

LUIS BERNARDO TRUJILLO RODRIGUEZ

TELEFONO 914020160 Y 636152305

lbtrujillo75@hotmail.com

PROGRAMA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**ESTUDIO SOBRE LA LIBERTAD VIGILADA
CONTEMPLADA EN EL ANTEPROYECTO QUE MODIFICA LA LEY ORGANICA
10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CODIGO PENAL**

INDICE

Capítulo Primero

LIBERTAD VIGILADA	6
A. INTRODUCCION	6
B. NATURALEZA Y CONCEPTO	6
C. FORMAS DE APLICACIÓN	7
1.- Alcance de la medida	7
2.- Tramite de audiencia	8
D. DURACIÓN	8
E. EJECUCIÓN	9

Capítulo Segundo

PRINCIPIO INFORMADORES DE LA LIBERTAD VIGILADA	10
A. INTRODUCCION	10
B. PRINCIPIOS APLICABLES	10
1. El principio de Legalidad	11
2. El principio “non bis in ídem”	11
3. El principio de excepcionalidad	11
4. El principio de subsidiariedad	12
5. El principio de provisionalidad	12
6. El principio de proporcionalidad	12

Capítulo Tercero

LA PENA	14
A. INTRODUCCIÓN	14
B. NATURALEZA Y CONCEPTO	14
C. PENA PRINCIPAL Y PENA ACCESORIA	15
D. MODELO MONISTA, MODELO DUALISTA Y VICARIAL	15

Capítulo Cuarto

ANÁLISIS DE APLICABILIDAD DE LA LIBERTAD VIGILADA	17
A. INTRODUCCION	
B. ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA: MODIFICA LA LEY ORGANICA	17
10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, CODIGP PENAL VIGENTE	17
1. Exposición de motivos	17
2. Confusión de naturaleza de la libertad vigilada y su finalidad	22
3. Control del delito por medio de la pena	24
4. Cumplimiento de condena	25
5. Derechos fundamentales	28

CONCLUSIONES

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Actualidad Penal
AP	Audiencia Provincial
BICAM	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CDEH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPC	Cuaderno de Policía Criminal
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEJJ	Estudios Jurídicos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ET	Equipo Técnico
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOCPJM	Ley Orgánica de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores
LOFCSE	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOPG	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOHC	Ley Orgánica reguladora del Procedimiento de <i>Habeas Corpus</i>
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
LTSV	Ley Sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

LTTM	Ley de Tribunales Tutelados de Menores
MF	Ministerio Fiscal
NNUU	Naciones Unidad
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	RD
RDP	Revista de Derecho Penal
RDPProc	Revista de Derechos Procesal
RGC	Reglamento General de Circulación
RGD	Revista General de Derecho
RP	Revista Penal
RPJ	Revista el Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TTM	Tribunal Tutelares de Menores

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del tema de la libertad vigilada, en ocasión al análisis del anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código Penal, se hace complejo toda vez, que en la vigente Ley, la libertad vigilada no es contemplada, ni como pena, ni como medida de seguridad y ni como medidas cautelares.

Así las cosas, para desarrollar la constitucionalidad y sus consecuencias del ante proyecto, que contempla la libertad vigilada como pena y no como medida cautelar, es fundamental introducir la tema una breve exposición de la libertad vigilada, sus principios informadores, la pena y sus diferentes connotaciones.

El análisis de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores, LO 5/2000 de 12 de enero, cuando se refiere ala libertad vigilado, que la cristaliza en el artículo 7. h) de LORPM, como medida susceptible de ser impuesta a menores y también como medida cautelar señalada en el art., 28.1 de la misma Ley, como la finalidad de poner al infractor, menor de edad, en la obligación de seguir las pautas del profesional encargado o la entidad publica, de las actividades de la persona sometida a dicha medida.

Dentro de las actividades, que son programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, educación vial, u otros similares. Cuando el menor infractor esta cursando sus estudios de enseñanza básica obligatoria, acreditara al juez su asistencia o justificar su ausencias.

Dentro de la exposición y debate del proyecto que modifica la Ley Orgánica en cuestión analizaremos, los objetivos de que tuvo en cuenta el legislador para la reforma y si la inclusión de la libertad vigilada en la vía y forma para incluirla.

Capitulo Primero LIBERTAD VIGILADA

A. INTRODUCCION

Con reseña que desarrollo de la Libertad Vigilada, como medida cautelar en el Derecho Español pretendemos explicar su objetivo cristalizado en LO 5/2000, refiriéndose a la responsabilidad penal de los menores de edad. Como respuesta legislativa al comportamiento de conductas delictivas que marcan con dicho comportamiento Alarma Social de los hechos acaecidos tenemos medidas que pueden imponer los jueces, para restringir derechos y evitar su concurrencia futura. En ellas se encuentran principalmente El Internamiento del infractor menor, sea un internamiento Cerrato o Abierto o Semiabierto. Otra de las medidas señaladas en la LO 5/2000, art. 7.h) se encuentra al libertad vigilada cuyo fin es someter a la persona infractora al seguimiento de actividades, tal como la asistencia a la escuela, al centro de formación profesional, a su trabajo, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinan la infracción cometida. Esta medida obliga al infractor por medio del profesional encargado a seguir pautas de desarrollo socioculturales que determine la administración pública.

B. NATURALEZA Y CONCEPTO.

La naturaleza de esta clase de medida, de Libertad Vigilada como medida cautelar que es de tipo personal y siendo de orden preferente y principal frente a otra clase residual de medidas cautelares, pues su imposición da al menor el derecho de libertad, reputando la menos gravosa de otras medidas cautelares¹. Asensio Mellado refiriéndose a los Adultos, sugiera la prisión provisional ya que imputado aun privado de ese derecho se consigue grandes beneficios para el imputado, la víctima la sociedad y para el proceso².

De otra manera GARCÍA S. La posibilidad que podría tener un adulto, al aplicarse la medida cautelar, de Libertad Vigilada, al listado de obligaciones señaladas por la LORPM., y el seguimiento por parte de la autoridad encargada³.

Sin embargo contrario LOPEZ, A.M., contrario a lo manifestado por García sostiene que la Libertad Vigilada se reservan distintas medidas a la impuesta en sentencia como principal ya que le siguen medidas de internamiento, modalidades de suspensión, u

¹. VALVUENA GARCIA, E.: *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Thomson -Aranzadi, Navarra, 2008, pág.352.

². ASENSIO MELLADO, J. M.: *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como granito el derecho a la libertad*. Diario la Ley, núm. 6211, 2005, pág. 1590 y ss.

³. GARCÍA GARCÍA- SOTOCÁ, J. M.: *Breve reflexión en torno a la función que la prisión provisional esta llamada a desempeñar en el proceso penal al hilo de la STC 47/2000, de 17 de febrero*. Tribunales de Justicia núm., 12, diciembre 2002. Citado por VALVUENA GARCIA, E.: *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Thomson -Aranzadi, Navarra, 2008, pág.352.

otras medidas cautelares, ya que cualquiera de esas medidas cumple doble función, una la sancionadora y otra implícita de la misma que ofrece un control efectivo al infractor⁴.

