claridad los supuestos en que el incumplimiento de la medida conlleva una u otra consecuencia. No obstante, por otro lado, ha de valorarse positivamente que al menos haya establecido, a diferencia del Anteproyecto de 2008, un criterio legal para distinguir los supuestos en que solamente es preciso modificar alguna de las condiciones impuestas y cuando deberá considerarse que se ha quebrantado la medida.

XXV. En abstracto, cabe afirmar la constitucionalidad de la introducción de una medida de seguridad no privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español. No obstante, en concreto la regulación positiva de la libertad vigilada en España plantea ciertamente dudas sobre su constitucionalidad. Las mismas se formulan, por un lado, a la posible vulneración del principio *non bis in idem* íntimamente ligado al principio de legalidad contenido en el art. 25.1 CE. Por otro lado, a los problemas de compatibilidad entre la pena de prisión y la medida de libertad vigilada en tanto que ambas sanciones están orientadas al mismo objetivo: la reeducación y la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE).

La proyectada regulación de la libertad vigilada en el Derecho penal español:

XXVI. El Proyecto de reforma del Código Penal, publicado en el DOCG el 4 de octubre de 2013, abunda en el proceso iniciado por la LO 5/2010, en el sentido de abandonar el sistema monista de sanciones penales establecido por el CP 1995 al generalizar la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a sujetos declarados imputables. En este sentido, además de preverse la imposición de una medida de internamiento en un centro de deshabitación a sujetos imputables, la proyectada reforma pretende generalizar la imposición de la libertad vigilada a un amplio catálogo de delitos.

XXVII. Debe celebrarse que la proyectada regulación de la medida de libertad vigilada establezca que en todo caso la misma únicamente podrá imponerse en aquellos casos en que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

XXVIII. La posibilidad de que la libertad vigilada, según la proyectada reforma, sea ejecutada en aquellos supuestos en que la pena de prisión impuesta sea suspendida debe ser criticado. En estos casos, a pesar de la provisión normativa, la medida de libertad vigilada nunca debería ejecutarse, pues el sujeto carecerá de la condición de ser penalmente peligroso.

XXIX. El Proyecto amplía igualmente el catálogo de obligaciones y prohibiciones susceptibles de imposición. En este sentido, se establecen nuevas prohibiciones cuya configuración debe ser replanteada, pues la posibilidad que sean ejecutadas es poco realista, y con otros casos es necesario que se concrete el contenido de las mismas. Asimismo, debe criticarse que se pretenda eliminar la cláusula establecida en el actual art. 100.3 CP que exima del cumplimiento de la obligación de someterse a tratamiento médico al mismo tiempo que sería necesario ampliarla a otras obligaciones como la obligación de participar en programas de deshabitación.

XXX. Debe celebrarse la propuesta establecida en el Proyecto de adelantar el inicio de la ejecución de la medida de libertad vigilada en el momento en que se otorgue la libertad condicional sin necesidad de esperar hasta la extinción de la pena impuesta. De este modo se evitan posibles incongruencias derivadas de su posterior ejecución, como el hecho de que el sometido a medida de libertad vigilada esté sometido a una restricción de derechos mayor que durante el cumplimiento de la pena de prisión en régimen de libertad condicional.

XXXI. La regulación proyectada pretende establecer un periodo de duración de la libertad vigilada indefinido en aquellos casos en que un sujeto haya sido condenado por un delito contra la libertad e indemnidad sexual y se produzcan incumplimiento relevantes de las condiciones impuesta de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión de futuros delitos. Dicha posibilidad puede vulnerar el art. 25.2 CE además del principio de proporcionalidad. Consecuentemente, debe en todo caso establecerse una duración máxima determinada que nunca pueda ser superada.

XXXII. En relación con el régimen de incumplimiento de la medida de libertad vigilada previsto en el Proyecto de reforma, debe indicarse que el hecho de que se elimine el previsto en la actual regulación resulta criticable. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones de la libertad vigilada cuando no es ejecutada en sede de otras instituciones, supondrá en todo caso la comisión de un delito de quebrantamiento de condena regulado en el número segundo del art. 468 CP.

Propuestas de *lege ferenda*:

Se prevén tres propuestas, la primera de las cuales es de máximos, la segunda supondría una modificación sustancial del actual régimen de penas y la tercera es la más conservadora con el Derecho penal positivo español. Las dos segundas se formulan con carácter subsidiario respecto de la primera.

XXXIII. La postura de máximos que se defiende es la de derogar cualquier instrumento legal que permita la agravación de la condena penal por la apreciación de un riesgo de comisión de futuros delitos. En su lugar, debe generalizarse el uso de la libertad condicional para todos los reos. En un primer momento – aproximadamente cumplida la mitad o dos terceras partes de la condena impuesta – la libertad condicional debería otorgarse o no en función del pronóstico individualizado de peligrosidad. En aquellos supuestos en que no se considerase adecuada la puesta en libertad condicional del preso debería revisarse su situación penitenciaria periódicamente. Finalmente, una vez cumplidas tres cuartas partes de la pena de prisión, la libertad condicional debería ser automática para todos los reos. En todo caso, la libertad condicional debería ir acompañada de determinadas reglas de conducta dirigidas a prevenir la comisión de futuros delitos que incidiesen principalmente en las necesidades criminógenas del sujeto y subsidiariamente, en caso de ser absolutamente necesario, en el control del penado en libertad.

XXXIV. Atendiendo a la dificultad de que la anterior propuesta llegue a ser derecho positivo, se propone subsidiariamente, de *lege ferenda*, la introducción de una nueva pena de prisión aplicable a sujetos que cometan determinados delitos y en los que se aprecie un riesgo evidente de comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza. Esta nueva pena se aplicaría a aquellos sujetos con antecedentes penales que cometiesen un delito castigado con una pena de prisión de más de 5 años siempre y cuando se acreditase mediante un pronóstico individualizado de peligrosidad el riesgo de comisión de futuros delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Para la determinación de la duración de esta nueva pena debería tomarse como base la concreta pena a imponer en caso de no considerar peligroso al autor del delito, a la que se debería añadir un periodo adicional de hasta 5 años que debería ejecutarse en régimen de semi-libertad. Para la determinación del momento a partir del cual es posible la concesión de la libertad condicional, debería tenerse en cuenta únicamente la parte de la pena impuesta correspondiente a la gravedad del hecho cometido y no la impuesta en atención a la peligrosidad del autor del delito. En el momento de concederse la libertad condicional deberían imponerse unas determinadas reglas de conducta de obligado cumplimiento de acuerdo con la peligrosidad y las necesidades del sujeto que serían supervisadas por el

agente de libertad condicional u otro organismo encargado de su supervisión. Durante el cumplimiento de la pena en régimen de libertad condicional el Juez, debería poder, de acuerdo con la evolución del penado, modificar las reglas de conducta impuestas o incluso dejar sin efecto las mismas por el tiempo que quede de cumplimiento de la pena.

XXXV. Subsidiariamente a las propuestas defendidas, en caso de optarse por el mantenimiento de la medida de libertad vigilada, resulta necesario, de *lege ferenda*, modificar su actual regulación en relación con los siguientes extremos; en algunos de ellos por dotarle de un diseño más acorde con la CE:

- La imposición de la medida de libertad vigilada debe reservarse para aquellos casos en que se cometan los delitos más graves y cuando además exista un elevado riesgo de comisión de futuros delitos de la misma naturaleza. En este sentido, puede ser útil el concepto de delincuente peligroso establecido en la Recomendación del Consejo de Europa relativa los delincuentes peligrosos. Dispone el referido documento que debe entenderse como tales aquellos sujetos que han sido condenados por la comisión de delitos de carácter sexual o violento muy graves contra las personas y en relación con los que se constate un alto riesgo de comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza.
- La peligrosidad criminal debe acreditarse en todo caso en el momento de la imposición de la medida y posteriormente, antes de activarse su ejecución, será necesario comprobar que dicha peligrosidad persiste.
- Debe establecerse una duración en abstracto máxima que nunca pueda ser superada, a la vez que limitarse por la gravedad de los delitos que se estime que el sujeto volverá a cometer.
- La libertad vigilada debe iniciarse junto con la ejecución de la pena de prisión y su ejecución debe revisarse anualmente una vez cumplida la pena de prisión impuesta.
- Debe adecuarse el contenido de la medida a los objetivos que se pretenden con ella, a la par que introducir la figura del agente de libertad vigilada con el fin de facilitar el control del cumplimiento de las condiciones impuestas a la par que ayudar a la resocialización del sometido a la medida. En este sentido deben prevalecer las obligaciones tendentes a la corrección del individuo, así como

reducirse aquellas dirigidas al mero control del sometido a la medida o a la protección de terceras personas.

CONCLUSIONS

In the following pages, I discuss the conclusions of this research classifying them according to the following areas:

The causes of the shift in the paradigm of criminal law and its influence on the introduction of supervised release:

I. The triangular relationship between the media, public opinion and political power is one of the major direct causes that explain the introduction of criminal punishments aimed at countering the imputable dangerous offenders in the legal systems of the various western states analyzed. Among these, the adoption of the Constitutional Law 5/2010 was the first security measure applicable to imputable subjects since the return of democracy.

