

LA REINTRODUCCIÓN EN EL TEXTO PUNITIVO DE LA PENAS DE ARRESTO DOMICILIARIO Y FIN DE SEMANA A TRAVÉS DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE

José María Suárez López

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada

SUÁREZ LÓPEZ, José María. La reintroducción en el Texto punitivo de la penas de arresto domiciliario y fin de semana a través de la localización permanente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-19, p. 19:1-19:24. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-19.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-19 (2012), 25 dic]

RESUMEN: El trabajo valora la incidencia que ha tenido, principalmente tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la incorporación al Código Penal de la pena de localización permanente en clave de reintroducción en el Texto punitivo del arresto domiciliario y de fin de semana. A partir de una argumentada discordancia

entre el contenido y la denominación de la pena de localización permanente, se analizan los principales problemas que tal hecho genera en su aplicación, con incorporación de propuestas *de lege ferenda* y *de lege lata*. Entre las cuestiones relevantes que son objeto de estudio se encuentran las relativas a su duración, lugar y forma de cumplimiento, seguimiento, control, así como las consecuencias que se derivan de su quebrantamiento.

PALABRAS CLAVE: Penas, localización permanente, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, quebrantamiento de condena.

Fecha de publicación: 25 diciembre 2012

SUMARIO: *I. CUESTIONES PREVIAS. II. SU INCORRECTA DENOMINACIÓN COMO LOCALIZACIÓN PERMANENTE. III. CONCEPTO Y NATURALEZ DE LA PENA. IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN. 1. Contenido. 2. Duración de la localización permanente. 3. Forma de cumplimiento. Continuado, discontinuo o en fines de semana. 4. Lugar de cumplimiento. 5. Seguimiento y control. 6. El quebrantamiento de la pena de localización permanente. V. CONCLUSIÓN.*

I. CUESTIONES PREVIAS

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introduce, destacando en su exposición de motivos su carácter novedoso¹, en el art. 37² del Código Penal la mal denominada pena de localización permanente, que puede presentarse como pena principal, sustitutiva o como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa que tiene un contenido muy diferente del que realmente debería corresponder a dicho término y que analizada en su conjunto, especialmente tras modificación introducida en la materia por la Ley Orgánica 5/2010, de 5 de junio, evoca claramente las ya desaparecidas, al menos del Texto punitivo, penas de arresto domiciliario –art. 85 del Código Penal de 1944/73³- y fin de semana -art. 37 del Código Penal de 1995 según redacción original- que fue, suprimida por la mencionada Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003. Dicha discordancia entre el nombre de la pena y su contenido incide de forma nociva en su exégesis y, sin duda, permite cuestionarnos la actual vigencia que tienen o pueden tener las mencionadas penas de arresto domiciliario y de fin de semana. Materia a la que destinamos este trabajo.

Desde su introducción en el Texto punitivo, la doctrina ha puesto en tela de jui-

¹ Señala la exposición de motivos de dicha Ley que se «suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración –de tres meses en adelante en los delitos-, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta Ley Orgánica» y que la pena de localización permanente es «una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente».

² Dice el art. 37 que: «La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468.

4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo».

³ En línea con MORILLAS CUEVA, estimo que la reforma de 15 de noviembre de 1971, por la que se aprueba el Texto refundido de 1973, Decreto de 14 de septiembre de 1973, más que dar lugar a un nuevo Código Penal, como algunos pretenden, supone una refundición que no evita que pueda seguir denominándose Código Penal de 1944 o a lo sumo Código Penal de 1944/73 como en adelante lo denominaré. En este sentido, vid., Morillas Cueva, L.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, 2ª edic., Madrid, 2010, págs. 173 y 174.

cio su carácter novedoso y ha destacado su clara vinculación con los mencionados arrestos domiciliarios y de fin de semana. Así, MAPELLI CAFFARENA ha señalado que se configura a partir de la fusión del arresto domiciliario y del de fin de semana. Por tanto, resulta más novedosa en su *nomen iuris* que en sus contenidos⁴.

También IGLESIAS RÍO y PÉREZ PARENTE han apuntado al respecto que la mencionada por la exposición de motivos “importante novedad”, es más que cuestionable si tenemos en cuenta los numerosos precedentes e instituciones análogas existentes en nuestro derecho positivo. Hasta el punto de que la mencionada exposición de motivos reconoce, en clara contradicción interna, su vinculación con el arresto domiciliario -introducido por primera vez en nuestra legislación nacional en el art. 80 del CP de 1822 y mantenido con distintas formulaciones en los sucesivos Códigos hasta 1944- al señalar «la nueva pena de localización permanente, que tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario»⁵. En definitiva, concluyen que la pena de localización permanente no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico; más bien se trata de un cambio de nomenclatura de lo que tradicionalmente se conoce como arresto domiciliario⁶.

Ambas valoraciones nos llevan a reconocer, como apunta MORILLAS CUEVA, que del contenido de la localización permanente, se deducen importantes paralelismos con el viejo arresto domiciliario de forma que puede limitarse a integrar el arresto domiciliario o también cabe que se independice de él⁷.

Dicho paralelismo, cobra especial importancia si tenemos en cuenta que, como destacan ÁLVAREZ GARCÍA y QUERALT JIMÉNEZ⁸, el arresto domiciliario se emplea en diversas leyes de nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, se deben citar la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, arts. 9, 10, 13⁹, entre otros, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Pro-

⁴ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, edit. Civitas, Navarra, 2011, pág. 110.

⁵ Señalan, mencionando múltiples ejemplos, IGLESIAS RÍO y PÉREZ PARENTE que «Como es sabido, el arresto domiciliario es una institución conocida desde antiguo, originariamente carente de verdadero carácter punitivo. En el derecho romano se vinculaba a una medida cautelar de aseguramiento de la investigación procesal. En el derecho penal del Antiguo Régimen se aplicaba en caso de indulto de una pena de muerte. En el período codificador decimonónico, cuando el arresto domiciliario se introduce en el catálogo de penas, entre la privativa de libertad, o como forma de ejecución en caso de penas cortas de prisión. En el momento presente, carente a veces de un perfil claramente jurídico penal, se acude con cierta frecuencia a la medida del arresto domiciliario contra disidentes políticos en sistemas totalitarios». Iglesias Río, M.A./Pérez Parente, J.A.: «La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico», www.juridicas.unam.mx, págs. 1072-1073.