Como concepto, la podemos definir como una medida cautelar tendiente a crear y controlar las habilidades de la persona, a desarrollar hábitos y costumbres conforme

A la ley, (Estudio, trabajo, familia, sociedad, respeto, responsabilidad) y garantizar el desarrollo formal del proceso, y no sustraerse de las obligaciones del mismo y protección a la víctima.

C. FORMAS DE APLICACIÓN.

Se encuentra consagrado en el art. 28.1 LORPM, de tal forma que si dentro de los hechos investigado materia del procedimiento existen los indicios racionales de la comisión del delito o el riesgo de eludir u obstruir de la acción de la justicia, por parte del menor, el juez a petición de la acusación particular o el ministerio fiscal, podrá acordar la medida cautelar de la libertad vigilada.

VALBUENA E., hace la diferencia entre la libertad vigilada y la medida de internamiento, considerando que la primera cumple como medida la adopción de presupuestos generales y la segunda cumple unos presupuestos específicos adicionales⁵.

1.- Alcance de la medida: La medida de libertad vigilada, acordada por el Juez, ya sea a petición de la acusación particular o del ministerio fiscal, leídos previamente los informes del equipo técnico y la representación de la entidad publica de menores tienen dos alcances significativos. El primero el riesgo de eludir o obstruir la justicia y el segundo, que sería la primordial para el menor el seguimiento de las actividades del menor, asistencia a la escuela, al centro de formación profesional, al centro de trabajo, procurando ayudar al menor a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Dentro de la solicitud de alcance de la medida, en la anterior ley LO 4/1992, ya derogada, mediante la circular 1/2000 la FGE., dispuso en su día que el Juez de Menores no podrá acordar de oficio tal medida, si esta no era solicitada previamente por el Ministerio Fiscal, pero tras la reforma operada en la LO 5/2000 y por la LO 15/2003, y que reclamaba la admisión de la acusación particular dentro del mismo proceso, mediante el art. 25 de LORPM estableció que la acusación particular podrá solicitar al Juez de menores cualquier clase de medida cautelar, excepto las prevista en el. Art. 61 de la

⁴. LOPEZ LOPEZ, A.M.: *La instrucción del fiscal en el procedimiento de menores*, Comares, Madrid, 2002, pág.172

⁵. VALBUENA GARCIA, E.: obra citada, pág. 354.

LORPM., finalmente considerando que la medida de libertad vigilada, se atribuye al Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien ejercite la acción penal⁶

2.- Tramite de audiencia: La audiencia en principio podrá ser publica, pues la ley no restringe dicha publicidad, sin embargo el art. 35.2 LORPM., dispone “que el juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean publicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difunden imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”. Dentro de la discrepancia de si la audiencia pueda ser publica y privada, considera este autor que son privadas, ya que la publicidad encierra un medio de comunicación, de difusión sobre un suceso. Y sin nos referimos al art. 35.1 de la misma Ley, dice que “se celebrara con la asistencia del Ministerio Fiscal del perjudicado, o en su caso con la acusación particular, los representante del Equipo Técnico, y el propio menor, quien podrá estar acompañado por su representante, salvo que el Juez oídas las partes disponga lo contrario...” de lo que se deduce que en principio las audiencias son privadas, por los interés de los menores y víctima.

El trámite de audiencia se desarrollara como lo determina el art. 28.1 LORPM., ya que una vez solicitada la libertad Vigilada del menor, El Juez oído al letrado del menor, al equipo técnico, al representante de la entidad publica de protección o reforma de menores, que informara especialmente sobre la naturaleza de tal mediada, resolverá lo propuesto tomando especial consideración el interés del menor.

LASTRA DE INES advierte que la ley habla de oír al letrado y a los técnicos, y no de darle traslado de la petición para que informen; que se trata de medida cautelar y, por tanto, Urgentes y que el carácter educativo del proceso recomienda la participación del menor en todas sus fases. Reconoce la existencia de posibles argumentos a favor de la tramitación escrita: que ella practica forense el tramite de audiencia a las partes se realiza en muchas ocasiones sin vista: que para la adopción de medidas cautelares no privativas de libertad en el procedimiento abreviado no es necesaria la comparecencia: y que si la intención del legislador fue diseñar un procedimiento único, debió eliminar uno de los párrafos del art. 28 por se redundante⁷.

D. DURACIÓN.

La libertad Vigilada podrá mantenerse durante todo el trámite del procedimiento y hasta que recaiga sentencia en firme. No hay un plazo fijado por la LORPM. La circular

⁶ . Ídem., pág. 355.

⁷ LASTRA DE INES, A.: *El ministerio fiscal y LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, num. 19, septiembre 2001.

1/2000 de la FGE., se refiere a “la libertad vigilada y a la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, de ser estimadas no tiene un plazo fijo de duración y podrá prolongarse hasta la sentencia sin la necesidad de prórroga expresa. No obstante, los Sres., Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de la misma”.

E. EJECUCIÓN.

Esta cristalizada en el art., 10.3 del Reglamento 1774/2004, que establece que para dar comienzo de ejecución de las medidas cautelares que se acuerden de conformidad con el art. 28 de LORPM., entre las que se encuentran la libertad vigilada, una vez adoptado y comunicado a la entidad correspondiente, se aplicará lo que proceda de las reglas 1ª, 2ª y 3ª del primer párrafo de dicho precepto, en el cual se regula la ejecución de las medidas adoptadas en sentencia en firme⁸.

La regla tercera anuncia que en caso de libertad vigilada la entidad pública designará de forma inmediata y en plazo de cinco días un profesional que se responsabilizará de la ejecución y dicha designación se comunicará al juzgado correspondiente. Dicha medida de libertad vigilada se ejecutará dentro del marco de los derechos y libertades que reconoce la CE.

⁸ VALBUENA GARCIA, E.: obra citada, pág. 359.

Capítulo Segundo

PRINCIPIO INFORMADORES DE LA LIBERTAD VIGILADA

A. INTRODUCCIÓN.

Los Derechos y Libertades de la persona están contemplados en nuestra Constitución Española en el título primero, capítulo primero y segundo y para este caso enumeraremos los aplicables en un proceso judicial, para las medidas cautelares, más específicamente la libertad vigilada.