II. Through the process of agenda-setting, the media convey to the society a partial picture of the reality that is reflected in the point of view that society has on developments and problems at a given time. Consequently, the depiction of criminal events in the media leads to them being considered of interest by the public irrespective of their intrinsic importance. Moreover, the logic of the media means that not all criminal acts eventually become news, but only the most spectacular, extravagant or cruel finally pass the filter of what is considered news. Alongside this process, the media also play a role of subjective permeated public input, so that they influence the opinion that the company will have on these issues. In this sense, news about crime from the media suggest that there is an increase in this kind of crime, that criminals are evil and victims are defenceless or, that the criminal justice system and governments are benevolent towards offenders, while offering a dramatic and sensational treatment of news events. Consistently, only the most serious crimes or those exhibiting a special significance regarding their novelty or subjects involved will be publicised by the mass media and therefore considered of interest by the public.

III. The agenda-setting process produces a double effect on public opinion. On the one hand, it influences on the fact of considering the topic of crime and the criminal justice system to be of interest. On the other hand, it influences the state of social opinion in the same way, producing a negative effect on social opinion or even raising social alarm about crime and everything related to the criminal justice system.

IV. This state of social opinion as a result of the mediation of certain criminal events is taken into account by the political powers. These powers intervene to reduce the sensation of insecurity among the population and restore the credibility of the political system. The key is to appease the flame that the media has fanned through headlines, counteracting these with a clear message that the government is acting against crime. For this, the executive use the reform of the Penal Code as a rapid and forceful, electoral weapon in order to convey the intended message.

V. In recent times, lobbyists and specifically the associations of victims, have acquired an important role, either by influencing the agenda-setting process already initiated or promoting the process of theming, so it is the same lobbyists who promote the need for the media to take action on a particular public issue.

VI. In connection with the introduction of the supervised release in 2008, there was a theming of sexual offences against minors on the media agenda. This effect resulted from the sexual abuse and murder of a minor of less than five years by a criminal who had been previously sentenced to imprisonment for sexual abuse but had not yet served the sentence. Moreover, the pressure came from both the father of the child and the opposition political party, urging a reform of the penal law that introduces life imprisonment against such offenders. The media agenda was in favor of the introduction of life imprisonment and presented a proposition of law that the opposition political parties also urged the government to introduce to amend the Penal Code which, among other measures, anticipated the introduction of post-penal punishments for offenders thought to be likely to reoffend, which would end up influencing the current regulation of the supervised release significantly.

Sanctions aimed at tackling criminal dangerousness in comparative law:

VII. The United States is undoubtedly the model for other western countries as far as the punishment of dangerous offenders is concerned. Both at the federal and state level, various sanctions are anticipated, both custodial and non-custodial, aimed at countering the danger expressed by crime committed by imputable offenders. Specifically, the following legal instruments are envisaged:

- The Three strikes and you're out laws.

Their implementation implies the imposition of life imprisonment for a third offence considered serious, regardless of the danger of committing future crimes. Among the various laws approved in the United States, the Californian is having the greatest practical effect, since its application only requires one of the offences to be considered serious.

The results of empirical studies show that the three strikes laws have not served the purposes that were formally aimed at: particularly special prevention. Thus, the adoption of the three strikes laws have not had a general preventive effect. The states that have passed these have not experienced a greater reduction in serious crime compared with states without them. In the same way, in California, the counties that applied the law more harshly have not seen a greater decrease in crime than those which apply it less severely.

- The civil commitment.

This involves placement in a special school after serving a prison sentence and it is reserved for those offenders considered sexual predators for which a risk of reoffending is foreseen. To be declared a sexual predator, it is necessary having committed a sexual offence against a minor or have a personality disorder which inclines one to commit further sexual offences. Despite being designed by the American law as a civil measure to prevent future crimes, it can be seen that the special venues for Civil Commitment must be considered as true specialized prisons for sexual offenders.

- The supervised release.

It is a non-custodial sentence subsequent to imprisonment aimed at controlling offenders through the imposition of a set of obligations and prohibitions. Supervised release starts after serving a prison sentence, which can be after at fulfilling the same or, in advance, benefiting from of reduction of the sentence. The imposition of a series of obligations and prohibitions, controlled by the supervised release officer, is intended to prevent reoffending by those who have served a prison sentence, providing them with educational, professional or health care, or any other treatment required in the most effective way, and to ensure the restitution of damage caused to the victim. Unlike the Spanish supervised release measures, it is generalized for all crimes in the cases where a prison sentence of one year or more is imposed, depending on the specific state regulation. Also, in the various American laws, the range of obligations and prohibitions is wider and their application to every convict is compulsory in the majority of cases, whereas the same does not occur under the Spanish regulations.

- The Megan's laws.

These laws require everyone convicted of a sex offence to give the public authorities a wide range of personal data regardless of their actual risk of reoffending. The peculiarity of these laws resides in the fact that personal data must be notified to the rest of society. The creation of this public record was based on the need to create a tool to control the subjects convicted of a serious crime of a sexual nature and at the same time, enabling notification in order to protect the rest of the society from those people. However, the registration and notification laws constitute a limitation of the constitutional rights of individuals convicted of sexual offences. Moreover, empirical studies have not endorsed the reason why these laws were passed. By contrast, its application has negatively affected the social life of those involved.

- The residency restriction.

This consists of the prohibition of persons convicted of sexual offences from residing near certain places where minors tend to congregate. To decide, regulate and then impose a measure of restraint of residence should bear in mind two premises. On one hand, there is a premise about the constitutionality of the measure. Although there is no unanimous decision on the jurisprudence of the United States residency restrictions, despite being configured as civil measures, they have a punitive purpose and therefore should be treated as criminal sanctions. On the other hand, the premise would be about the necessity of their imposition. That does not mean *de facto*, although residency restrictions have passed the filter to become constitutional, that their regulation and taxation are legitimized. Its application has not led to a reduction in crime and instead has led to an increase in the social problems of criminals after serving their sentences. It is evident that its imposition is counterproductive.

It has been found then, that the United States provides for both the possibility of increasing the imposed prison sentence and the ability to add a new sanction to the punishment already imposed. Regarding sanctions on those whose incidence has been studied empirically, they indicate that none of these have not been shown to have a clear positive effect on it.

VIII. England provides a set of custodial and non-custodial special sanctions against those criminals who present the risk of reoffending. Specifically, the following measures are envisaged:

- The penalty of life imprisonment.

The sentence of life imprisonment may be imposed on those individuals who commit certain serious crimes and where there is a real individual prognosis of reoffending which threatens to cause serious physical or psychological harm to the hypothetical victims when the law allows the possibility of imposing a sentence of life imprisonment. The life sentence should have a minimum period. After this period, and once the absence of a likelihood of reoffending has been shown, the release of the particular subject on parole for the rest of his life is ordered. As in the American system, there is also the possibility of imposing a sentence of life imprisonment against those individuals with a criminal record for committing certain serious offences and committing a new offence without it being necessary for the dangerousness of the criminal to be shown. Although English law allows those serving a life sentence to be released after serving the part of the sentence on accepting guilt for the act committed, official data showed that only 20% of those serving life obtain parole after that period.

- The sentence of Imprisonment for public protection.

Although nowadays repealed, this was a sentence of imprisonment imposed to especially dangerous offenders who committed serious crimes but whom it was not possible to impose a life sentence on. The main difference regarding a life sentence is that in these cases, the offender has the possibility of being freed once the absence of risk for the rest of society had been shown. Despite the theoretical differences between this and life imprisonment, the imprisonment for public protection was, in practice, a disguised sentence of life imprisonment.

- The Extended sentence.

It is a term of imprisonment specially designed to be imposed only on dangerous criminals. It extends the length of the prison sentence imposed by at most 5 or 8 years depending on the sexual or violent nature of the offence committed, to the extent of the penalty imposed in relation to the guilt for the act committed. In turn, the time for obtaining parole is delayed until after at least two thirds of the sentence has been served if the subject is not considered dangerous and therefore it will be prolonged until the end of the added period.

- The sex offenders' registry.

This consists of the obligation of all those individuals convicted of committing a sexual offence against a minor to notify personal data and any change in these, to the police, even temporarily, for a minimum period of fifteen years. Unlike the American

regulation, in the UK, the law guarantees the privacy of data recorded, and only in those cases where it is strictly necessary is it possible to notify certain information from a particular subject to certain persons. However, it is now possible to notify the criminal history of someone in cases where there is reasonable cause to believe that an individual may commit a new sexual offence against another minor, causing serious physical or psychological harm to the victim, provided that this can be useful for the protection of the minor. So, what at first was strictly a police database updated with the names and addresses of sex offenders, has increasingly expanded its scope, becoming similar to the American sex offenders' registry.

- Other civil measures.

In British law, different non-custodial measures and civil objects called orders which are aimed at preventing criminal dangerousness after serving a prison sentence are expected. One order is intended to prevent the committing of further offences of a sexual nature, another to prevent violent crimes and the last one is intended to prevent the committing of serious crimes. All consist of the imposition of certain obligations or prohibitions depending on the specific risk. The biggest problem they present is that they can be applied either at sentencing or at a later moment. It is even expected that the violent prevention order may be imposed upon completion of the sentence. Among these, the risk of sexual harm order has notable relevance, since this measure involves the imposition of certain prohibitions for a minimum period of 2 years, which is constitutionally prohibited in Spain.

IX. Germany also provides the possibility of introducing, together with imprisonment or the commission of the offence, a criminal penalty in relation to the criminal dangerousness of the offender. Unlike the previous two countries, the German system of criminal sanctions is a dualistic system which includes both security measures and sentences. Accordingly, the two planned sanctions, the incapacitation order and supervision, are designed as safety measures.

- The Incapacitation order.