⁶ *Ibidem.*, pág. 1074.

⁷ Morillas Cueva, L.: «Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 70.

⁸ Álvarez García, F.J./ Queralt Jiménez, A.: «La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931», *La Ley*, núm. 6174, 24 de enero de 2005, pág. 4.

⁹ Señala el art. 13 de la mencionada ley que «El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el

cesal militar al regular la prisión atenuada, arts. 225 a 229¹⁰, la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva, art. 8.3, que prevé la posibilidad de que el juez, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, acuerde la orden de no ausentarse de un lugar determinado sin su autorización, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, art. 1 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en el núm. 1 de su art. 508, tras la reforma de 24 de octubre de 2003, prevé la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. Destaca el último inciso de dicho precepto en la medida que faculta al juez o tribunal a autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

Por último, en relación con estas notas introductorias, hay que tener en cuenta que esta pena ha sido profundamente modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que, además de posibilitar su cumplimiento en centro penitenciario y el empleo de medios electrónicos que permitan la localización del reo, ha ampliado considerablemente su duración hasta seis meses y su ámbito también a las infracciones menos graves como pena sustitutiva¹¹.

lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo».

¹⁰ Destaca en relación con dicha regulación, el contenido de los arts. 226 y 227 y fundamentalmente la posibilidad, prevista en el último de los preceptos mencionados, de abandonar el domicilio por las personas sobre las que recae la prisión atenuada. Señalan, al efecto, dichos preceptos que:

Artículo 226 «La prisión atenuada se sufrirá:

1. Por los militares profesionales y paisanos, con la vigilancia que se considere necesaria, en sus respectivos domicilios, o de ser preciso, en establecimientos hospitalarios.

2. Por los militares no profesionales, con la vigilancia que se considere necesaria, en las unidades a que pertenezcan, en las que prestarán los servicios que sus Jefes les encomienden, o en establecimiento hospitalario militar si fuese preciso o, excepcionalmente, en su domicilio».

Artículo 227 «El que se encuentre en prisión atenuada, podrá salir del lugar en que la cumpla durante el tiempo necesario para acudir, previa autorización del Juez Togado, a su trabajo habitual, al ejercicio de sus actividades profesionales, o a prestar el servicio que sus Jefes puedan encomendarle, con la obligación de reintegrarse al lugar de internamiento al término de estas actividades.

Igualmente podrá salir, previa la misma autorización, para asistir a sus prácticas religiosas o para recibir asistencia médica, que, siendo necesaria, no pueda serle prestada en el lugar en que estuviere cumpliendo la prisión atenuada, o por cualquier otra causa justificada a juicio del Juez Togado o del Tribunal Militar».

¹¹ En este sentido, afirma la exposición de motivos del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, que establece 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, que «de la pena de localización permanente, pueden destacarse como novedades significativas la ampliación de su límite de cumplimiento, que como pena leve pasa de doce días a tres meses; su expresa previsión como pena menos grave, con duración comprendida entre tres meses y un día hasta los seis meses; la expresa regulación de su cumplimiento excepcional en centro penitenciario en régimen de fin de semana y días festivos, como respuesta apropiada para supuestos de reiteración de infracciones, actualmente limitadas a las faltas de hurto; la novedosa proyección de su ámbito de aplicación al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad; y

II. SU INCORRECTA DENOMINACIÓN COMO LOCALIZACIÓN PERMANENTE

En efecto, tal y como se ha apuntado, lo primero que hay que analizar cuando se estudia esta pena, para poder acercarse a su contenido, es la notoria discordancia existente entre su denominación y contenido. Así, la doctrina ha señalado que la terminología empleada por el legislador en el año 2003, y actualmente mantenida, no es coherente con el contenido pues, como apunta ABEL SOUTO, parece desacertada semejante denominación en la medida en que no nos hallamos ante una vigilancia sistemática y continua o un incremento del control social, no se trata de sustituir el actual sistema de penas fuertes y vigilancia débil por un sistema de penas débiles y vigilancia fuerte, ni se pretende, en modo alguno, reconsiderar el papel de la prisión mediante la conversión de la vigilancia en el eje de un sistema punitivo que generalizaría las técnicas de control y, en todo caso, el contenido de la pena no se corresponde con su propio nombre porque no obliga al reo a estar localizado sino a permanecer en su domicilio u otro lugar determinado¹².

Con buen criterio, apunta este autor que la denominación de esta pena resulta confusa o equívoca, dado que no se configura a modo de control continuado mediante instrumentos tecnológicos que permita simultáneamente al condenado la libertad de desplazamiento especial. Los términos localización permanente sugieren una restricción de la libertad ambulatoria o, más exactamente, un control del ejercicio de dicha libertad. Sin embargo, tal pena es una pura privación de libertad. En realidad, la sanción obliga a permanecer en un determinado lugar¹³.

En este sentido, han aseverado CARBONELL MATEU/GUARDIOLA GARCÍA que lo primero que hay que advertir en relación con esta pena es que su contenido no se corresponde con su nombre. No obliga al reo a estar localizado, sino a permanecer en su domicilio u otro lugar determinado. Nos encontramos ante una nueva modalidad de la antigua pena de arresto domiciliario¹⁴.

También es crítico con la denominación BOLDOVA PASAMAR que señala que la misma lleva a confusión en relación con su naturaleza jurídica porque no se

finalmente la habilitación de manera expresa a la Autoridad Judicial para que pueda acordar la utilización de medios de control mecánicos y electrónicos que permitan la localización del reo».

¹² Abel Souto, M.: *La pena de localización permanente*, edit. Comares, Granada, 2008, págs. 1 y 2.