B. PRINCIPIOS APLICABLES

1. El principio de Legalidad.

De este principio se desprenden tres garantías que afectan la medida cautelar de la libertad vigilada: Encontramos la *Garantía Penal*, la *Garantía Jurisdiccional*, la *Garantía en la ejecución*.

a) *La garantía penal*, esta consagrada en 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”. Con evidencia se presenta que la libertad vigilada, nace de la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito, art., 28.1 LORPM., es por ello que si en comportamiento investigado del menor no configura un hecho delictivo plasmado en una norma penal, el Ministerio Fiscal no admitirá a trámite dicha denuncia y se archivará, art., 16.2 LORPM.

b) *la garantía jurisdiccional*, esta consagrada en el art. 3.1 CP., cuando se refiere a la obligación del Estado de no imponer pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por juez o tribunal competente. En este caso empezamos a entender si la libertad vigilada es una pena o es una medida cautelar. El art. 32 CP., define las penas como principales y accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

Las penas privativas de libertad son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, art. 35 CP.

La libertad vigilada no la encontramos como pena en el Código Penal, solo la encontramos como medida cautelar en la LORPM., es decir solo es aplicable para menores de 18 años, no para mayores de 18 años, (adulto), Mas adelante trataremos este tema.

c) *La garantía en la ejecución*, esta recogida en el art. 3.2 CP., “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y el reglamento que la desarrolla, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o medida de seguridad se realizara bajo el control de los jueces y tribunales competentes”. En la LORPM., esta recogida art., 10.3 del Reglamento 1774/2004.

2. El principio “non bis in ídem”.

Del principio de legalidad se deriva la garantía que el individuo no va ser sancionado dos veces por los mismos hechos. Esta garantía se conoce con el aforismo latino de “*non bis in ídem*” y con ello evita una reacción punitiva desproporcionada. “Para que surta es preciso introducir un orden entre las distintas sanciones que puedan, eventualmente, concurrir para castigar una infracción. Esta confluencia de normas se denomina concurso de leyes”⁹.

Finalmente “el non bis in ídem” equivale a la prohibición de sancionar doblemente un mismo hecho. En la practica esta posibilidad de la doble sanción surge de la confluencia entre la actividad sancionatoria de los tribunales penales y el ejercicio potestativo sancionador de las administraciones, donde puede ocurrir en efecto que una conducta sea constitutiva simultáneamente de delito y sanción administrativa y que los órganos de uno y otro desplegué la actividad que les es propia.

3. El principio de excepcionalidad.

Es definido como garantía de la presunción de inocencia que compele a que los derechos a la libertad, rangos constitucionales, constituyan la pauta general para la apertura e investigación del expediente al menor, de manera que la imposición de las medidas impuestas nazcan de unos verdaderos presupuestos marcados por la mismas disposiciones legales¹⁰.

Sobre este aspecto de excepcionalidad entre la culpabilidad y la inocencia, se constituye la presunción para aplicar la correcta medida. RAMOS MENDEZ al referirse a la presunción de inocencia defiende tal medida interrelacionándola con la prisión provisional, como medida legal para conseguir la presencia del imputado en el proceso, no hay otra medida. La desviación del estudiado fin seria la represión anticipada y prohibida en la constitución¹¹.

⁹. MAPELLI CAFARENA, B.: *Consecuencias jurídicas del delito*, Thonson- Civitas, Navarra, 2005, pág. 37

¹⁰. VALBUENA GARCIA, E.: obra citada, pág. 222.

¹¹ RAMOS MENDEZ. F.: *El proceso penal, sexta lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 191

En la aplicación de la medida de privación de libertad en un menor, podríamos causar daños irreparables en él. Por ello se hace necesario el análisis de las circunstancias personales y sociales del menor y sustituir tal medida por otra como la libertad vigilada u otra de similar naturaleza.

4. Principio de Subsidiariedad

La restricción del Derecho Fundamental de la Libertad, y que se consigue la medida de prisión en el CP., o de Internamiento en LORPM, crea en subsidiariedad de aplicabilidad otras medidas menos gravosas para no afectar ese derecho tan importantísimo como es la libertad. En este caso la medida cautelar de internamiento del menor debe estar idóneamente decidida, de tal manera que con absoluta decisión se vislumbre que no hay otra medida sustitutiva para aplicar al menor y que su aplicación persigue el fin propuesto.

De otra forma el principio de subsidiariedad es aquel que se aplica una medida sustitutiva y menos gravosa para no afectar al menor con la medida principal que en este caso es el internamiento y la medida sustitutiva es la Libertad Vigilada.

5. Principio de Provisionalidad

Las medidas cautelares tienen una provisionalidad en el tiempo y espacio. En consecuencia permanecerán mientras no desaparezcan los factores personalísimos del menor que dieron lugar a su adopción. Su mantenimiento evidencia la necesidad de restringir algunos derechos del menor. En caso de la libertad vigilada su provisionalidad se levantará cuando desaparezcan los motivos que se adoptaron para ella.

En caso de internamiento la temporalidad de la medida será de seis meses de duración, de tal manera que la medida no se confunda con la que se debe resolver en sentencia, art. 28.3 LORPM., ahora bien podrá prorrogarse por un máximo de tres meses, por auto motivado. Terminado el plazo se determinará la libertad del menor. Cuando la medida es de libertad vigilada su duración será hasta cuando termine todo el procedimiento y haya sentencia en firme.

6. El principio de proporcionalidad.

La pena o la medida cautelar impuesta debe ser proporcional al hecho o infracción a aplicar. Esa proporcionalidad nace de la verdadera ponderación de los tribunales, en este caso y en interés del menor, para que las medidas que se impongan no sobrepasen el umbral de la desigualdad y se conviertan en penas anticipadas.

Nuestra constitución consagra este principio en varios artículos, algunos piensan que se encuentra en el Estado de Derecho art., 1 CE., otros en la prohibición de tratos

Inhumanos y Degradantes en el art., 13 CE., unos en el Derecho de Igualdad en el art., 15 CE., otros en el Derecho de Igualdad en el art., 9 CE., y finalmente el TC lo vincula al art., 10 CE. Con la dignidad de la persona humana y el derecho el orden político y la paz social.

MAPELLI B., considera que el principio de proporcionalidad esta regido por diferentes atributos que al ser aplicados se convierten el principio de proporcionalidad, radican en la modulación del propio sistema penal con márgenes de discrecionalidad del Juez; su proporcionalidad debe ser una exigencia idónea, es decir la pena debe ir concadenada con el delito y plantearse que conducta debe merecer la pena y cuales una sanción administrativa; que la pena impuesta debe tener criterios estrictamente necesarios para alcanzar el fin perseguido; y por ultimo la procura que las consecuencias del delito guarden proporción con el delito cometido¹².

¹² Ídem, Pág. 38 y ss.

Capítulo Tercero

LA PENA

A. INTRODUCCIÓN.

La pena que se ha entendido como un castigo impuesto a un sujeto por hacer algo prohibido o por no hacerlo. El termino de pena se le denomina en el ámbito del Derecho Penal, de otra forma, en el Derecho administrativo se denomina sanción. En la actualidad la pena es la ultima instancia que la sociedad a creado para aplicar a las personas de conductas desviadas y cometen un delito, a que por medio de ella se sometan a un tratamiento de reeducación, resocialización y reinserción en la sociedad.