It is a custodial safety measure and it is executed after a prison sentence. In any case, it is necessary to demonstrate a future danger of serious crimes for it to be imposed. Since 2004, it is possible for the safe custody to be imposed even at a later stage to the conviction and retroactively. However, the ECHR declared in 2009 that the retroactive application and the subsequent imposition of safe custody violated the European Convention on Human Rights. In addition, in 2011, the German Constitutional Court

declared the incapacitation order unconstitutional as a result of the lack of differences between the application of imprisonment and incapacitation orders. This has led to the amendment of the articles relating to the incapacitation order in the sense of reducing the causes of its application. An empirical study published in 2013 concluded that if the regulation of incapacitation order had not been refurbished, a large number of people who had not committed any serious crimes would have been sentenced to incapacitation order.

- The supervision.

From the regulation of the German supervision it can be concluded that the regulation of Spanish supervised release - in particular the one intended to apply the planned reform - has been inspired by this figure. It consists of non-custodial safety measures which can be imposed on imputable subjects and applied after completion of a prison sentence. German regulation provides for a discretionary system and another mandatory system for imposing supervision. In the first case, the measure of supervision can be imposed in cases where a sentence of imprisonment of at least 6 months is imposed and the concurrence of criminal dangerousness is shown. Then, supervision must be imposed in those cases in which an offender is sentenced to two or more years of imprisonment - one year for a sexual offence - and the prison sentence is fully served. In the latter case, supervision involves the implementation of parole at a later stage, once the full sentence has been served. During the period of supervision, the subject will be under the surveillance of the supervisory authority and a supervision assistant. German law has a special rule for cases where the supervision is running with a suspended prison sentence or conditional freedom. In these cases, the duration of supervision cannot be less than the duration of the probation or the conditional license and this regime shall be governed by the rules of the latter.

X. In addition to the existing measures in the regulations of the countries analysed, the respective legal systems of many European states and others influenced by common law have included sanctions specifically aimed at decreasing the criminal dangerousness manifested by certain imputable offenders. France, Italy, Switzerland, Austria, Canada and Australia are among these.

The Spanish legislation:

XI. In view of the criminal policy in the vast majority of Western states where measures to deal with the danger expressed by dangerous criminals have been imposed, it is reasonable to forecast a similar institution in Spain. Moreover, even the Council of Europe recommends member states to introduce measures in the style of the German incapacitation order or Spanish supervised release to address the problem presented to public safety.

XII. However, despite accepting the context, this does not mean that it considers the criminal dangerousness of an attributable offender should be articulated through the imposition of a new criminal penalty, be it punishment or security measure, adding a custodial sentence in proportion to the seriousness of the act committed. Imprisonment should already respond, especially while it is applied, to the purpose of special prevention.

XIII. Although the first Penal Code included penal measures similar to the supervised release security measure, it cannot be said that they can be taken into consideration as a legislative history of the current regulation of supervised release.

XIV. The reform of the Penal Code 5/2010 through the Constitutional Law has introduced the security measure of supervised release. The novelty of this measure is its possible application to offenders guilty of a sexual offence or terrorism. Such a system should be criticized for both its indiscriminate application for any offence against sexual freedom or terrorism and for the fact that it leaves out other serious crimes which harm personal rights.

XV. The supervised release measure involves subjecting the offender to judicial control by compliance with the various obligations and prohibitions referred to in art. 106.1 of the Penal Code. However, many of the obligations and prohibitions that make up the contents of the supervised release already existed as autonomous security measures, additional penalties or rules of bail.

XVI. In general, the imposition of the supervised release measure attributable to subjects violates the provisions of art. 95.1.2^a of the Penal Code, as it does not require there to be a risk of reoffending for it to be imposed. This *iuris et de iure* presumption of dangerousness is only lessened at the time of supervised release, since it may be rescinded when the outlook of reintegration is considered positive, so its application could become unnecessary or counterproductive. However, the fact that the criminal

dangerousness is detected afterwards may raise the question of whether a person's dangerousness after serving a prison sentence is due to the crime committed or the time spent deprived of freedom, so that is not possible to know the temporal origin of criminal dangerousness. Supervised release is only established as discretionary in the case of first offenders who commit a single offence punished up to 5 years of prison sentence. Less serious crime is understood as one punished by up to 5 years of imprisonment as recorded in the specific type of crime, according to the sentencing rules set out in the general part of the Code.

XVII. Unlike being defended by part of the doctrine, supervised release does not break with the system regulated in art. 99 of the Criminal code. Here, the above mentioned regime regulates the potential joint enforcement of sentences and security measures involving deprivation of liberty.

XVIII. Regarding the duration of supervised release, it must be criticized that this is not established in accordance with the expressed criminal dangerousness. Instead, the Constitutional Law 5/2010 established the length of supervised release depending on the seriousness of the offence or the severity of the sentence, when the offence is of a sexual nature or terrorism. The double reference to the seriousness of the offence or the penalty is important because despite not have committed a serious crime, one may end up with a serious sentence as the result of committing more less serious crimes or by the application of qualified aggravating reoffending. Thus, the length of supervised release will be from 1 to 5 years for one less serious crimes or if a less serious penalty is imposed, and from 5 to 10 years when one or more serious offences or a severe punishment is imposed for crimes of a sexual nature or terrorism.

XIX. Regarding whether the principle of proportionality laid down in art. 6.2 of the Penal Code should be applied the answer must be yes, because neither art. 105, nor arts. 192.1 and 479.3 of the Penal Code state the opposite. However, the main objection to the application is that this principle is not intended to be applied to a security measure applicable to imputable offenders. The Constitutional Law 5/2010 introduced a measure of safety assessment attributable to offenders without modifying the system of security measures in the Penal Code, which generates various disputes between supervised release and the system of security measures.

XX. The contents of the supervised release security measure consist of a set of completely heterogeneous obligations and prohibitions, often at odds with the

denomination of the security measure. Moreover, the vast majority of the obligations and prohibitions are aimed at controlling the freedom of the person subjected to the measure or preventing the same subject from reoffending. Regarding the specific obligations and prohibitions contained in art. 106.1 of the Penal Code, it must be said that the specific regulation of some of them is poor.

XXI. The supervised release finally defined by positive law is primarily an incapacitation and this despite the Constitutional Law 5/2010 justifying its imposition as a less drastic solution to reducing the risk of reoffending of certain imputable subjects when imprisonment is not sufficient or appropriate. The role of supervised release designated by the legislation could have been effectively fulfilled if, as with the American supervised release or the German supervision, the creation of a supervised release officer would be in charge of monitoring compliance with the obligations and prohibitions, and above all, to assist and support the subject under its rehabilitation.

XXII. The fact that the supervised release begins with the final freeing of the inmate raises questions regarding the enjoyment of prison benefits obtaining third degree of prison and probation. Supervised release should only be applied in cases where having obtained the third degree or been freed, there is a decrease in the social reintegration of the subject. However, nothing prevents supervised release from being applied once the latter part of a prison sentence has been served with probation. In these cases, the obligations and prohibitions imposed should end up being, if anything, less restrictive than those imposed as the rules for probation.

XXIII. Some of the obligations and prohibitions contained in the supervised release parole measure match the contents of certain possible additional penalties for both those who commit a crime of sexual violence or terrorism. In these cases, at the time of imposing the specific obligations and prohibitions, it must be considered whether on conviction, some of the additional penalties set out in art. 48 of the Penal Code, were imposed through art. 57 of the Penal Code together with imprisonment and the supervised release. The application under supervised release of any of the prohibitions imposed as an accessory penalty would be a clear violation of the *non bis in idem* except in two cases: when the above prohibitions are imposed on other subjects or when these are applied when the additional punishment has run its course.

XXIV. In relation with non-compliance of the supervised release measure, the legislation has opted to set up an ad hoc regime for the existing security measures, so

depending on the severity of the breach this will entail the possibility of modifying the obligations and prohibitions imposed or to alleged committing of a breach. On the one hand, it has to be criticized that the legislation has not differentiated clearly enough the circumstances in which the failure of the measure leads to one or other of the consequences. Although, on the other hand, it must be considered positive that at least, unlike the 2008 Draft, a legal criterion has been established to distinguish the cases in which it is only necessary to change some of the conditions imposed and when it should be considered that the measure has been broken.

XXV. It is important to emphasise the constitutionality of the introduction of a non-custodial safety measure into Spanish law. However, the specific regulation of the supervised release raises constitutional questions relating, first, to the possible violation of the principle of *non bis in idem* in relation with the principle of legality contained in art. 25.1 of the Spanish Constitution and, on the other hand, compatibility problems between imprisonment and the supervised release since both sanctions are aimed at the same goal: the rehabilitation and social reintegration of the offender (article 25.2 of the Spanish Constitution.).

The regulation of the supervised release in the Spanish criminal law Bill:

XXVI. The proposed amendments to the Penal Code, published in the DOCG on October 4th 2013, continue the process initiated by the Constitutional Law 5/2010, in the sense of abandoning the one-tier system of penal sanctions established by the Penal Code 1995 to generalize the joint imposition of sentences and security measures to those declared imputable. In this sense, besides envisaging detention in a drug dependency centre for imputable subjects, the proposed reform aims to generalize the imposition of the supervised release to a wide range of offences.

XXVII. It must be considered positive that the proposed regulation of the supervised release measure envisages that it may only be imposed in cases where there is a forecast of future behaviour that reveals the likelihood of reoffending.

XXVIII. The possibility envisaged in the planned reform of applying supervised release, in cases where the prison sentence has been suspended must be criticized. In these cases, despite the legislation provision, this measure should never be applied, because the subject lacks the status of criminally dangerous.