¹³ Con esta perspectiva, señala ABEL SOUTO que «Seguramente con tal locución, consagrada en noviembre de 2003, la mayoría parlamentaria popular quiso operar una “mixtificación” o engaño semántico, dado que, bajo las vestiduras nuevas de la “localización permanente”, tras esta enmascaradora terminología se encontraba “sibilinamente”, el viejo arresto domiciliario y así, desde el punto de vista material, debería haberse denominado esta pena, pues la Ley orgánica 15/2003, sólo rescata una forma de cumplimiento de la pena de arresto menor, prevista en el antiguo Código penal, a la que añade ciertos detalles. Sin embargo, el “marketing punitivo” popular cambió el nombre de la sanción que nos ocupa para “vender” como nueva una vieja pena». *Ibidem*, págs. 2 y 3.

¹⁴ Carbonell Mateu, J.C./ Guardiola García, J.: «Consideraciones sobre la reforma penal de 2003», <http://www.tirantonline.com/showDocument.do?docid=434210&temas=&materialid=&indexmenu=&topselected=&tema=&itemselected=&accion=&menuitem=>, pág. 4.

corresponde con su contenido, sino con uno de sus efectos. A nadie se le habría ocurrido llamar a la prisión en régimen cerrado localización permanente, aunque sea uno de sus efectos. Por el mismo motivo, la nueva pena pudo denominarse «arresto», bien sea domiciliario, en lugar determinado o no penitenciario, evidenciando así mejor su carácter de pena privativa de libertad¹⁵.

Convergen estas críticas con el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado, en la circular 2/2004, de 22 de diciembre, en la que afirma que «Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido denominarla “arresto en sitio o lugar determinado”, pues la “localización permanente” parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria», lo que viene a avalar el criterio que en el año 2000 mantuvo la Comisión técnica para la reforma del sistema de penas que utilizó con mucho mejor criterio el término arresto domiciliario¹⁶.

En definitiva, como premisa inicial se debe reconocer que estamos ante una pena con un contenido claramente diferente del que le correspondería por su denominación y mucho más cercano al arresto domiciliario o fin de semana por lo que indiscutiblemente se debe adecuar su denominación a su verdadero contenido para facilitar su aplicación e interpretación.

En este sentido, y sin incurrir en este problema terminológico, el Grupo de Estudios de Política Criminal ha defendido dentro del elenco de consecuencias que pueden imponerse por la comisión de una infracción penal la de arresto domiciliario o en centro no penitenciario que en su propuesta se traduce en la obligación del penado de permanecer en su domicilio o en otro lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia. Tal pena tendría una duración de uno a treinta días y podrá llevarse a cabo de forma continuada, en fines de semana, o en días determinados no continuados atendiendo a la clase de infracción y a las circunstancias del sujeto¹⁷.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PENA

A la denunciada incoherencia terminológica apuntada hay que añadir de cara a evaluar la medida en la que la localización permanente se puede vincular a los

¹⁵ Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pag. 111.

¹⁶ En este sentido, han afirmado IGLESIAS RÍO y PÉREZ PARENTE citando a VILLARAMIEL PRESENCIO que ciertamente parece que la Comisión Técnica para la Reforma del Sistema de Penas, creada por Orden del Ministerio de Justicia el 14 de julio de 2001 propuso al legislador la incorporación de la pena de arresto domiciliario como pena leve. Iglesias Río, M.A./ Pérez Parente, J.A.: «La pena...», cit., pág. 1072, nota 2.

¹⁷ Grupo de Estudios de Política Criminal, documento 8, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, edit. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005, págs. 29, 32 y 33.

desaparecidos en el texto punitivo arrestos domiciliario y de fin de semana el concepto de esta pena y su naturaleza.

En este sentido, como apunta DE MARCOS MADRUGA, lo característico de la localización permanente es que se restringe la libertad deambulatoria en la medida que el condenado a ella no puede salir de su domicilio o del lugar fijado por el juez en sentencia o ulterior auto, con lo que conecta así con el antiguo arresto domiciliario¹⁸.

De acuerdo con el art. 35 la localización permanente, y desde esa perspectiva se acerca notoriamente a los mencionados arrestos, debe conceptuarse como una pena privativa de libertad que obliga al penado a permanecer, de forma continua o discontinua, en su domicilio o en lugar determinado¹⁹. Tal definición se ve respaldada tanto por el art. 37 del Código Penal, como por el artículo 2.2 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio²⁰, que establece 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.

Se trata, en cuanto a su naturaleza, de una pena privativa de libertad si bien, como afirma BOLDOVA PASAMAR, su propia denominación parece sugerir que no estamos ante una privación de la libertad ambulatoria, sino ante una restricción de ésta. Sin embargo, consistiendo en un deber de permanencia en un lugar determinado, y en ello puede verse una cierta continuidad con la pena de arresto de fin de semana, es correcta su clasificación como pena privativa de libertad. No obstante, también existen motivos, al hilo de su eficacia en relación con los fines de la pena, para proponer de *lege ferenda* su configuración como pena privativa de derechos²¹.

En cualquier caso, el carácter de pena privativa de libertad de la localización permanente, se ve reforzado si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional,

¹⁸ De Marcos Madruga, F.: *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gómez Tomillo), edit. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, págs. 292 y 293.

¹⁹ Con esta perspectiva y un criterio bastante crítico con la pena y con la modificación introducida en 2010 se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado que tras señalar que «asistimos a la constatación por el legislador de lo que denomina “secular carencia de respuestas alternativas a las penas cortas de prisión”...», añade, ante la elevada ratio de población reclusa por cada 100.000 habitantes para un país con una tasa de delincuencia 20 puntos inferior a la media de la Unión Europea, que «la respuesta no ha pasado por articular de una vez por todas un auténtico sistema de *probation*, sino por la receta de la localización permanente, cuya duración pasa de 12 días a 90 como pena leve, extendiendo sus fronteras con su nueva consideración como pena menos grave (duración máxima de seis meses) y como nueva forma sustitutiva de la pena de prisión, y que se articula como solución económica de reforzada pena comunitaria (una suerte de arresto domiciliario) articulada en el modelo de control telemático y electrónico, sin perjuicio de hacer irrumpir su cumplimiento en los establecimientos penitenciarios, lo que constituye una poco meditada respuesta al fenómeno del pequeño hurto habitual, cuya dimensión cuantitativa y estadística real se ignora por completo hasta la fecha, y que no hace sino reintroducir la pena corta de prisión con otro *nomen iuris*». Fiscalía General del Estado, *Memoria presentada al inicio del año judicial 2011*, Madrid, 2011, pág. 1129.