B. NATURALEZA Y CONCEPTO.

1. Concepto

La pena es aquel conjunto de medidas dispuesta por la ley al condenado, delimitando algunos derechos fundamentales y personalísimos para reeducarlo, resocializarlo y reinsertarlo en sociedad.

El Código Penal no contiene una definición de pena, en su art. 34 CP., se refiere que no se reputan penas, la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias se impongan a los subordinados o administrados y las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

El fundamento de la pena, es la represión anticipada que el legislador ha consagrado por una serie de comportamientos injustos, y como control social conlleva a imponer una pena y hacerla necesaria en la vida cotidiana. Con la pena se hace más fácil vivir en sociedad.

La pena privativa de libertad y las medidas de seguridad, están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, art. 25.2 CE, por ello en principio tienen fines positivos y otras consecuencias negativas. La primera descansa en tres pilares como: La retribución, La prevención y La rehabilitación. La retribución como consecuencia del delito, en principio algunos autores definen la retribución como una castigo por el daño causado, otros como una venganza social, es decir ojo por ojo y diente por diente, este autor la define como una limitación a los derechos del condenado y esa es la respuesta de la sociedad que da al delincuente. Con la limitación de los derechos al condenado buscamos disuadir a otros y al mismo condenado de la comisión de nuevos delitos, esto lo denominamos y lo ha denominado la doctrina, La prevención que puede ser general y también especial. La general según este autor es la más importante, por que es disuadir, publicar, mostrar a un

gran y potencial conglomerado social sobre las consecuencias de cometer un delito, esta disuasión algunos doctrinantes la denominan intimidación, adjetivo que no comparto, pues, la llamara advertencia social. Y la especial la que va dirigida al mismo condenado. La rehabilitación el fin más importante de la pena, busca reubicar al condenado, por medio de enseñanzas individuales, decir reeducarlo de nuevo para reinsertarlo en la sociedad. Como consecuencia negativa el impacto social, ese paradigma de reglas sociales que no perdonan al delincuente y que aún este haya pagado la pena lo alejan del círculo social al que perteneció, alejamiento por miedo o por no ser incluidos con sujetos sentenciados por un delito en futuras investigaciones por la policía judicial¹³.

D. PENA PRINCIPAL Y PENA ACCESORIA.

Las penas pueden imponerse con el carácter de principales, como accesorias, son penas accesorias aquellas privaciones de derechos, que partiendo de los fines propios de la pena se imponen por ministerio de la ley conjuntamente con otras penas principales a las que se siguen en extensión.

Las penas privativas de libertad se encuentran consagradas en los arts., 35 al 38 CP., las penas privativas de Derechos en los arts. 39 a 49 CP., y la pena de multa en los arts., 50 a 53 CP. Ahora bien, el art. 34 CP., no considera penas la prisión provisional, la medidas cautelares, las multas, correcciones y sanciones que en uso de facultades administrativas se impongan a los subordinados o administrados.

En la LORPM., la libertad vigilada se encuentra señalada en el art. 28.1 y la define como una medida cautelar, cuyo fin tiene por objeto dar un seguimiento de las actividades del menor, de su asistencia a la escuela o lugar de trabajo, procurando que con dicha medida el menor supere los factores que determinaron en cometer la infracción.

Finalmente se debe distinguir las penas principales de las accesorias, como también las medidas cautelares.

E. MODELO MONISTA Y MODELO DUALISTA Y VICARIAL.

Los aspectos entre las penas y las medidas de seguidas, los debates doctrinales presentan una controversia sobre la forma de articulación de las penas y las medidas, cuando concurren ambas. Las posiciones a largo de la ciencia penal genera las siguientes teorías.

¹³. TRUJILLO RODRIGUEZ L. B.: *Las consecuencias jurídicas de la pena y su reinserción*, oposición

a) *El sistema monista*: El monismo se refiere a la sanción única, es decir que las penas generales se confunden con las especiales, esto contribuye a eliminar penas y las garantías. No tiene en cuenta que la pena como fin resocializador, en su ejecución sirve para estimular los beneficios o recompensas del penado para buscar una resocialización¹⁴.

De otra forma los defensores del sistema monista proponen la fusión en solo instituto de penas y medidas. Desde esa óptica la medida era indeterminada y el contenido de la misma. Dicha circunstancia se hace depender no de la gravedad del delito, sino del perfil criminal del autor y de la evolución de la ejecución.

b) *El sistema dualista*: Es el sistema de la doble vía, sientan la diferencia entre penas y medidas, y en su consecuencia establecer un orden de cumplimiento imperativamente entre ambas. Contraria al monismo aplicada en Europa en los años treinta, el Dualismo exige primero el cumplimiento de la pena y después de las medidas, es decir que el dualismo propone que una vez cumplida la pena, el delincuente empiece a cumplir la medida de seguridad, esta medida carecería de sentido si la peligrosidad del delincuente ha desaparecido. Pero a pesar la medida debe ejecutarse. De esa forma el delincuente pasaría a ser víctima y estaríamos frente al llamado *fraude de etiqueta*¹⁵.

c) *El sistema vicarial*: Es el sistema intermedio del monismo y dualismo, como claro ejemplo de la evolución de las penas. El art. 99 CP., establece que “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativa de libertad, el juez o tribunal ordenara el cumplimiento de la medida, que se abonara para el de la pena...”. Por otra parte el art. 25.2 CE., que las penas y medidas de seguridad privativas de libertad quedan equiparadas en su orientación hacia la reinserción social y la reeducación. Así las cosas la esencia del sistema vicarial es la fungibilidad de pena y medida de seguridad, para asegurar los fines preventivos¹⁶

reinserción, Madrid, 2009, pág. 7.

¹⁴. MAPELLI CAFARENA, B.: *Consecuencias jurídicas del delito*, Thomson- Civitas, Navarra, 2005, pág. 311.

¹⁵. MAPELLI CAFARENA, B.: obra cit., pág. 312

¹⁶. Ídem., pág. 313.

Capítulo Cuarto

ANALISIS DE APLICABILIDAD DE LA LIBERTAD VIGILADA

A. INTRODUCCION.

Frente al anteproyecto de la LO., por la que se modifica la LO., 10/1995 de 23 de noviembre, del CP., analizando la exposición de motivos, que motivan la necesidad de emprender una reforma del CP., de 1995 en el ámbito de los delitos de especial gravedad que ha provocado en la sociedad la apertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales y la inclusión de la figura de la libertad vigilada para adultos como medida accesorio para el penado una vez cumplida la pena principal en sentencia.

De dicho análisis configuraremos los diferentes cambios que debe hacer el moderador al introducir la libertad vigilada modificando el Código Penal vigente, incluyendo nuevos tipos de comportamientos penales, aumentando las penas y todo ello impulsado por la gravedad de determinados delitos graves que actualmente las normas jurídicas no logran conjurar y controlar dicha situación.