XXIX. The bill also expands the list of obligations and prohibitions that may be imposed. In this sense, new prohibitions are established whose configuration should be reconsidered, as the possibility of applying them is unrealistic, and in other cases it is necessary to specify their contents. Additionally, the proposed elimination of the clause in the current art. 100.3 of the Penal Code that waives the obligation to undergo medical treatment should be criticized, at the same time that it should be extended it to other obligations such as participating in drug dependency programs.

XXX. It must be celebrated the proposition in the project to bring forward the beginning of the supervised release without the necessity to wait until the expiry of the custodial sentence. In this way is possible to avoid the inconsistencies from its later application, as there are more restrictions on the subject's rights under supervised release than while serving a prison sentence on probation.

XXXI. The proposed regulation aims to establish an indefinite period of supervised release in those cases where the person has been convicted of a sexual crime and there is a relevant breach in the conditions imposed that show indications of a significant risk of reoffending. That possibility may infringe art. 25.2 of the Spanish Constitution as well as the principle in proportionality in the criminal sentences. As a result, a certain maximum duration should be set that can never be exceeded.

XXXII. In relation to the non-compliance with the supervised release envisaged in the draft reform, it should be noted that the fact that the removal of the provisions of the current regulation can be criticized. Thus, the breach of obligations and prohibitions of probation when he is not running on other host institutions, will in any case mean the commission of a crime of escaping from prison regulated in the second clause of art. 468 of the Penal Code.

Lege ferenda proposals:

Three proposals are planned, the first of which is maximums, the second would be a substantial change from the current regime of penalties and the third is more in line with Spanish penal law. The second two are formulated as subsidiary to the first.

XXXIII. The maximum position that I defend is to abolish any legal instrument that allows the aggravation of the criminal conviction through the preception of the

likelihood of reoffending. Instead, the use of probation must be generalized for all inmates. At first - after serving half or two thirds of the sentence - probation should be granted or not according to the individualised prognosis of dangerousness. In those cases where it is not deemed adequate to parole the prisoner, the prison situation should be reviewed periodically. Finally, on completion of three quarters of the prison sentence, probation should be automatic for all inmates. In any case, probation should be accompanied by certain rules of conduct designed to prevent reoffending that incide primarily on the criminological needs of the subject and, alternatively, if absolutely necessary, on the control of the probationer

XXXIV. Being aware of the scant possibilities of the above-mentioned proposal becoming law, the introduction is proposed of a new penalty of imprisonment applicable to individuals who commit certain offences and where there is a clear risk of reoffending with the same kind of offences. This new penalty would apply to those individuals with criminal records who commit a crime punished by more than 5 years of imprisonment whenever this is accredited through an individualized prognosis of the future danger of serious crimes being committed against individual legal rights. The length of the new sentence should be determined based on the specific punishment that must be imposed if the perpetrator is not considered dangerous, and then an additional period of up to 5 years should be added which will be in semi-freedom. To determine when it is possible to grant this, only the portion of the sentence corresponding to the severity of the crime committed should be considered and not the part imposed in response to the dangerousness of the offender. At the time of granting parole certain rules of conduct enforceable should be imposed in accordance with the danger and the needs of the subject who would be supervised by the probation officer or other authority responsible for their supervision. During the serving of the sentence on probation the judge should be able, according to the evolution of the prisoner, to amend the rules of conduct imposed or rescind them for the remaining time until the completion of the sentence.

XXXV. Subsidiary to the proposals above, and if it is chosen to maintain the supervised release, it is necessary to modify its current regulation regarding the following points:

- The imposition of supervised release should be reserved for serious crime cases when there is also a high risk of reoffending in the same offences. In this sense, the concept of “dangerous offender” established in the Recommendation of the Council of Europe states that this should be understood as those individuals who

have been convicted of serious violent crimes against people and there is a high risk of reoffending in the same nature.

- Criminal dangerousness must be demonstrated in all cases at the time of imposing of the measure and subsequently, before activated it, it is necessary to check that this danger persists.
- A maximum duration can never be exceeded, while it should be limited by the severity of the offences that it is deemed the subject may commit.
- Supervised release should start with imprisonment and its application should be reviewed annually after the prison sentence has been served.
- We must adapt the content of the measure to the aims that are established, while at the same time, the figure of the supervised release officer should be introduced in order to facilitate monitoring compliance with the conditions imposed while helping to resocialize the subject. In this sense, obligations aimed at correcting the individual should prevail, while those directed merely at controlling the subject or the protection of third parties should be reduced.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

(autor desconocido), “Third Circuit Approves Decade-long Internet Ban for Sex Offender. *United States v. Thielemann*, 575 F.3d 265 (3d. Cir. 2009)”, *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Medidas de seguridad. En especial, la custodia de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho: especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligrosos*, RdDPP (monografía) núm. 24, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2010.

ADAMS / ROTH, “Federal Offenders under Community Supervision, 1987-1996”, en *Bureau of Justice Statistics: special report*, Ed. U.S. Department of Justice, 1998.

AEBI, M / LINDE, A., “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010.

AGUADO LÓPEZ, S., “Tratamiento penal del delincuente reincidente peligrosos: ¿con medidas de seguridad o en la ejecución de la pena”, en *La Ley Penal*, núm. 102, 2013.

ALBRECHT, H., “The incapacitation of the dangerous offender: criminal policy and legislation in the Federal Republic of Germany”, en MALSCH, M. / DUKER, M. (ed.), *Incapacitation. Trends and new perspectives*, Ed. Ashgate, Farnham (UK), 2012.

ALONSO RIMO, A., “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012.

ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “II. Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Informe de la sección de Derecho Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ANDENAS, M. / BJORGE, E., ““Preventive detention” N° 2 BvR 2365/09”, en *The American Journal of International Law*, vol. 105, n° 4, 2011.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Habituales y peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 22, 2007.

ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Ed. Comares, Granada, 2013.

ASHWORTH, A., *Sentencing and criminal justice*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

AUSTIN, J. / CLARK, J. / HARDYMAN, P. / HENRY, D. A., “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, en *Punishment & Society*, vol. 1, 1999.

BAER, H. Jr., “The alpha and omega of supervised release”, en *Albany Law Review*, vol. 60, 1996-1997.

BALBUENA PÉREZ, D., “Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.

BANKS, R. / HARRIS, L., *Banks on sentence*, Ed. Banks, vol. 1, Etchingham, 2012.

BARATA, F., “Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana”, en MUÑAGORRI LAGUIA, I., *La protección de la seguridad ciudadana*, Ed. Oñati Proceedings, San Sebastián, 1995.

BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

BELLOT, J., “To Humiliate or not to humiliate: does the sentencing reform act permit public shaming as a condition of supervised release?”, en *University of Memphis Law Review*, vol. 38, 2008.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “Derecho penal del enemigo” por la LO 5/2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011.

BERES, L. S. / GRIFFITH, T. D., “Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 87, 1998-1999.

BERRY, M. / PHILO, G. / TIRIPELLI, G. / DOCHERTY, S. / MACPHERSON, C., “Media coverage and public understanding of sentencing policy in relation to crimes against children”, en *Criminology and Criminal justice*, vol. 12(5), 2012.

BERSON, J., “New sex offender register for Western Australia”, en *Alternative Law Journal*, vol. 37, 2012.

BLOOD, P. / WATSON, L. / STAGEBERG, P., State legislation monitoring report: FY 2007, Criminal and Juvenile Justice Planning, 2008.

BLOOM, J. D., “Civil commitment is disappearing in Oregon”, en *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 34, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Recrim*, 2009.

BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm 18, 2012.

BOWKER / GRAY, “An introduction to the supervision of the Cybersex Offender”, en *Federal Probation*, vol. 68, núm. 3, 2004. Disponible electrónicamente en <http://www.uscourts.gov/viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/PPS/Fedprob/2004-12/index.html>

BOYD, J. H., “How to stop a predator: the rush to enact mandatory sex offender residency restrictions and why states should abstain”, en *Oregon Law Review*, vol. 86, 2007.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2007.

BRENNAN, “Project: nineteenth annual review of criminal procedure: United States Supreme Court and courts of appeals 1988-1989”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 78, 1990.

BREWSTER, M. / DELONG, P. / MOLONEY, J., “Sex offender registries: a content analysis”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol xx(X), 2012.

BUCKETT, E. / LITTLE, T. / MCALLISTER, R., *Preventative orders: a practical guide*, Ed. The Law Society, London, 2010.

CAIRNS, R., “The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: the significant changes”, en *Probation Journal*, vol. 60, 2013.

CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION, *Second and third striker felons in the adult institution populations*, 2012. Disponible en: http://www.cdcr.ca.gov/reports_research/offender_information_services_branch/Quarterly/Strike1/STRIKE1d1206.pdf

CALIFORNIA SEX OFFENDER MANAGEMENT BOARD, *Homelessness among registered sex offenders in California: the numbers, the risks and the response*, California State University, Sacramento, 2008. Disponible en http://www.cdcr.ca.gov/Parole/Sex_Offender_Facts/docs_SOMB/Housing_2008_Rev.pdf

CÁMARA ARROYO, S., “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, en *La Ley Penal*, núm. 96-96, 2012.

CANO PAÑOS, M. Á., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007.

CARAZO JOHANNING, A. T., “Tratamiento de la delincuencia sexual en EEUU”, en ROIG TORRES, M. (Dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparative entre los sistemas norteamericano y europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CARD, R. / GILLESPIE, A. A. / HIRST, M., *Sexual Offences*, Ed. Jordan Publishing Limited, Bristol, 2008.