²⁰ En adelante Real Decreto 840/2011.

²¹ Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado...*, cit., págs. 111 y 116.

ha afirmado que «resulta que el arresto producido es una sanción privativa de libertad que vulnera el derecho a la libertad personal reconocido por el art. 17.1 de la Constitución, al no haberse producido en un caso previsto en la Ley ni de acuerdo con el procedimiento establecido por la misma para la determinación de la posible existencia de un supuesto tipificado como falta grave...» (FJ 2 STC de 5 de marzo de 1985) y que «la sanción de arresto contemplada en el precepto cuestionado no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquélla (entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3, y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9)».

En este sentido, ha reiterado GARCÍA ALBERO el carácter de pena privativa de libertad de la localización permanente al señalar que «Pese al significado literal que asume la expresión “localización permanente” en absoluto conectada con privación, ni siquiera con restricción de la libertad ambulatoria, sino cabalmente con el control del ejercicio de dicha libertad, por cualquier medio, lo cierto es que la pena que analizamos no deja de ser una pura y dura privación de libertad»²².

En definitiva, tanto del concepto como naturaleza, se reafirma la notoria vinculación con los arrestos domiciliarios y de fin de semana hasta el punto de que puede ser presentada como una modalidad híbrida de ambos, claramente alejada de cualquier obligación de estar siempre localizado más propia de la medida de seguridad de libertad vigilada prevista en la letra a) del art. 106 del Texto punitivo.

IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

La inadecuada denominación de la pena y su clara vinculación con los arrestos domiciliarios y fin de semana se proyecta en su exégesis en aspectos esenciales como los vinculados con el contenido, lugar y forma de cumplimiento, seguimiento y control. Materias que integran un elenco de cuestiones esenciales de cara a su aplicación y que van a ser objeto de análisis en este trabajo.

1. Contenido

Un primer aspecto sumamente complejo es el vinculado a su contenido. Así, IGLESIAS RÍO Y PÉREZ PARENTE han defendido que la denominación de localización permanente no obliga a que el condenado tenga que permanecer constantemente y de forma continuada en esos lugares y que con la debida autorización judicial pueden efectuar salidas para procurarse alimentos, asistir a prácticas religiosas, acudir a consultas médicas, participar de terapias u otros programas formativos, así como por cualquier otra causa justificada, entendiéndose por tal, aquella que sea justa y razonable en términos de valoración ética y social y que la duración

²² García Albero, R.: *Comentarios al Código Penal*, T. I, Parte General, edit. Aranzadi, 5ª edic., Pamplona, 2008, pág. 456.

temporal de estas salidas no debe descontarse, sino que se deben computar y abonar para el cumplimiento de la pena²³.

Dicha interpretación, a mi juicio, puede ser contraria al contenido del art. 37 del Código Penal, que señala que los condenados a localización permanente están obligados a permanecer en su domicilio o en lugar determinado. Por lo que en este trabajo se mantiene, en línea con el precepto, que durante su ejecución no se podrá abandonar el mencionado lugar, sin que sea posible que el juez autorice tales salidas, ya que dicha exégesis privaría de sentido la previsión expresa de que el juez pueda acordar su cumplimiento de forma continua y discontinua, pues si puede alterar el régimen de cumplimiento aunque ello no está previsto, para qué prever la posibilidad de cumplimiento continuo o discontinuo.

En cualquier caso, y de cara obtener una mayor eficacia de esta pena, configurada realmente como un arresto y no como una localización permanente, hay que rechazar pronunciamientos como la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 26 septiembre de 2011 (JUR 2011\366327), que no consideró que se cometa un delito de quebrantamiento de condena cuando cumpliendo la pena de localización permanente se abandona el domicilio por un corto período de tiempo para realizar una llamada telefónica al objeto de dar un pésame. Señala dicha sentencia en el fundamento de derecho segundo que «Tras el análisis del resultado del acervo probatorio desplegado en el acto de juicio oral, la Sala no comparte la inferencia que realiza el Juzgador "a quo" a partir del resultado de la actividad probatoria desplegada en el acto de juicio oral y alcanza una conclusión distinta a la expresada en la fundamentación jurídica de la resolución que se combate en esta alzada.

El delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 del Código Penal es esencialmente intencional, pues exige que siendo conocida por el sujeto la condena impuesta y la obligación de cumplirla, éste adopte, no obstante, una conducta o decisión a sabiendas de que con ello quebranta la correspondiente decisión judicial y, por tanto, sólo comprende su comisión dolosa, por lo que ha de acreditarse fehacientemente esa voluntad intencional de incumplir la condena impuesta, frustrando de esa forma su efectividad.

Dicho elemento subjetivo del injusto resulta uno de los esenciales del tipo que nos ocupa, sobre el que ha de recaer prueba de cargo susceptible de enervar el principio de presunción de inocencia, de modo que, no quedando acreditada la voluntad del sujeto de incumplir la condena, queda excluida la posibilidad de subsumir el hecho en el referido ilícito penal.

Y así acontece en el presente supuesto, pues resulta acreditado, por un lado, el cumplimiento completo de la condena los cuatro días de localización permanente

²³ Iglesias Río, M.A./ Pérez Parente, J.A.: «La pena...», cit., pág. 1075.

impuestos en la sentencia, como resulta de la documental admitida como prueba, concretamente del control de localización permanente obrante al folio 44 de las actuaciones, en el que, a mayor abundamiento, se cumplimenta por la Policía Local con resultado "Positivo" el control del turno de tarde del día 19 de Abril de 2008, haciendo constar únicamente como "incidencia" que (sic) "de 16,02 a 16,12 ha sortit de casa per trucar x telefon es fa minuta policial"; y de la Minuta policial obrante al folio 49, en la que se refleja con mayor detalle dicha incidencia, haciendo constar los agentes, tal como se fija en el relato de Hechos Probados modificado en esta alzada, que observan a Doña. Bibiana dirigiéndose a las 16,02 horas por la vía pública, en dirección a la C/. Ángel Guimerà con la Avda. Soler, y al ser interceptada ésta les facilita el N.I.E y les manifiesta que ha salido un momento para llamar por teléfono y poder dar el pésame por la muerte de un tío suyo en Senegal, del mismo modo que observan cómo la acusada realiza la llamada a las 16,05 horas desde una cabina telefónica sita en aquel lugar y cómo regresa a su domicilio a las 16,12 horas.