Ahora bien, tengamos en cuenta que la libertad vigilada esta consagrada en la L.O. 5/2000, LORPM y que tiene la exclusiva finalidad de vigilar el menor, reeducarlo, conjurar su comportamiento y sustituirle de la pena de prisión que priva la libertad al menor delincuente.

B. ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA: MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, CODIGO PENAL VIGENTE.

1. Exposición de motivos.

Dentro de la exposición de motivos, extraeremos las partes más importantes y las que se refieren a la libertad vigilada del anteproyecto de Ley Orgánica, que Modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal, que dice:

“Varios son, en este caso, los sucesos que motivan la necesidad de emprender una nueva reforma al Código Penal de 1995. En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad. A esta circunstancia se suman tanto la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha

contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, como la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal”.

“Por otro lado, el ámbito de los delitos sexuales no es el único en el que la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada por la existencia de compromisos internacionales. Es el caso, entre otros, de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la creación de un nuevo tipo denominado corrupción entre particulares y de la ampliación de la institución del decomiso”.

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

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

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

atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo”.

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

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

De esta forma, se dará en la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad.

Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial. En estos casos es necesario proteger, además del derecho a no soportar de otro una coacción física o psíquica dirigida a la ejecución de actos de naturaleza sexual, una libertad futura, procurando salvaguardar la normal evolución y desarrollo de la personalidad para que el menor cuando sea adulto pueda ser capaz de decidir en libertad su comportamiento sexual.

“La mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito, son factores que se traducen en la demanda de un tratamiento específico e individualizado de actuación”.

“Estas circunstancias han determinado la necesidad de realizar una reforma de los delitos contra la libertad sexual donde se lleve a cabo la tipificación de las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos. Esta división de los tipos permitirá ajustar las penas con más exactitud, reflejando

así el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, ya que mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación de la sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación en el Título VIII del Libro segundo del Código penal del Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores”.

“En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la “captación” de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se “lucra” con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz”.

“Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de *privación de la patria potestad* e incluirla en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39. Con esta decisión se otorga al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil. Esta provisión legal encuentra su fundamento en las siguientes circunstancias”:

- En interés del menor y por razones de economía procesal, se estima oportuno que un Tribunal o Juez penal tenga la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad si en el curso de un procedimiento se revela un incumplimiento de deberes paterno-filiales y un daño consecuente para el menor.

- El artículo 170 del Código civil contiene una atribución legal que determina una verdadera extensión de la jurisdicción de los Tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil.

Por estas razones, se procede a la creación de la pena privativa de derechos denominada privación de la patria potestad, que tendrá el carácter de pena principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el carácter de pena accesorio de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

“De conformidad con lo solicitado por la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, que insta al Gobierno a tomar medidas para tender al cumplimiento efectivo de las penas aplicadas por delitos sexuales, se procede a la modificación del artículo 36. A partir de esta reforma cuando la pena de privación de libertad impuesta por delitos del Título VIII del Código Penal sea superior a cinco años, *la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá realizarse en ningún caso antes del cumplimiento de la mitad de la condena*. Con ello, se elimina la posibilidad de que los condenados que cuenten con un pronóstico positivo de reinserción social adelanten el momento de obtención del tercer grado, equiparándose, por tanto, *la situación de los delincuentes sexuales a la de los terroristas y miembros de organizaciones criminales*”.

“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas de información...)”.

“Se concreta todo un catalogo de penas imponibles a las personas jurídicas donde se añaden a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos....) la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Para la aplicación de las penas y teniendo en cuenta los distintos factores que pueden confluir se opta por conceder amplio arbitrio al Juez si bien se le aconseja observar, en la medida de lo posible, las reglas generales establecidas al respecto”.

Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta denominada de acoso laboral entendiendo por tal el acoso psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral, que humille al que los sufre, así como, en el marco de otras relaciones contractuales, la alteración de condiciones imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico

privadas como en el de las relaciones jurídico públicas, entendiendo por estas últimas las producidas en el marco funcional.

“Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis denominado “De la Trata de seres humanos”. Así, el artículo 177 bis tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada”.

2. Confusión de Naturaleza de la Libertad Vigilada y su finalidad.

El Legislador dentro de la exposición de motivos y mediante el cual dichos motivos le obligan a introducir dentro de la pena, otra pena de distinta naturaleza como es la libertad vigilada, no tuvo en cuenta su origen, y tampoco que la libertad vigilada fue una modalidad de suspensión de sentencia.

Esta nació de la práctica de suspender las sentencias en casos de condenas de prisión, cuando de esta se esperaba poca o ninguna eficacia. Los Tribunales de esa época en lugar de ejecutar la sentencia prescrita por la Ley tenían el derecho a aplazarla indefinidamente y dejar en libertad a los condenados con la condición de buena conducta, lo que hoy se llama condena condicional, esta institución nació en Estados Unidos en el Estado de Massachussets, en 1859, y en el año 1879 se extendió a Boston a los delincuentes adultos.

No obstante las semejanzas de condena condicional, suspensión de condena, sistema de prueba, existe entre ellas importantes diferencias. En la condena condicional se pronuncia una sentencia que queda en suspenso mientras que el sistema de libertad vigilada no se impone pena alguna, el menor queda en libertad aunque vigilado. Durante este período de prueba si el menor delinque o llega a desarrollar mala conducta ya se sabe qué pena ha de serle impuesta, la pena en suspenso, mientras que la libertad vigilada no es posible conocer la medida que el Juez adoptará al respecto¹⁷.

Así mismo el derecho Inglés y que tiene cierta semejanza con algunas de las modalidades de la *recognizance*, que da sometido el menor durante un período de prueba a la vigilancia de una persona que vela por el cumplimiento de las obligaciones Impuestas por el Tribunal.

¹⁷. CUELLO CALON, E.: Criminalidad infantil y juvenil, Bosch / casa editorial, Barcelona, 1934, pág.197.

El legislador dentro de su modificación tampoco tuvo en cuenta la importancia social de la libertad vigilada y a quienes esta diseñada: Es decir que la libertad vigilada en el sentido practico de esta institución es mayor aún que su trascendencia jurídica, ya que desde el punto legal, la probación¹⁸, o periodo de prueba a la vigilancia de una persona que vela por el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Tribunal.

La libertad vigilada tiene una *importancia social y unas ventajas* del sistema de prueba. La primera es la de mayor trascendencia jurídica por que el tribunal da la orden y suspende la pena y poner al menor en vigilancia de un probation officer en lugar de imponerle un castigo o de internarle en una institución. Desde ese punto social constituye en un sistema para el Tribunal es continuar su trabajo. Lleva consigo una intima relación que afecta a todos los factores de esa vida del menor. Abarca un trabajo social, que hace parte integral de la labor del mismo Tribunal, que soporta la base del mismo tribunal en la aplicación de la libertad vigilada. Y la segunda las ventajas es que el Tribunal no se ha despojado del espíritu represivo, y evita al niño la funesta imposición de la pena, y de la privación de libertad.