CARMONA SALGADO, C., “Negativa influencia de algunos medios en las víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos (especial consideración a las modificaciones sufridas por la LO 5/2000)”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro*

homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CARPENTER, C. / BEVERLIN, A., “The evolution of unconstitutionality in sex offender registration laws”, en *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2012.

CAULEY, D. R., “The diagnostic issue of antisocial personality disorder in civil commitment proceedings: a response to DeClue”, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 35, 2007.

CAVENDER, G., “Media and Crime Policy: a reconsideration of David Garland’s The culture of control”, en *Punishment & Society*, vol. 6, 2004.

CENTRE D’ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA, *Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves*, Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya, 2008. Disponible electrónicamente en http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Comissio_Mena_cas.pdf

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CEREZO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, nº 22, 2008.

CEREZO MIR, J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista penal*, núm. 22, 2008.

CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español (I)*, Ed, Tecnos, Madrid, 2004.

CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español (III)*, Ed, Tecnos, Madrid, 2007.

CHEN, E. Y., “Impacts of ‘Three strikes and you’re out on crime trends in California and throughout the United States”, en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 24, 2008.

CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B., “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 8, 2010.

CID MOLINÉ, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada (arts. 106 CP y concordantes)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: What do we know?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 51, 2007.

COHEN, M. / JEGLIC, E., “Sex offender legislation in the United States: what we do know?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 51, No 5, 2007.

COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, Denver, 2004.

Disponible en: http://dcj.state.co.us/odvsom/sex_offender/SO_Pdfs/FullSLAFinal01.pdf

COLORADO DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY, *Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community*, Sex Offender Management Board, 2004.

Disponible en: http://dcj.state.co.us/odvsom/sex_offender/SO_Pdfs/FullSLAFinal01.pdf

CÓRDOBA RODA, J., “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, núm. 4, 2011.

CORRELL, F. E. JR., “You fall into Scylla in seeking to avoid Charybdis: the second circuit’s pragmatic approach to supervised release for sex offenders”, en *William and Mary Law Review*, vol. 49, 2007.

COUNCIL ON SEX OFFENDER TREATMENT, *Biennial Report Regarding the Council on Sex Offender Treatment, State of Texas*, 2010. Disponible en <http://www.dshs.state.tx.us/csot/default.shtm>

CRAUN, S., “Evaluating awareness of registered sex offenders in the neighborhood”, en *Crime and Delinquency*, Vol. 56(3), 2010.

CREIGHTON, S. / ARNOTT, H., *Prisoners, law and practice*, Ed. Legal Action Group, London, 2009.

CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La-Mancha y de la universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

DE MARCOS MADRUGA, F., “De las medidas de seguridad”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

DE MARCOS MADRUGA, F., “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, en *Diario La Ley*, núm. 7576, 2011.

DEL CARPIO DELGADO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, núm. 27, 2012.

DEMING, A., “Editor’s introduction. Sex offender civil commitment. Special issue”, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 36, 2009.

DEMING, A., “Sex ofender civil commitment programs: Current practices, characteristics, and resident demographics“, en *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 36, 2008.

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Multi-Agency Public Protection Arrangements Annual Report 2011/12*, 2012. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/multi-agency-public-protection-arrangements-annual-report>

DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. / FEIJOO SÁNCHEZ, B / POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, F. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm 57, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

DOYLE, C., “Supervised release: a brief sketch of federal law”, en WILLIAMS, O. (editor), *Federal crimes sentencing, supervised release and restitution*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2011.

DOYLE, C., “Three strike mandatory sentencing (18 U.S.C. 3559(c)): An overview”, en WILLIAMS, O. (editor), *Federal crimes sentencing, supervised release and restitution*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2011.

DRENKHAHN, K., “Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention?”, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013.

DÜNKEL, F. / ZYL SMIT, D., “Preventive detention of dangerous offenders re-examined: A comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on preventive detention of 9 March 2004”, en *German Law Journal*, vol. 5, nº 6, 2004.

DURÁN SECO, I., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, en *La Ley Penal*, núm. 63, 2009.

DUWE, G. / DONNAY, W. / TEWKSBURY, R., “Does residential proximity matter? A geographic analysis of sex offense recidivism”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 35, 2008.

DUWE, G. / DONNAY, W., “The impact of Megan’s Law on sex offender recidivism: the Minnesota experience”, en *Criminology*, vol. 46(2), 2008.

EASTON, S / PIPER, C., *Sentencing and Punishment. The quest for justice*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

EDWARDS, A. / SAVAGE, J., *Sentencing Handbook. Sentencing guidelines in the Criminal Courts*, Ed. The Law Society, London, 2009.

ENCINAR DEL POZO, M. A., “Las medidas de seguridad postdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la custodia de seguridad”, en NAVARRO GARCÍA, M / SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (Dir.), *El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ENCINAR DEL POZO, M. Á., “Las medidas de seguridad postdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la “custodia de seguridad””, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 127, 2007.

ENTMAN, R., “Framing: towards clarification of a fractured paradigm”, en *Journal of Communication*, vol. 43(4), 1993.

EPSTEIN, R. / MITCHELL, B., “Indeterminate imprisonment for public protection and the impact of the 2008 reforms”, en *Criminal Law and Justice Weekly*, 2009.

EWING, C. P., *Justice perverted. Sex offender law, psychology, and public policy*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011.

EWING, C., *Justice perverted. Sex offense law, psychology, and public policy*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011.

FAERSTEIN, S. J., “Sexually dangerous predators and post-prison commitment laws”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 31, 1997-1998.

FARKAS, M. / STICHMAN, A., “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, en *Criminal Justice Review*, vol. 27(2), 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, Madrid, 2011.
FITCH, W. L. / HAMMEN, D. A., “The new generation of sex offender commitment laws: which states have them and how do they work?”, en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, Ed. American Psychological Association, Washington DC, 2003.

FREEMAN, N., “The public safety impact of community notification laws: rearrest of convicted sex offenders”, en *Crime and Delinquency*, vol. 58, 2012.

FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, en *Indret* 3/2007.

FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.

GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

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 ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ALBERO, R., “La nueva política criminal de la seguridad vial: Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007.

GARCÍA ARAN, M. / PERES NIETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal entre los años 200-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 1, 2009.

GARCÍA ARAN, M., “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, abril de 2008.

GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Ed. BdeF-Edisofer, Madrid, 2013.

GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011.

GARLAND, D., *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*, Ed. Oxford University Press, 2001.

GAZEAS, N., “La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania: una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional alemán”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Ed. BdeF-Edisofer, Madrid, 2013.

GÓMEZ MARTÍN, V., “La reforma de la parte general del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿Avance o retroceso?”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 27, 2011.

GOODNO, N. H., “Carrer criminals targeted: the verdict is in, California’s three strikes law proves effective”, en *Golden Gate University Law Review*, vol. 37, 2006-2007.

GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GRACIA MARTÍN L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Ed. Edisofer, Madrid, 2008.

GRACIA MARTÍN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada: especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GUNN, E., “Washington’s sexually violent predator law: the “predatory” requirement”, en *UCLA Women’s Law Journal*, vol. 5, 1994-1995.

HARRELL, E., *Violent victimization committed by strangers, 1993-2010*, Bureau of Justice Statistics, 2012.

HARRIS, A. / LEVENSON, J. / ACKERMAN, A., “Registered sex offenders in the United States: behind the numbers”, en *Crime and Delinquency*, XX(X), 2012.

HARRIS, A. / LOBANOV-ROSTOVSKY, C., “Implementing the Adam Walsh Act’s sex offender registration and notification provisions: a survey of the states”, en *Criminal Justice Review*, vol. 21(2), 2010.

HARRIS, A. J., “The civil commitment of sexual predators: a policy review”, en WRIGHT, R. G., *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, Ed. Springer, New York, 2009.

HARRISON, K., *Dangerous, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, Ed. Routledge, London, 2011.

HAWKINS, R., "Human zoning: the constitutionality of se-offender residency restrictions as applied to post-conviction offenders", en *Pierce Law Review*, vol. 5, 2007.

HEYER, C. F., "Comparing the strike zones of 'three strikes and you're out' laws for California and Georgia, the nation's two heaviest hitters" en *Suffolk University Law Review*, vol. 45, 2011-2012.

HINOJOSA, R. et al., "Final Report on the Impact of U.S. v. Booker on Federal Sentencing", United States Sentencing commission, March 2006. Disponible electrónicamente en: http://www.ussc.gov/Legislative_and_Public_Affairs/Congressional_Testimony_and_Reports/Submissions/200603_Booker/Booker_Report.pdf

HOBSON, B., "Banishing Acts: How Far May States Go to Keep Convicted Sex Offenders Away from Children?", en *Georgia Law Review*, vol. 40, 2006.

HOME OFFICE / SCOTTISH EXECUTIVE, *Consultation paper on the review of part 1 of the Sex Offenders Act 1997*, London, 2001.

HOME OFFICE, *A guide to violent offender orders*, 2009.

HOME OFFICE, DEPARTMENT OF HEALTH, DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE WELSH OFFICE, *Working together: under the Children Act 1989: a guide to arrangements for inter-agency co-operation for the protection of children from abuse*, HMSO, London, 1991.

HOME OFFICE, *Guidance on part two of the Sexual Offences Act 2003*, 2012. Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-part-2-of-the-sexual-offences-act-2003>

HOME OFFICE, *Justice for all*, London, Home Office, 2002.

HOME OFFICE, *Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*, Cm 5668, London, 2002.

HOME OFFICE, *Review of the protection of children from sex offenders*, London, 2007.