Difícilmente puede extraerse de la conducta descrita la voluntad de incumplimiento requerida por el delito de quebrantamiento, pues si bien es cierto que la acusada fue notificada y requerida para el cumplimiento de la condena, eligiendo ella misma los días en que debía hacerse efectiva, no lo es menos que cumplió todos los días, erigiéndose como mera incidencia, carente de la suficiente significación dado el resto de circunstancias en el que se ejecutó cumplidamente la pena, el hecho de haberse ausentado de su domicilio escasamente 10 minutos para realizar una llamada telefónica para el fin, plausible, de dar el pésame por el fallecimiento de un familiar.

Por todo ello, procede la estimación del recurso de apelación y la consiguiente revocación de la sentencia de instancia, cuyo pronunciamiento condenatorio debe quedar sin efecto, absolviendo a Doña. Bibiana del delito por el que ha venido siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables».

Sin duda la loable aspiración de reducir el empleo de la pena de prisión utilizando otras consecuencias jurídicas choca frontalmente con exégesis de esta naturaleza que privan a la pena de localización permanente de un mínimo carácter intimidatorio y de suyo de eficacia. Para evitar dicha situación sería recomendable que la normativa de desarrollo de esta pena obligue a que el condenado que va a iniciar su cumplimiento conozca sobradamente todas las obligaciones que conlleva y, obviamente, que no puede abandonar el domicilio o lugar de cumplimiento. Esta propuesta de *lege ferenda* adquiera más importancia en la situación actual en la que es perfectamente posible que la persona condenada a la misma confunda su contenido por la denunciada discordancia entre su denominación y contenido.

2. Duración de la localización permanente

Otro de los aspectos que resulta complejo como consecuencia, entre otros motivos, de su errónea denominación, es el relativo a su duración, pues esta, de acuerdo con lo establecido en el art. 37 puede estar comprendida entre un día y seis meses. Dicho tope máximo de seis meses es manifiestamente excesivo para un arresto, aunque no lo sería tanto para un control continuado como el apuntado en su denominación.

Así, como ha apuntado MAPELLI CAFFARENA, seis meses encerrado en el domicilio resulta insoportable para el condenado y para el resto de los que, eventualmente, puedan vivir en la misma casa²⁴, como igualmente desmedida sería una pena de seis meses de localización permanente cumplida en sábado, domingos y días festivos –más de dos años- en un centro penitenciario. En consecuencia, una vez más se impone una modificación legislativa, optando, o bien por una reducción del tope máximo al configurarla realmente como un arresto o una modificación de su contenido, para adecuándola a su nombre, poder mantener unos marcos temporales mayores que por su menor contenido aflictivo posibilitarían, sin desbordar los límites propios del Derecho penal, una mayor duración.

3. Forma de cumplimiento. Continuo, discontinuo o en fines de semana

Hasta ahora hemos analizado un conjunto de aspectos que ponen de manifiesto, principalmente, la evidente vinculación de la localización permanente con el arresto domiciliario. Desde otra perspectiva, la relativa a la forma de cumplimiento, encontramos elementos que nos acercan claramente al derogado arresto de fin de semana. Así, su ejecución se configura de forma muy flexible, posibilitándose, por imperativo del núm. 2 del art. 37, si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, que el juez o tribunal sentenciador pueda acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada, lo que posibilita con buen criterio adaptar la pena a la situación personal, social y laboral del condenado.

Tal previsión de cumplimiento aprovecha, como destaca BOLDOVA PASAMAR, parte de las ventajas que se le podrían asignar al arresto de fin de semana, sin renunciar a que la regla general sea que la localización permanente se ejecute de forma ininterrumpida²⁵.

En este sentido, destaca MAPELLI CAFFARENA que el modelo más común de ejecución de la localización permanente es el que se lleva de forma ininterrumpida obligando al condenado a permanecer durante las veinticuatro horas del día recluido. Sin embargo, en el supuesto de cumplimiento no continuado, los períodos

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado...*, cit., pág. 111.

resultantes no tienen que ser regulares, ni tampoco las fracciones de tiempo recluido tienen que ser como mínimo de veinticuatro horas²⁶. No es, a su juicio, de aplicación el criterio establecido en el art. 70.2, según el cual la unidad de tiempo día es indivisible ya que el mismo sólo tiene validez a los efectos de las reglas de determinación²⁷.

Sin duda, dado que estamos ante un arresto, podría ser sumamente atractiva una modificación del criterio general, con excepciones, de cumplimiento normalmente ininterrumpido, por otro que invierta dicha preferencia generalizando, también con excepciones, su cumplimiento durante fines de semana puesto que, como apunta ABEL SOUTO, la ejecución lineal desaprovecha las ventajas del antiguo arresto de fin de semana y puede suponer una respuesta desproporcionada en la medida que es posible que implique la pérdida del puesto de trabajo. No entendemos, como destaca el autor mencionado, el sistema adoptado porque el legislador presume que el delincuente carece de obligaciones personales o laborales, con lo que no le privará de sus momentos preciados de ocio sino del tiempo de trabajo²⁸, lo que no parece excesivamente acorde con la realidad. En definitiva, nos encontramos nuevamente ante una cuestión que debe ser valorada y concretada esclareciendo su contenido y adecuándolo a su denominación, dado que si bien no existen especiales razones para proponer el cumplimiento fraccionado de un control continuo de la persona, si que las hay cuando se trata de una privación de libertad en el domicilio u otro lugar. Son aspectos básicos, pero claramente anudados al esclarecimiento del contenido.