La vigilancia del menor para controlar sus actos negativos, incluye la vigilancia a los mismos padres, a quienes el encargado de la prueba puede orientar sobre asuntos de su propia vida y capacitarles para contribuir por su parte para la reforma del niño. Otra ventaja es que el menor permanece en su habiente natural y no se pierden las actividades ordinarias del niño. Otra ventaja es la economía del propio régimen ya que es mucho menos costoso para el Estado, que el internamiento en instituciones. Con la libertad vigilada el Juez no pierde de vista al menor, vigilándolo por conducto de los delegados de Tribunal, quienes le tienen al corriente sobre la conducta del menor, de sus cambios positivos o al contrario de los opuestos.

No obstante el legislador no tuvo en cuenta el desarrollo de la institución de libertad vigilada que en la actualidad tiene España, para menores, y lo quiere equipara en la misma institución para mayores. Discrepancia puntual por que el menor por su edad esta sujeto a aconsejarse por medio de esta institución, sin ir a un centro de internamiento. El mayor aunque podría estar dispuesto a reformarse, no le interesaría ya que ha estado en prisión purgando la misma pena.

Tampoco tuvo en cuenta el legislador el sistema actualmente aplicable en la legislación penal, refiriéndome al sistema vicarial de penas queriendo añadir como pena principal una pena que por su naturaleza es accesoria al penado y pudiendo generar dos castigos por un mismo hecho, por tanto el primero sería la privación de su libertad en

¹⁸. LOU.: Citado por CUELLO CALON, E.: Criminalidad infantil y juvenil, bosch / casa editorial, Barcelona, 1934, pág.197.

prisión y el segundo después de haber cumplido esta pena el de la libertad vigilada para controlar el futuro comportamiento de ese penado.

3. Control del delito por medio de la pena.

Introducir la pena de libertad vigilada dentro de determinados tipos penales contrapone dicha pena con otras penas que ya están tipificadas en nuestro Código Penal. En efecto la libertad vigilada que su finalidad naturalista es tener vigilado y controlado al menor, para que por medio de planes y programas su educador impulse su desarrollo normal y le oriente el comportamiento futuro que debe tener en la sociedad, esto constituye que el educador siempre va a tener una localización permanente sobre el infractor. En este caso el legislador no aclara dicha naturaleza ya que se confunde con la localización permanente señalada en el art. 37.1 CP.

Dentro del sistema de penas y del art. 48 CP., cuando se refiere a delitos de violencia familiar, generando actualmente asesinatos por una de las partes, la libertad vigilada se desdibuja en ciertos casos cuando el penado tiene la prohibición de no comparecer a determinados lugares, y aquellos que se refiere la Ley, y aquellos tales como (que no están determinados) si no el ápice del asunto es que entre esos lugares no se encuentre la víctima, los familiares de ésta y su prohibición total de comunicarse con ella, este medio se controla actualmente con las autoridades policivas, con los brazaletes electrónicos, con los medios telefónicos y muchas veces con las cámaras de seguridad. La libertad vigilada pretende centrar el mismo objetivo que tiene el art. 48 CP., concentrándose de normas y desdibujándose tal institución que descubriría su naturaleza (apoyo y consejos del educador para guiar la conducta desviada y reinsertarla en el grupo social).

Dentro de la institución de la libertad vigilada en el proyecto se contempla la discrecionalidad del Juez quien se encarga de la ejecutoria de fijar el plazo contenido dentro de la privación de ese mismo **derecho, nuestro legislador** menciona un plazo genérico uno, dos años, y en determinados delitos terrorismo agresiones sexuales, y siendo por otro lado el penado reincidente, concluye que el actual art. 44 CP., y que contiene las inhabilidades tienen un plazo específico de tal manera que generaría un vacío dentro de la aplicación de dicha pena, por otra parte dentro de la clase de delitos graves como el penado viene de pagar una pena privativa de libertad cuya finalidad es reeducarlo, resocializarlo, y reinsertarlo a la sociedad mediante unos programas totalmente definidos por nuestras instituciones penitenciarias, mal sería aplicar una vez el penado haya salido del centro penitenciario la pena de la libertad vigilada, pues desdibujaría nuevamente su naturaleza, ya que cumplida sentencia o su tercer grado y esté en libertad condicional el penado, (el proyecto no aclara la finalidad de esa libertad vigilada).

El instituto de libertad vigilada constituye un fenómeno de contradicción con el actual título III, capítulo III, sección I, desde el art. 80 al 94, CP., ya que por ejemplo el art. 80 CP., se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Mediante el cual el tribunal sentenciador la podrá otorgar de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisitos algunos, salvo que al momento de sustituir de la pena, haya otra pena suspendida. Este instituto de suspensión de penas se confunde con la figura de la libertad vigilada ya que ambas dentro de su misma naturaleza tiene la finalidad de que el penado no se le prive de libertad, sin embargo en el anteproyecto el legislador no tiene en cuenta que la inclusión de esa libertad vigilada que se refiere se hace efectiva cuando el penado ha cumplido una pena y ha estado privado de su libertad, de igual manera ocurre con el art. 88 CP., en la sustitución de las penas privativas de libertad, ya que dentro de éste instituto la sustitución opera por el cambio de una pena hacia otra pena. Todo con la finalidad de que no se le prive de la libertad y es aquí la libertad vigilada donde se desdibuja totalmente, pues su naturaleza es, educativa, tal como lo señala la LO. 5/2000 en su art. 7.1h), tal medida de intervención tienen la finalidad de reeducar, resocializar al menor estableciéndose en él un seguimiento de sus mismas actividades.

Por otra parte el legislador pretende con la medida de libertad vigilada controlar el tipo del delito, ese elemento material y ese elemento subjetivo para contrarrestar en sí el mismo hecho para que no se produzca; pero no tiene en cuenta el victimizante, ese autor que por motivos individuales, cognoscitivos de su misma personalidad es peligroso y que somete a la víctima a su voluntad, violándole todos los derechos existentes en una sociedad, e infringiendo la norma, sin tener en cuenta ese móvil que le indujo para violarla. El legislador solamente tiene en cuenta mediante un fallo sentenciador la presunción de peligrosidad del autor, pero no evalúa que una vez cumplido ese fallo ese autor ya no sea peligroso y por el simple echo de habersele privado de libertad, de haberse sometido al tratamiento reeducativo y resocializador del centro penitenciario ya no necesite la aplicación de esta segunda pena de libertad vigilada y es donde en esta interpretación se retrocede años atrás infringiendo algunos derechos conquistados por el mismo individuo de la sociedad como es la presunción de inocencia.

4. Cumplimiento de condena.

La pena como cumplimiento de condena obedece como lo dijimos en el capítulo III, a esa sanción que el juez o tribunal impone al condenado por la violación de un hecho que es considerado típico ante jurídico en nuestro Código Penal.