HOME OFFICE, *Sentencing and supervision of sex offenders: a consultation document*, Cm 3304, Ed. Home Office, London, 1996.

HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

HUGHES, T. / WILSON, D., Reentry in the United States, Bureau of Justice Statistics, 2002. Disponible en <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1138>

HULMUS, L. / THORNTON, D. / HANSON, R. K. / BABCHISHIN, K. M., “Improving the predictive accuracy of Static-99 and Static-2002 with older sex offenders: Revised age weights”, en *Sexual Abuse*, vol. 24, 2012.

Informe de United States Sentencing Commission: Downward departures from the federal sentencing guidelines, appendix B, p. 1. Disponible en http://www.ussc.gov/Legislative_and_Public_Affairs/Congressional_Testimony_and_Reports/Departures/200310_RtC_Downward_Departures/index.htm.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 18 de febrero de 2009.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto CP 2008.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.

ISMAILI, K., “Contextualizing the criminal justice policy-making process”, en *Criminal Justice Policy Review*, 2006.

JACOBS, J. / LARRAURI, E., “Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain”, en *Punishment & Society*, vol. 14, 2012.

JAMES, N. / THOMAS, K. R. / FOLEY, C., *Civil commitment of sexually dangerous persons*, Ed. Nova Science Publishers, New York, 2008.

JANUS, E., “Closing Pandora's Box: Sexual Predators and the Politics of Sexual Violence”, en *Seton Hall Law Review*, vol. 34(4), 2004.

JEREZ, M., “Los grupos de presión”, en DEL ÁGUILA, R. (ed.), *Manual de ciencia política*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993.

JEWKES, Y., *Media & Crime*, Ed. Sage, London, 2011.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 7, 2012.

JONES, B., “Why the three strikes law is working in California”, en *Stanford Law & Policy Review*, vol. 11, 1999-2000.

JONES, T. / NEWBURN, T., “Three strikes and you’re out. Exploring symbol and substance in American and British crime control politics”, en *British Journal of Criminology*, vol. 46, 2006.

JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en derecho comparado”, en LUZÓN PEÑA, D. (Dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

KANSAS SEX OFFENDER POLICY BOARD, *Annual report*, Kansas Criminal Justice Coordinating Council, Topeka, 2007. Disponible en: <http://www.calcasa.org/wp-content/uploads/2007/11/sopbreport.pdf>

KEMSHALL, H. / WEAVER, B., “The sex offender public disclosure pilots in England and Scotland: lessons for 'marketing strategies' and risk communication with the public”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, 2012.

KEMSHALL, H. / WOOD, J. et al., *Child Sex Offender Review (CSOR) Public Disclosure Pilots: a process evaluation*, Home Office, London, 2010.

KRAUSE, C. / PAZICKY, L., “An Un-Standard Condition: Restricting Internet Use as a Condition of Supervised Release”, en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 20, núm. 3, 2008.

LA FOND, J. Q., "Sexual offender commitment laws in the USA. The inevitable failure of misusing civil commitment to prevent future sex crimes", en MCSHERRY, B. / KEYZER, P. (ed.), *Dangerous people. Policy, prediction, and practice*, Ed. Routledge, New York, 2011.

LA FOND, J. Q., "The future of involuntary civil commitment in the U.S.A. after *Kansas v. Hendricks*", en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 18, 2000.

LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LANGAN, P. / SCHMITT, E. / DUROSE, M., Recidivism of sex offenders released from prison in 1994, Bureau of Justice Statistics, 2003. Disponible en <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1136>

LARRAURI PIJOAN, E., "La economía política del castigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009.

LASCHER, M. / MCGRATH, R., "The impact of community notification on sex offender reintegration: a quantitative review of the research literature", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 56, 2012.

LAVE, T. R., "Controlling sexually violent predators: continued incarceration at what cost?", en *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2011.

LEAL MEDINA, J., "La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal: una respuesta de carácter preventivo frente a los delincuentes sexuales graves", en *Diario La Ley*, núm. 7318, 2010.

LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

LEAL MEDINA, J., *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal*, Monografía Revista de Derecho y Proceso Penal, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

LEE, M., "Washington's three strikes law. Public Safety & cost implications of life without parole", disponible en <http://www.columbialegal.org/files/3Strikes.pdf>

LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, A Primer: Three strikes – the impact after more than a decade, California, 2005, p. 8, disponible electrónicamente en http://www.lao.ca.gov/2005/3_Strikes/3_strikes_102005.pdf

LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, California's Criminal Justice System. A Primer, California, 2007 disponible en: http://www.lao.ca.gov/2007/cj_primer/cj_primer_013107.pdf

LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, The 'three strikes and you're out' law's impact on state prisons: An update, 1999, p. 1, disponible en http://www.lao.ca.gov/1999/cal_update/oct_99_calupdate.pdf [última visita: 16/05/2013].

LETOURNEAU, E. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / SINHA, D. / ARMSTRONG, K., "Effects of South Carolina's Sex offender registration and notification policy on adult recidivism", en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 21(4), 2010.

LETOURNEAU, J. / LEVENSON, J. / BANDYOPADHYAY, D. / ARMSTRONG, K. / SINHA, D., "The effects of sex offender registration and notification on judicial decisions", en *Criminal Justice Review*, vol. 35(3), 2010.

LEVENSON, J. / BRANNON, Y. / FORTNEY, T. / BAKER, J., "Public perceptions about sex offenders and community protection policies", en *Analyses of Social Issues and Public Policy*, vol. 7, 2007.

LEVENSON, J. / COTTER, L., "The effect of Megan's Law on sex offender reintegration", en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21(1), 2005.

LEVENSON, J. / D'AMORA, D. / HERN, A., "Megan's Law and its impact on community re-entry for sex offenders", en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 25, 2007.

LEVENSON, J. / ZGOBA, K. / TEWKSBURY, R., "Sex offender residence restrictions: sensible crime policy or flawed logic?" en *Federal Probation*, vol. 71, 2007.

LEVENSON, J. S. / COTTER, L. P., "The impact of sex offender residence restrictions: 1,000 feet from danger or one step from absurd?", en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 49, 2005.

LIEB, R. / MATSON, S., *Sexual predators commitment laws in the United States: 1998 update*, en Washington State Institute for Public Policy, 1998. Disponible en www.wsipp.wa.gov

LIEB, R., "State policy perspectives on sexual predator laws", en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, Ed. American Psychological Association, Washington DC, 2003.

LIPSCOMBE, S., *Registration and management of sex offenders under the Sexual Offences Act 2003*, House of Commons Library, London, 2012. Disponible en <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05267>

LIPSCOMBE, S., *Sarah's Law: the child sex offender disclosure scheme*, House of Commons Library, London, 2012. Disponible en <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN01692>

LOGAN, W., "Sex offender registration and community notification: past, present, and future", en *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008.

LONG, A., "Sex offender laws of the United Kingdom and the United States: Flawed systems and needed reforms" en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 18, 2009.

LORD CARTER'S, *Securing the future: Proposals for the efficient and sustainable use of custody in England and Wales*, 2007.

MAGRO SERVET, V., "La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal", en *Diario la Ley*, núm. 7074, 2008.

MAGRO SERVET, V., "La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal", en *Diario La Ley*, nº 7074, 2008.

MALSCH, M. / DUKER, M. (eds.), *Incapacitation. Trends and new perspectives*, Ed. Ashgate, 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La libertad vigilada", en *Diario La Ley*, núm. 7386, 2010.

MAPELLI CAFFARENA, B., "El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007", en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, Á., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2011.

MARÍN DE ESPINOSA, E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 1999.

MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *Indret* 2/2014.

MARVELL, T. B. / MODDY, C. E., “The lethal effects of three-strikes laws”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 30, 2001.

MATSON, S. / LIEB, R., “Sex offender registration: a review of state laws”, en *Children’s Legal Rights Journal*, vol. 17, 1997.

MATSON, S. / LIEB, R., *Community notification in Washington State: a 1996 survey of law enforcement*, Ed. Olympia: Washington State Institute of Public Policy, 1996. Disponible electrónicamente en: <http://wsipp.wa.gov/rptfiles/sle.pdf>

MAZA MARTÍN, J. M., “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, en ECHAVARRI GARCÍA, M., *Las penas y medidas de seguridad*, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.

MELOY, M. L. / MILLER, S. L. / CURTIS, K. M., “Making sense out of nonsense: the deconstruction of state-level sex offender residence restrictions”, en *American Journal Criminal Justice*, vol. 33, 2008.

MELOY, M., “The sex offender next door: an analysis of recidivism, risk factors and deterrence of sex offenders on probation”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16, 2005.

MERKEL, G., “Case note – Retrospective preventive detention in Germany: a comment on the ECHR decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, en *German Law Journal*, vol. 12, nº 3, 2011.

MERKEL, G., “Incompatible contrasts? – Preventive detention in Germany and the European Convention of Human Rights”, en *German Law Review*, vol. 11, nº 9, 2010.

MICHAELSEN, C., “‘From Strasbourg, with love’ - Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 12, nº 1, 2012.

MILLER, J. A., "Sex offender civil commitment: the treatment paradox", en *California Law Review*, vol. 98, 2010.

MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Justice Statistics Quarterly Update to December 2012: England and Wales*, Ministry of Justice, Statistics Bulletin, 2013. Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-justice-statistics-quarterly-update-to-december-2012>

MINISTRY OF JUSTICE, *Breaking the Cycle: effective punishment, rehabilitation and sentencing of offenders*, Cm 7972, 2010. Disponible en www.justice.gov.uk/downloads/consultations/green-paper-evidence-a.pdf

MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Level three sex offenders residential placement issues*, St Paul, 2003. Disponible en: [http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_Lvl%203%20SEX%20OFFENDERS%20report%202003%20\(revised%202-04\).pdf](http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_Lvl%203%20SEX%20OFFENDERS%20report%202003%20(revised%202-04).pdf)

MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Residential proximity and sex offense recidivism in Minnesota*, St Paul, 2007. Disponible en http://www.csom.org/pubs/MN%20Residence%20Restrictions_04-07SexOffenderReport_Proximity%20MN.pdf

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2006.

MONTERO HERNANZ, T., "La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil", en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.

MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad ¿Requiem por la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?", en *Diario la Ley*, vol. 1, 1991.

MÜLLER / HAASE / STOLPMANN, "Recidivism and characteristics of highly dangerous offenders being released from retrospectively imposed preventive detention: an empirical study", en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARAN M., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., "Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008", en *Revista Penal*, núm. 24, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 6, 1981-1982.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La Sicherungsverwahrung es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.

MURRAY, C., *DSHS special commitment center: population forecast* (Document No. 12-11-1102), Olympia: Washington State Institute for Public Policy, 2012.

NISTAL BURÓN, J., “La “libertad vigilada postpenitenciaria” proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014.

NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 793/2010.

NOBLES, M. R. / LEVENSON, J. S. / YOUSTIN, T., “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, en *Crime and Delinquency*, vol. 58, 2012.

NORMAN-EADY, S., “Report of the committee to study sexually violent persons”, 2007. Disponible en <http://www.cga.ct.gov/>

NOSEWICZ, T., “Watching Ghosts: Supervised Release of Deportable Defendants”, en *Berkley Journal of Criminal Law*, vol. 14:105, 2009.

OFFICE OF THE LEGISLATIVE AUDITOR, *State of Minnesota, Evaluation report. Civil commitment of sex offenders*, marzo de 2011. Disponible en <http://www.auditor.leg.state.mn.us/>

PADFIELD, N. / VAN ZYL SMIT, D. / DÜNKEL, F., *Release from prison, european policy and practice*, Ed, Willan Publishing, 2010.

PADFIELD, N., “Recalling conditionally released prisoners in England and Wales”, en *European Journal Probation*, vol. 4, 2012.

PADFIELD, N., “Understanding recall 2011”, en *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2013. Disponible en papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2201039.

PALERMO, G. B., “An old problem seeking a new solution: sexual offenders”, en *International of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 56, 2012.

PAROLE BOARD, *Annual Report and Accounts the Parole Board for England and Wales 2008/09*, London: The Stationery Office, 2009.

PAROLE BOARD, *The Parole Board for England and Wales: Annual Report and Accounts 2011/2012*, London: The Stationery Office, 2012.

PEREDA BELTRAN, N. / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Victimología teórica y aplicada*, Ed. Huygens, Barcelona, 2013.

PERES NETO, L., *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, dirigida por Joan Botella i Corral y Mercedes García Aran. Tesis doctoral inédita. Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic, 2010.

PÉREZ BELLO, B., “Ejecución de penas y medidas de seguridad, en especial la libertad vigilada”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011.

PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013, a debate*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2014.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El renacimiento de los castigos avergonzantes” en *Isonomía*, núm. 15, 2001.

PERTERSILIA, J., “Parole and prisoner reentry in the United States”, en *Crime and Justice*, vol. 26, Prisons, 1999.

PETRILA, J., “Sexually violent predators laws. Going back to a time better forgotten”, en MCSHERRY, B. / KEYZER, P. (ed.), *Dangerous people. Policy, prediction, and practice*, Ed. Routledge, New York, 2011.

PLOTNIKOFF, J. / WOOLFSON, R., *Where are they now?: an evaluation of sex offender registration in England and Wales*. Police Research Series Paper 126, Home Office, 2000.

POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

PRATT, Revocation of probation and supervised release, Office of Defender Services Training Branch, 2004. Disponible en: http://www.ussc.gov/Education_and_Training/Guidelines_Educational_Materials/Rev1004.pdf.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., en comentarios al art. 6 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RAPPAPORT, A. / DANSKY, K., “State of Emergency: California’s Correctional Crisis”, en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 22, núm. 3, 2010.

REBOLLO VARGAS, R., “Oleadas informativas y respuesta político-criminal (a propósito de los robos en residencias)”, en GARCÍA ARAN, M. / BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RECHEA ALBEROLA, C. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a J., *Tendencias sociales y delincuencia*, Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), núm. 11, 2004. Disponible en <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>.

REDONDO ILLESCAS, S., “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006.

REITZ, K., “The “traditional” indeterminate sentencing model”, en PETERSILIA, J. / REITZ, K., *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, Ed. Oxford University Press, New York, 2011.

Report to the Ohio criminal sentencing commission: sex offenders, Office of Criminal Justice Services, 2006, p. 4. Disponible en http://www.publicsafety.ohio.gov/links/ocjs_SexOffenderReport.pdf.

ROBBINS, S. N. K., “Homeless among sex offenders: a case for restricted sex offender registration and notification”, en *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 20, 2010.

ROBLES PLANAS, R., “”Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret*, núm. 4, 2007.

ROCA POVEDA, M., “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”, en *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012.

RODRIGO ALSINA, M., “El Conocimiento del Sistema Penal: alarma social y medios de comunicación”, en LARRAURI PIJOAN, E. (Dir.), *Política Criminal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

RODRIGO ALSINA, M., *La construcción de la noticia*, Barcelona, Ed. Paidós, 2005.

RONKEN, C. / JOHNSTON, H., “Balancing rights: arguments for indefinite detention of dangerous sex offender”, conferencia impartida en Sentencing Conference, National Judicial College of Australia, 2008. Disponible en <http://njca.anu.edu.au/Professional%20Development/programs%20by%20year/2008/Sentencing%20Conference%202008/papers/Ronken%20Johnson.pdf>

ROSE, C., “RIP the IPP: A look back at the sentence of imprisonment for public protection”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 76, 2012.

ROSENBERG, I., “Involuntary endogenous RFID compliance monitoring as a condition of federal supervised release – chips ahoy?”, en *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 10, 2007/2008.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

SAMPLE, L. / BRAY, T., “Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 17, 2006.

SAMPLE, L. / EVANS, M. / ANDERSON, A., “Sex offender community notification laws: are their effects symbolic or instrumental in nature?”, en *Criminal justice Policy Review*, vol. 22, 2011.

SAMPLE, L. / EVANS, M., “Sex offender registration and community notification”, en WRIGHT, R., *Sex offender laws: failed policies, new directions*, Ed. Springer, New York, 2009.

SAMPLE, L., “An examination of the degree to which sex offenders kill”, en *Criminal Justice Review*, vol. 31, 2006.

SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, en *Indret* 3/2013.

SÁNCHEZ LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, núm. 17, 2006.

SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en MUÑOZ CONDE, F., et al. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SANZ MORÁN, A. J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SANZ MORÁN, A. J., “Medidas de Seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

SANZ MORÁN, A. J., “Reflexiones en torno a la idea de «libertad vigilada»”, en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2010.

SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

SANZ MORÁN, A., “El tratamiento del delincuente habitual”, en ARANGÜENA FANEGO, C. / SANZ MORÁN, A., *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

SCHIRALDI, V. / COLBURN, J. / LOTKE, E., *3 Strikes & You're Out: An Examination of the Impact of Strikes Laws 10 years after their Enactment, A Policy Brief by the Justice Policy Institute*, 2004.

Secretary of State`s Directions to the Parole Board: December 2009- disponible en <http://www.justice.gov.uk/offenders/parole-board/sos-directions/dec2009>

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, London, SGC, 2007.

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Dangerous offenders: Guide for sentencers and practitioners*, London, SGC, 2008.

SESSIONS, W. et al., "Federal Offenders Sentenced to Supervised Release", The United States Sentencing Commission, July 2010. Disponible en www.ussc.gov

SHAPIRO, J. C., "Life in prison for stealing \$48?: Rethinking second-degree robbery as a strike offense in Washington state", en *Seattle University Law Review*, vol. 34, 2010-2011.

SHOCKLEY, "Protecting due process from the PROTECT ACT: the problems with increasing periods of supervised release for sexual offenders", en *Washington & Lee Law Review*, vol. 67, 2010.

SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, Montevideo, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

SINGLETON, D., "Sex offender residency statutes and the culture of fear: The case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws", en *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 3, 2006.

SMALL, J., "Who are the people in your neighborhood? Due process, public protection, and sex offender notification laws", en *New York University Law Review*, vol. 74, 1999. *Smith v. Doe*, 538 U.S. (2003).

SMITH, "Vagueness and the prohibition of pornography as a condition of supervised release", en *St. John's Law Review*, vol. 84, 2010.

SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 9, 2005.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

STOLZ, B., “The roles of interest groups in US criminal justice policy making: Who, when, and how”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 2, 2002.

STRICKLAND, P., *The abolition of sentences of imprisonment for public protection*, SN/HA/6068, House of Commons Library, 2013.

SUBDIRECCIÓ GENERAL DE PROGRAMES DE REHABILITACIÓ I SANITAT, *El model de rehabilitació a les presons catalanes*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011. Disponible en http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/model_rehabilitacio_presons_catalanes.pdf,

SUTHERLAND, E. H., “The diffusion of sexual psychopath laws”, en *American Journal of Sociology*, vol. 65, núm. 2, 1950.