4. Lugar de cumplimiento

La concreción del lugar de cumplimiento pone claramente de manifiesto la verdadera naturaleza de esta pena como arresto, pues carecería de sentido determinar un lugar específico a efectos de estar permanentemente localizado. Así, de acuerdo con la redacción legal, introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, su «cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado». De dicha redacción se debe inferir que la primera opción es el cumplimiento en el domicilio del condenado y que, no obstante, dada la complejidad que conlleva su concreción puede determinarse el lugar de cumplimiento por auto en un momento posterior a la sentencia. En esta línea, se puede afirmar que la voluntad del legislador es dar preferencia al confinamiento en el propio domicilio. Así, señala DE MARCOS MADRUGA que la regla general es el cumplimiento domiciliario, si bien caben

²⁶ En sentido contrario, señala ABEL SOUTO que siempre debe respetarse una unidad mínima de 24 horas, la unidad penológica diaria, tanto debido a la literalidad de la norma, pues el legislador ha optado por un encierro durante días completos al cifrar la magnitud de la localización permanente en días, como para evitar vulneraciones de la proporcionalidad penal. Abel Souto, M.: *La pena...*, cit., pág. 90.

²⁷ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias...*, cit., pág. 113.

²⁸ Abel Souto, M.: *La pena...*, cit., pág. 89.

otras posibilidades mencionando, a título de ejemplo, una residencia universitaria para un estudiante que vive en la misma durante el curso²⁹.

Por domicilio, según MAPELLI CAFFARENA, se debe entender la morada en sentido estricto, como espacio en el que se desarrollan las actividades propias de la vida íntima, como también sus dependencias –patios, jardines, terrazas, garajes, etc-³⁰. Desde otra perspectiva, algo más flexible, señala GARCÍA ALBERO que por domicilio habrá de entender la morada donde reside material y habitualmente el penado, conforme a un criterio sustantivo y no meramente formal (domicilio civil, fiscal, etc)³¹.

En la doctrina se han sucedido las definiciones de domicilio a estos efectos e incluso se ha llegado a acudir al concepto de domicilio a efectos del delito de allanamiento de morada, lo que no es adecuado en relación con una pena que, como dice ABEL SOUTO, no pretende tutelar la intimidad, sino de «garantizar el cumplimiento de una pena»³². Con esta premisa, este autor ha rechazado, de cara a facilitar el control del cumplimiento de la pena dentro del mencionado domicilio lugares en los que pueda vivir una persona pero que no sean edificaciones cerradas e inmovibles como podrían ser las autocaravanas, departamentos de coches cama o trenes, cuevas o tiendas de campaña y, desde luego, los lugares que carecen de condiciones de habitabilidad, como podría ser una chabola³³.

Las posiciones expuestas destacan la dificultad que conlleva la concreción del concepto domicilio a efectos de la localización permanente. No obstante, a mi juicio, dicha cuestión se puede resolver de forma relativamente sencilla. En efecto, en primer lugar hay que utilizar un concepto lo más flexible posible en línea con la amplitud del Texto punitivo que en el art. 37 alude a «o en lugar determinado», pues carece de sentido restringir el domicilio a un lugar donde se habita de forma habitual o a una morada en sentido estricto para después permitir la determinación de otro lugar. Además, hay que tener en cuenta que por muy poco inamovible que pueda resultar un lugar, ello no impide un control eficaz del cumplimiento de la pena, pues tan posible es abandonar una caravana como un piso o una mansión y controlar la permanencia en la misma al margen de tal característica. No obstante, en ningún caso sería admisible la concreción de un lugar que carezca de condiciones de habitabilidad mínima, pues ello podría dar lugar a una pena inhumana y degradante contraria al art. 15 de la Constitución. Por el contrario, no nos parecen oportunas las restricciones que ABEL SOUTO ha intentado introducir, al destacar el carácter habitual del domicilio para impedir que el penado fije su domicilio únicamente a efectos de cumplimiento de la localización permanente en una man-

²⁹ De Marcos Madruga, F.: *Comentarios...*, cit., pág. 293.

³⁰ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas*, cit., pág. 111.

³¹ García Albero, R.: *Comentarios...*, cit., pág. 457.

³² En este sentido, vid., Abel Souto, M.: *La pena...*, cit., págs. 94 y 95.

³³ *Ibidem*, págs. 96 y 97.

sión con grandes espacios, personal a su disposición, múltiples servicios, zonas recreativas, etc., puesto que el contenido de la pena no está vinculado a las características del lugar de cumplimiento, sino a la imposibilidad de abandonarlo³⁴.

Es precisamente la apuntada complejidad de fijar el lugar de cumplimiento la que ha provocado, como destaca MAPELLI CAFFARENA, que el texto punitivo haya previsto tras la reforma de 2010 que el mismo pueda fijarse por un auto motivado en un momento posterior a la sentencia³⁵. No obstante, en el supuesto de que se opte por un centro penitenciario como lugar de cumplimiento, solo será posible, como afirma DE MARCOS MADRUGADA, si así se ha acordado en la sentencia, no en ulterior auto³⁶.

En relación con el mencionado otro lugar, en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el párrafo segundo del núm. 1 del art. 37 se debería acudir a un centro penitenciario, pues ello podría dar lugar a la desaparición de uno de sus aspectos más destacados evitar peligros de contagios criminales, lo que nos lleva también a rechazar centros de detención o depósitos municipales³⁷. Así, por «lugar determinado» se debería entender, en línea con GARCÍA ALBERO, un lugar cerrado, un equivalente funcional en definitiva al domicilio del penado, esto es, un ámbito espacial donde permanecer lo que podría dar cabida a albergues, residencias o centros socio-sanitarios³⁸. Sin duda, sería recomendable desarrollar de *lege ferenda* esta posibilidad fijando la posibilidad de conceder algún tipo de ayuda o beca para posibilitar que el condenado pueda, en caso de carecer de recursos propios, fijar un lugar de cumplimiento adecuado y en el que pudiera estar como en su domicilio, lo contrario podría generar situaciones injustas y desiguales.