La libertad vigilada siendo una medida cautelar y no considerada como pena con el fin específico de que, a quien se le vaya a aplicar no ingrese en prisión y se le evite la

privación de libertad. En el anteproyecto de la L.O. que pretende modificar el CP., cambia totalmente el sistema de penas.

Nuestro sistema actual de penas, es el sistema vicarial, que es la ponderación entre el sistema monista y el sistema dualista, es decir, una pena y unas medidas de seguridad accesorias a la pena, configurando la ponderación de los dos sistemas antes mencionados.

Nuestro Derecho Español, día a día mas avanzado conforme a criterios, investigaciones obtenidas del centro de criminalidad, teniendo en cuenta que para su elaboración normativa ha comparado y ha seguido las sugerencias de las legislaciones amigas, que también ha tomado las pautas de los convenios internacionales y de la misma Unión Europea y que al momento de legislar por una parte se consiga no castigar al delincuente como acción de venganza, si no someterlo como una acción de reeducación reinserción y resocialización, respetando de tal forma los derechos fundamentales de ese penado, con esta reforma que pretende modificar la actual L.O. 10/1995 CP., y en imponer dentro de las penas la libertad vigilada como pena y no como medida de seguridad, no ha tenido en cuenta que por un mismo hecho se esté castigando al penado dos veces, por que dentro del sistema dualista al que nos referimos anteriormente la pena tenía dos vías y con la actual reforma el legislador quiere despertarlas e ignorar el principio del *non bis in idem*.

Centrándonos un poco mas en el tema tal como lo manifiesta PRADEL. J¹⁹., el tratamiento del delincuente peligroso de la criminalidad media o grave se lleva acabo a través del sistema de penas o mediante la combinación de pena/medida. La respuesta monista se traduce en una intensificación del recurso a la pena para el supuesto que nos ocupa. Cabe mencionar en ésta dirección, la *extended sentence*, característica del Reino Unido, o el recurso a la prisión perpetua, ampliamente acogida en el derecho comparado, aunque su prevención legal e imposición en absoluto significa que se ejerza siempre en su integridad. En los países como Alemania, Suiza, Austria o Italia, que prevén, también para los condenados a prisión perpetua, la posibilidad de acceso a la libertad condicional. La variante del novedoso monismo penal son algunos mecanismos surgidos en los Estados Unidos de América con las famosas leyes *three striks* o la *selective incapacitation*. De acuerdo con ellas exige variantes en los distintos estados aprobados en California en 1994, para determinados grupos de delitos especialmente, los violentos, se dobla la pena por el segundo de ellos, llegándose ala prisión perpetua por el tercero y también en Reino Unido, “la *criminal sentence act* de 1997”, establece que en algunos casos la reclusión perpetua por el segundo delito. En cuanto a la *selective incapacitation*, consiste en

¹⁹ PRADEL, J. *Droit pénal comparé*, París, 1995, pag. 671 ss

seleccionar los delincuentes que cometen el mayor número de delitos e intensificar la respuesta penal solo a ellos.

La respuesta dualista, pena mas medida, frente al delincuente habitual peligroso, consiste en la ejecución, tras el cumplimiento de la pena impuesta por el delito ahora cometido, de una medida de correccional o de seguridad. En ocasiones ésta última no comporta privación de libertad adicional, como sucede con la vigilancia de conducta la castración química de delincuentes sexuales o la publicación del fallo, lista de pederastas y maltratadores. Sin embargo insistir en el carácter estigmatizador y, por ende, lesivo en la dignidad humana y de la prohibición constitucional de tratos degradantes que puede comportar estas nuevas medidas de picota²⁰; y lo mismo cabría decir de la castración química de los delincuentes sexuales, por más que sea de carácter voluntario. En estos casos la medida que sigue a la pena comporta privación de libertad, como la denominada custodia de seguridad prevista en algunos códigos Europeos o el ingreso a centros de terapia social, que tantas expectativas suscito en las estrategias resocializadoras de los años setenta. Finalmente en algunas ocasiones como sucede en el Reino Unido o en algunos estados de la Unión, se recurre al internamiento civil indefinido posterior a la pena, respuesta ésta de la que quiere abordar el Derecho Español²¹. Frente a la acumulación de pena y medida para un mismo supuesto se ha aducido desde antiguo al argumento de “fraude de etiquetas”, dado que la medida posterior a la pena se ejecuta, de ordinario, de manera semejante a esta (aunque existe una variante vicarial, como sucedía, hasta la fecha reciente, con la custodia de seguridad del Código Penal Suizo), con el consiguiente riesgo para los principios de proporcionalidad *non bis in idem*. si a ello se añade, como destaca KUNDZ²². Normalmente estas medidas asegurativas se acumulan a penas privativas de libertad muy prolongadas, no es infrecuente que en un mismo sistema legal coexista la privación perpetua la custodia de seguridad, al final unas y otras terminan comportándose como “partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos”. Tal como lo decía SILVA SANCHEZ²³, en el sentido de que estaríamos asistiendo a un retorno de la inocuización. Y ellos tanto al modelo monista como al modelo dualista de respuesta al delincuente habitual peligroso. Piénsese que un fenómeno tan característico con las Leyes “*three strikes*”, y otras técnicas análogas de agravación de respuesta penal se remontan solo a los años finales del siglo pasado.

²⁰ HERRERA MORENO, M. *Publicidad y control Social*. Lima, 2002, pag. 43

²¹ SANZ MORAN, A.J.: *Tratamiento del delincuente habitual*. Polit. Crim. N°. 4. A3, 2007, pag 6.

²² KUNZ, K.L. *Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung*, en *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift A. Eser zum 70. Geburtstag, München, 2005, pag 1375, ss.

²³ SILVA SANCHEZ J.M. *Regulación de las medidas de seguridad*. Barcelona, 1997, pag 15,49.

En cuanto a los planteamientos dualistas, resulta especialmente significativo en reciente desarrollo de custodia de seguridad en Alemania, y pese a ello con la crítica que sostiene. En efecto esta medida de seguridad, impuesta tras la pena y acumulándola a ella ha experimentado en los últimos años una notable ampliación. Así en la reforma penal de 1998 de lucha contra la delincuencia sexual, suprime el límite temporal de 10 años para la custodia impuesta por primera vez, convirtiéndola en indeterminada, a la vez que se reeducan otras exigencias legales para su imposición; se desvincula del concepto de la habitualidad, pudiendo imponerse ya con la primera condena. En el año 2002 se introduce la reserva de custodia de seguridad, que permite acumular a la custodia de seguridad a la prisión perpetua. En el año 2004 tras dos resoluciones el tribunal constitucional a las que después se aludirá incorpora una custodia de seguridad retrospectiva, incluso para el delincuente primario. Y una evolución paralela nos demuestra el derecho suizo.