SUTTON, J. R., “Symbol and substance: effects of California’s three strikes law on felony sentencing”, en *Law & Society Review*, vol. 47, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual, arts. 189 y 192 CP”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, en *InDret*, 1/2013.

TÉBAR VILCHES, B., “La aplicación de la libertad condicional en España”, en *Revista de Derecho y Criminología*, núm. 18, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, Madrid, 1981.

TERRY, K. J., “Impacts of sex offender notification on community behavior”, en *Criminology & Public Policy*, vol. 10, 2011.

TEWKSBUURY, R. / MUSTAINE, E. / STENGEL, K. M., “Examining rates of sexual offenses from a routine activities perspective”, en *Victims and Offenders*, vol. 3, 2008.

TEWKSBUURY, R., “Collateral consequences of sex offender registration”, en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 21, 2005.

THOMAS, D. A., “Sentencing: dangerous offenders – amendments made to the Criminal Justice Act 2003 by the Criminal Justice and Immigration Act 2008 – general guidance”, en *Criminal Law Review*, vol. 3, 2009.

THOMAS, D. A., “Sentencing: sexual offences prevention order”, en *Criminal Law Review*, 2007.

THOMAS, T. / THOMPSON, D., “Applications to come off the UK sex offender register: the position after F and Thompson v. Home Office 2010” en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 51, 2012.

THOMAS, T., “The sex offender register: a measure of public protection or a punishment in its own right?”, en *Papers from the British Criminology Conference*, vol. 8, 2008.

THOMAS, T., “When public protection becomes punishment? The UK use of civil measures to contain the sex offender”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 10, 2004.

THOMAS, T., *The registration and monitoring of sex offenders: a comparative study*, Ed. Routledge, Abingdon (Oxford), 2011.

THORESON, R. K., “Sex offender residency restrictions are not “OK”: why Oklahoma needs to amend the sex offenders registration act”, en *Tulsa Law Review*, vol. 44, 2008-2009.

TORRES ROSELL, N., “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: contenido e implicaciones político criminales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-06, 2012.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Sex offender registration and notification in the United States: current case law and issues*, August 2013. Disponible electrónicamente en http://www.smart.gov/caselaw/handbook_august2013.pdf

UNCILLA GALÁN, I., “La pena accesoria de libertad vigilada”, en CASANUEVA SANZ, I., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

VARONA GÓMEZ, D., “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una Política Criminal racional”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, en *Indret*, núm. 1, 2011.

VÁSQUEZ, B. / MADDAN, S. / WALKER, J., “The influence of sex offender registration and notification laws in the United States: a time-series analysis”, en *Crime and Delinquency*, vol. 54, 2008.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J / et. al. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez Del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995.

VORMBAUM, T. / ZWIEHOFF, G. / RENTROPP, K., *Course in German Penal Law: Fundamental of legal history and tenets*, Escuela de verano, Feruniversität in Hagen.
VVAA, *Delitos sexuales y reincidencia*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2009, pág. 60. Disponible electrónicamente en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf

WALSH, J. E., *Three strikes laws*, Ed. Greewood Press, London, 2007.

WASHINGTON SENTENCING GUIDELINES COMMISSION, *Two-strikes and three-strikes: persistent offender sentencing in Washington State through June 2008*, 2009. Disponible en: http://www.cfc.wa.gov/PublicationSentencing/PersistentOffender/Persistent_Offender_asof20080630.pdf

WASHINGTON STATE INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY, *Comparison of state laws authorizing involuntary commitment of sexually violent predators: 2006 update*, revised, 2007. Disponible en www.wsipp.wa.gov

WELCHANS, S., “Megan’s Law: evaluations of sexual offender registries”, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16(2), 2005.

WHITFIELD, D., “Public protection and the parole board in England and Wales”, en NASH, M / WILLIAMS, A., *Handbook of public protection*, Ed. William Publishing, Abingdon (Oxford), 2010.

WINICK, B. J., "A therapeutic jurisprudence analysis of sex offender registration and community notification laws", en WINICK, B. J. / LA FOND, J. Q. (ed.), *Protecting society from sexually dangerous offenders: law, justice, and therapy*, Ed. American Psychological Association, Washington DC, 2003.

WORRALL, J. L., "The effect of three-strikes legislation on serious crime in California", en *Journal of Criminal Justice*, vol. 32, 2004.

WRIGHT, R., "Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?", en *New English Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 34, 2008.

YUNG, C. R., "Banishment by a thousand laws: residency restrictions on sex offenders", en *Washington University Law Review*, vol. 85, 2007.

YUNG, C., "One of these laws is not like the others: why the federal sex offender registration and notification act raises new constitutional questions", en *Harvard Journal on Legislation*, vol. 46, 2009.

ZANDBERGEN, P. A. / LEVENSON, J. S. / HART, T. C., "Residential proximity to schools and daycares: an empirical analysis of sex offense recidivism", en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 37, 2010.

ZGOBA, K. / LEVENSON, J. S. / MCKEE, T., "Examining the impact of sex offender residence restrictions on housing availability", en *Criminal justice Policy Review*, vol. 20, 2009.

ZGOBA, K. / WITT, P. / DALESSANDRO, M. / VEYSEY, B., *Megan's Law: assessing the practical and monetary efficacy*, National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2008

ZGOBA, K. M., "Residence restriction buffer zones and the banishment of sex offenders: have we gone one step too far?", en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, 2011.

ZGOMBA, K. M., "Residence restriction buffer zones and the banishment of sex offenders: Have we gone one step too far?", en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, 2011.

ZIMRING, F. E. / HAWKINS, G. / KAMIN, S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Ed. Oxford University Press, New York, 2001.

ZLATKOVICH, E., "The constitutionality of sex offender residency restrictions: a taking analysis", en *The Review of Litigation*, vol. 29, 2009, pp. 219-247.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en BUENO ARÚS, F. / KURY, H. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RAÚL ZAFFARONI E. (Dir.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 1, 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de Seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH (Pleno) Vinter y otros contra Reino Unido, de 9 de julio de 2013

STEDH (Pleno) Welch contra Reino Unido, de 9 de febrero de 1995.

STEDH (sección 5ª) caso Haidn contra Alemania, de 13 de enero de 2011.

STEDH (sección 5ª) caso M contra Alemania, de 17 de diciembre de 2009.

STEDH (sección 5ª) Glien contra Alemania, de 28 de noviembre de 2013.

STEDH (sección 5ª) Jendrowiak contra Alemania, de 11 de abril de 2011.

STEDH (sección 5ª) Kallweit contra Alemania, de 13 de enero de 2011.

STEDH (sección 5ª) Mautes contra Alemania, de 11 de enero de 2011.

STEDH (sección 5ª) Schummer contra Alemania, de 13 de enero de 2011.

STEDH Adamson contra Reino Unido, de 26 de enero de 1999.

STEDH Ibbotson contra Reino Unido, de 21 de octubre de 1998.

Resoluciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos:

Baxtrom v Herold, 383 U.S. (1966).

Connecticut Department of Public Safety v. Doe, 538 U.S. 1 (2003).

Foucha v Louisiana, 463 U.S. (1983).

Kansas v Crane, 534 U.S. (2002).

Kansas v Hendricks, 521 U.S. 346 (1997).

McKune v Lile, 536 U.S. (2002).

Plata v. Brown, US Supreme Court's order.

Resoluciones de los Tribunales Supremos estatales de EEUU:

United States v. Betts, 511 F.3d 872 (9th. Cir. 2007).

United States v. H. Amerson, 483 F.3d 73 (2d. Cir. 2007).

United States v. Hammonds, 370 F.3d 1032 (10th Cir. 2004).

United States v. Sczubelek, 402 F.3d 175 (3d. Cir. 2005).

United States v. Thielemann, 575 F.3d 265 (3d. Cir. 2009).

United States v. Voelker.

Young v. Weston, 898 F.Supp. 744 (1995).

Resoluciones de los Tribunales del Reino Unido:

Attorney General's Reference (No 55 of 2008) [2008] EWCA Crim 2790, [2009] Crim LR 221.

F and Angus Aubrey Thompson v. Secretary of State for the Home Department [2008] EWHC 3170.

McNee, Gunn and Russell [2008] 1 Cr App R (S) 108.

R (F and Thompson) v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 17.

R v Morris [1951] 1 KB 394, 34 Cr App R 210, CCA.

R v Wiles [2004] 2 Cr App R (S) 467.

R v. Hancox and Duffy [2010] EWCA Crim 102.

R v. Hemsley [2010] EWCA Crim 225.

R v. Mortimer [2010] EWCA Crim 1303.

R v. Smith [2011] EWCA Crim 1772.

R v. Terrell [2007] EWCA Crim 3079.

R. v Chief Constable of North Wales Ex p. AB Divisional Court, 10 July 1997.

R. v. Lang [2006] 2 Cr App R (S).

R. v. Murray; R. v. Stubbings [2010] EWCA Crim 710.

Richards [2006] EWCA Crim 2519.

Saunders [2013] EWCA Crim 1027.

Resoluciones del Tribunal Constitucional alemán:

BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011.

Resoluciones de las Audiencias provinciales españolas:

Auto del TS (sala de lo penal), 1270/2014, de 10 de julio.

SAP de Barcelona (sección 3ª) 245/2013, de 15 de marzo.

SAP de Barcelona (sección 8ª) 372/2014, de 16 de mayo.

SAP de Cáceres (sección 2ª), 349/2014, de 5 de septiembre.

SAP de Ceuta (sección 6ª) 116/2014, de 1 de septiembre.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 67/2013.

SAPde Lugo (sección 2ª) 133/2014, de 16 de julio.