En la concreción del domicilio o lugar de cumplimiento también hay que tener en cuenta, de acuerdo con el art. 620 del Texto punitivo, que en el caso de la falta de amenazas en la que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, dicho lugar, en todo caso, ha de ser distinto y alejado del domicilio de la víctima y que en similar sentido se pronuncia el art. 88.1, para el supuesto de que el

³⁴ *Ibidem*, pág. 97.

³⁵ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias*, cit., pág. 111.

³⁶ De Marcos Madruga, F.: *Comentarios...*, cit., pág. 293. En el mismo sentido, Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias...*, cit., pág. 111.

³⁷ En este sentido, afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 que «Debe, pues, interpretarse esa difusa cláusula de lugar determinado fijado por el juez en sentencia. Se puede plantear si cabe que el Juez acuerde que la pena se cumpla en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal. Los Sres. Fiscales rechazarán tal opción, pues la misma desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral (en este sentido se admite incluso la ejecución fraccionada o discontinua). La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 avala esta interpretación al referir que con esta nueva pena se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios.

Por la misma razón debiera excluirse el cumplimiento en depósito municipal de detenidos». Circular núm. 2/2004, de 22 de diciembre de 2004.

³⁸ García Albero, R.: *Comentarios...*, cit., pág. 457.

reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, en cuyo caso el lugar de cumplimiento deberá ser distinto y separado del domicilio de la víctima. Surge en relación con esta hipótesis una nueva discordancia interna del Texto punitivo, pues, como apuntó GARCÍA ALBERO, el art. 620 alude a «domicilio diferente y alejado del de la víctima», frente a la locución «lugar determinado», del art. 37³⁹ y el art. 88, tras la reforma de 2010, a «lugar distinto y separado del domicilio de la víctima», lo que nos sitúa en una suerte de trilogía espacial carente de una mínima coherencia sistemática interna.

En esta línea, también hay que destacar que la reforma de 2010 no ha abordado como venimos manteniendo, un conjunto de aspectos, sin duda de interés de cara a su mejor aplicación. Así, queda la duda de si el juez puede o no establecer que se cumpla indistintamente e itinerantemente tanto en el domicilio del penado como en su lugar de trabajo u otro sitio distinto, de forma que no impida a este seguir realizando su actividad laboral o social⁴⁰, aunque meros criterios lógicos nos llevan a descartar tal posibilidad, puesto que el núm. 2 del art. 37 permite que el juez acuerde, a solicitud del reo y cuando las circunstancias lo aconsejen, oído el ministerio fiscal que la condena se cumpla durante los sábados y domingos de forma no continuada, con lo que se podría inferir que el lugar de cumplimiento siempre va a ser el mismo. En este sentido, no se deben obviar las complejidades que pueden surgir en supuestos tan actuales como un desahucio.

En cuanto a la posibilidad de cumplimiento en prisión, hay que señalar que el segundo párrafo del núm. 1 del art. 37 establece la posibilidad de que el Juez pueda acudir, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, al cumplimiento en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado durante los sábados, domingos y días festivos, lo que acerca notoriamente, desde esta perspectiva, esta pena a la de arresto de fin de semana.

Esta posibilidad, expresamente contemplada en el Texto punitivo tras la reforma de 2010, ya existía con anterioridad, pues el centro penitenciario se admitía no con especial fortuna en el marco del «lugar determinado fijado por el juez en sentencia». Tal interpretación, se veía respaldada por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y por la Instrucción 13/2005 de la Dirección General de Instituciones

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado...*, cit., pág. 112.

Penitenciarias, de 29 de julio, que regulando los aspectos más destacables de su ejecución complementa el mencionado Real Decreto.

En cualquier caso, y al margen del único supuesto expresamente previsto en el párrafo segundo del núm. 1 del art. 37, no se debe optar por acudir al cumplimiento en centro penitenciario en aquellos casos en los que el reo no tenga ni domicilio ni otra alternativa, pues como apuntó el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de marzo de 2003, con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario. Sin duda, como ya hemos apuntados es necesaria una previsión específica al respecto.

Solamente está prevista la localización permanente como pena principal y expresamente recogida la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario en la falta de hurto del art. 623.1⁴¹. Dicha regulación, como señala MAPELLI CAFFARENA, es incomprensible por desproporcionada al prever tal agravación de la localización permanente por el lugar de cumplimiento sólo para una falta contra la propiedad y no para las faltas contra las personas y, por encima de cualquier otra consideración, por lo inaceptable que resulta un criterio de política criminal que permita que las faltas puedan castigarse con una pena de prisión de corta duración encubierta⁴².

En cuanto a la aplicación de esta variable, como destacan BLAY GIL/ CID MOLINÉ/ ESCOBAR MARULANDA/ LARRAURI PIJOAN Y VARONA GÓMEZ, la consideración de la «reiteración» delictiva quiere, aunque ello a mi juicio es sin duda discutible, ampliarse más allá de los supuestos de faltas cometidas pero todavía no juzgadas, para alcanzar así también aquellas en las que ya recayó condena, con lo que a su juicio, el legislador en este punto sigue el precedente de la regulación del delito de violencia doméstica habitual, con lo que se podría diferenciar esta nueva posibilidad prevista en el art. 623.1 del ya existente delito del art. 234 basado también en la comisión repetida de faltas de hurto, aunque también habría otra diferencia en el importe total de las mismas que en el caso

⁴¹ En este sentido, afirma el fundamento de derecho primero de la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2012\194501) de 17 de abril de 2012 que «(...) lo cierto es que el cumplimiento de dicha pena en un Centro Penitenciario tan solo está previsto para los casos los casos en los que el sujeto haya perpetrado reiteradamente la misma falta de hurto (art. 623 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)), circunstancia que en el presente caso no ha quedado acreditada, sin que la sentencia haga referencia alguna a la supuesta reiteración delictiva Don. Agustín.