Es de notoria importancia de imponerse dicho sistema en España y renacer esa tesis a favor de la inocuización del delincuente habitual peligroso, el riesgo que conllevaría para los principios esenciales del estado de derecho del Derecho Penal, desvirtuando el principio de proporcionalidad y el de *non bis in ídem*.

5. Derechos fundamentales.

Nuestra Constitución Española, prevé medidas específicas a tal fin. Dentro de la Pena el art. 25.2, CE., la orienta como una ejecución de la pena hacia reeducarla y reinsertarla. Dentro de este articulado se desarrolla la Ley Orgánica General Penitenciaria y su reglamento, en el cual se consigna todos los instrumentos necesarios para que la pena tenga un fin de educación y reinserción social, de tal forma que dentro de su mismo desarrollo al penado se le respeten todos sus derechos fundamentales, reconocidos por nuestra Constitución y por Leyes Internacionales. Dentro de este marco de respuesta el legislador para contrarrestar la habitualidad y peligrosidad que encierra un delincuente creo el agravante de reincidencia, tipificado en el art. 22.8 CP., como también la regla del art. 78 del CP., que pretende asegurar en el caso de los sujetos peligrosos responsables el cumplimiento efectivo de la pena y hasta el límite que le corresponde. Por otra parte la punición del Estado como control Social que ejerce lo reforzó mediante la LO. 7/2003 donde elevo los límites máximos de efectivo cumplimiento de la pena de prisión, en el concurso real de delitos y hasta 40 años. (Opuesto al art. 25.2 CE. y 78 CP.), finalmente restringió notablemente el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional y a su vez mediante la LO., 11/2003, modificó las reglas de determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, elevándola por encima del límite máximo de su marco en algunos supuestos de multireincidencia. El Tribunal Supremo en sentencia del 28 de febrero de 2006, se ha

sumado ha esta línea de exasperación de la respuesta punitiva frente al delincuente múltiple de carácter peligroso, donde se modifica retroactivamente el criterio consolidado de imputar los beneficios penitenciarios, en particular la ya desaparecida redención de penas por trabajo.

CONCLUSIONES

Analizando el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO., 10/1995, de 23 de noviembre, CP., encontramos en dicho texto confusiones entre la pena, y medidas cautelares, pues el texto pretende incluir la libertad vigilada entre algunos tipos penales graves, ignorando el mismo sistema de penas, ya dispuesto en el CP., contraponiéndose también a principios constitucionales como el de proporcionalidad y el non bis in idem, que es el nacido del principio de legalidad.

El texto confunde la naturaleza de la libertad vigilada ya que esta no esta contemplada como pena si no como una medida dirigida a orientar una conducta desviada, a vigilarla y orientarla por los causes de una conducta normal acorde a los usos, a los hábitos y a las costumbres permitidas en la sociedad. Pretende el legislador confundirla por un sistema dual que dentro del mismo sistema de penas y dentro de nuestra misma constitución no se tiene en cuenta ya que en nuestro sistema vicarial solamente hay una pena y otras accesorias complementando esa misma pena como medidas de seguridad, si bien, es cierto que en alguna clase de delitos la pena de prisión es menor y algunas medidas cautelares son mayores, éstas están sujetas al cambio una vez evaluada las circunstancias personales del penado y si estas son positivas, automáticamente el Juez o Tribunal encargado de su ejecutoria las levanta. Esta discreción del juez o Tribunal es la proporcionalidad aplicada entre el sistema monista y el dualista, generando así nuestro actual sistema vicarial en el Código Penal.

Ahora bien, dentro de estas medidas cautelares que son complementarias a la pena principal, se encuentra la libertad vigilada, en la LO. 5/2000 que el texto del anteproyecto no tiene en cuenta. Ya que en la actualidad la libertad vigilada, este instituto está desarrollado con la observancia que tiene el mismo juzgado bajo la representación de un funcionario para que informe al juez sobre el comportamiento antes de sentencia, para evitar el internamiento y privar de libertad en este caso al menor. Con el anteproyecto la libertad vigilada después del cumplimiento de sentencia del delito base y principal pretende que se vigile al penado su comportamiento futuro, generando así *“un fraude de etiquetas”*. Y creando en el sentenciado una pena ilimitada.

Por otra parte en el anteproyecto al incluir la libertad vigilada en algunos tipos penales no reforma y presenta confusión con la institución suspensión de penal y sustitución de penas, que dentro de éstas medidas buscan que el sentenciado no se le prive de libertad.

Dentro de esa misma inclusión de libertad vigilada tampoco tiene en cuenta el texto del anteproyecto la modificación del articulado en la parte general y concadenarlo en la parte especial, ignorando una serie de Leyes Orgánicas posteriores ala Ley Orgánica que pretende reformar y en las cuales se incluye apalea los delitos graves, la reincidencia del delincuente.

Finalmente se concluye que se debe diseñar la idea de la libertad vigilada para mayores como medida cautelar accesoria a la pena principal y no como pena principal, y darle la aplicabilidad al penado en su tercer grado penitenciario con el fin de asegurarse plenamente de que la pena de prisión de privación de libertad cumplió su fin de reeducarlo y resocializarlo y en ese transcurso de que se cumpla su pena total por medio de la libertad vigilada se deduce si se ha reinsertado en la sociedad o no y si su pena que ha pagado fue suficiente o por el contrario insuficiente. Esto sirve como medida de referencia para aplicar en ciertos delitos la totalidad de la pena o en su caso para varias el tipo penal y aumentar la pena de ese tipo.

BIBLIOGRAFIA

ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGANICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CODIGO PENAL.

BALBUENA GARCIA, ESTER.: Medidas Cautelares de Enjuiciamiento de Menores, Editorial Thomson/Aranzadi, Navarra, 2008.

CALDERON, ANGEL/CHOCLAN, JOSE ANTONIO.; Código Penal Comentado, Editorial Deusto Jurídico, Barcelona, 2004.

CUELLO COLON, EUGENIO.: Criminalidad Infantil y Juvenil. Bosh/Casa Editorial, Barcelona, 1934.

MAGRO SERVET, VICENTE.: La figura del agente de liberta vigilada en la reforma del Código Penal, Diario la Ley nº7074, XXIX,11 de Diciembre de 2008.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA.: Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Thomson/Civitas, Sevilla, 2005

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCIA ARAN, MERCEDES.: Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2004.

RODRIGUEZ PADRON, CELSO.: Secretario General del Consejo General del Poder Judicial, Consideraciones Generales, Madrid, 2009, Pág. 62.

SANCHEZ LAZARO, FG.; Un problema de peligrosidad postdelictual, <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/DP/REVISTAPENALIST>.

SANZ MORAN, ANGEL.: El tratamiento del Delincuente Habitual, Editorial Polit Crim nº4. A3, 2007.

SILVA SANCHEZ, J.M.: El retorno de la Inocuidad,
portal.uclm.es/descargas/idp_docs.doctrina.