En el mismo sentido, el artículo 37 del Código Penal establece claramente que la localización permanente obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado y solo en los casos en los que habiendo sido prevista dicha pena como principal y atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción, el Juez puede acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

Por todo lo expuesto, no habiendo sido declarada probada la reiteración delictiva Don. Agustín, es procedente estimar el recurso de apelación interpuesto, debiendo cumplir la pena de localización permanente en su domicilio».

⁴² Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias...*, cit., pág. 112.

del mencionado art. 234 debe superar los 400 euros, sin que tal exigencia esté prevista en el art. 623.1⁴³.

En relación con el cumplimiento en prisión, también podría ser problemático el supuesto destacado por DE MARCOS MADRUGA de concurrencia de la pena de localización permanente con otras penas de prisión. A su juicio, es obvio que en estas situaciones la justificación del no cumplimiento penitenciario decae, pues ya no cabe hablar de la finalidad no desocializadora o no estigmatizante de la pena de localización permanente⁴⁴.

La importancia de esta cuestión, ha sido destacada por la Fiscalía General de Estado que en la Consulta 2/2004 afirmó que «cuando se imponga la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad en Centros Penitenciarios pueden generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión. La opción de la refundición de condenas incluyendo la pena de localización permanente puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa. No obstante, la valoración de los efectos de una eventual refundición no puede hacerse en abstracto, dependiendo de las circunstancias de cada caso e incluso de la propia valoración del interno.

Por ello los Sres. Fiscales dictaminarán en cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado».

Sin duda sería muy conveniente de *lege ferenda* una regulación más detallada de este particular. A mi juicio, optar por la refundición en general no es una alternativa adecuada, puesto que el supuesto de cumplimiento de la pena localización permanente en centro penitenciario debe ceñirse al único caso expresamente previsto, el del art. 623.1, y por ello, sólo en dicho supuestos se puede plantear una refundición como la mencionada.

El conjunto de problemas mencionados reafirma el criterio en el que se inspira este trabajo al presentar la pena de localización permanente como una variable híbrida de los arrestos domiciliarios y fin de semana que, aunque sea de forma enmascarada siguen en alguna medida vigentes en el texto punitivo a través de una pena que se separa tanto de ellos en su denominación como se acerca en su contenido.

⁴³ Blay Gil, E./ Cid Moline, J./ Escobar Marulanda, G./ Larrauri Pijoan, E./ Varona Gómez, D.: «Es sistema de penas y su ejecución», *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, edit. La Ley, Madrid, 2011, pág. 137.

⁴⁴ De Marcos Madruga, F.: *Comentarios...*, cit., pág. 293.

5. Seguimiento y control

Las cuestiones relativas a su seguimiento y control también son más propias de un arresto que de un control o localización permanente de la persona condenada. Es indiscutible, que salvo en el supuesto de cumplimiento en centro penitenciario, el control del cumplimiento de esta pena puede plantear innumerables problemas. Dicho control se puede realizar, dada su verdadera naturaleza, de diversas formas, entre las que no se puede excluir que se lleve a cabo por métodos más tradicionales como la presencia de agentes de la autoridad en el lugar de cumplimiento, aunque en general se ha apostado por medios mecánicos y telemáticos, dado que, como ha apuntado MAPELLI CAFFARENA, el elevado costo del mismo cuando su ejecución la tienen que asumir las fuerzas de seguridad hace recomendable que se priorice el control telemático⁴⁵.

En este sentido, la Ley Orgánica 5/2010, afirma en su exposición de motivos que esta pena se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología y con esta perspectiva, IGLESIAS RÍO y PÉREZ PARENTE han defendido la utilidad de los aparatos electrónicos de control para la pena de localización permanente llegando hasta el punto de vincularlos con su propia eficacia⁴⁶.

Inicialmente, y al margen de lo previsto en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que introduce como novedad importante, dentro del capítulo regulador del régimen abierto, la posibilidad de implantar un control electrónico o, alternativamente, medios de control presenciales, para internos clasificados en tercer grado, dicha cuestión es abordada en relación con la pena de localización permanente por el derogado Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad⁴⁷, que en su artículo 13 letra e) aludía, al regular el plan de ejecución, a la «indicación de los medios de control de penas telemáticos o de otra naturaleza» y que en el art. 14 afirmaba que: «1. En el caso de que se establezca el control por medios telemáticos que requieran de instalación en el domicilio del penado o en el lugar que se designe, se solicitará la conformidad de sus titulares.

2. En el caso de que la conformidad a que se refiere el apartado anterior no fuera prestada, los servicios sociales penitenciarios lo comunicarán de inmediato al juez o tribunal sentenciador, elevarán la propuesta de modificación del plan de ejecución y señalarán otro medio de control, para su aprobación.

3. Una vez instalado el sistema de control, se procederá al seguimiento del cum-

⁴⁵ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias*, cit., pág. 113.

⁴⁶ Iglesias Río, M.A./Pérez Parente, J.A.: «La pena de localización permanente...», cit., pág. 1071.

⁴⁷ En adelante Real Decreto 515/2005.

plimiento de la pena y se comunicará al juez o tribunal sentenciador cualquier circunstancia que implique el incumplimiento de la pena».

La reforma de 22 de junio de 2010 introduce en el núm. 4 del art. 37 dicha posibilidad al establecer que «para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo».

No obstante, dicha normativa, teniendo en cuenta, además, la derogación del mencionado Real Decreto 515/2005, se antoja insuficiente, pues, como ha afirmado el Grupo de Estudios de Política Criminal, para la ejecución de esta pena ya no resulta viable, como punto de partida, el contenido que el art. 37 da a la misma, por tanto, debe llamarse la atención, una vez más, sobre la necesidad de regular todas las formas de vigilancia electrónica a través de una Ley Orgánica y adecuarlas a la función que cumplen en el sistema de sanciones⁴⁸.

Dicho criterio que se antoja incuestionable, también ha sido defendido, con anterioridad a la introducción en el Texto punitivo del núm. 4 del art. 37, por IGLESIAS RÍO y PÉREZ PARENTE que afirman que son numerosos los aspectos que necesitan reflexión y que, en primer lugar, resulta imprescindible un pormenorizado desarrollo legislativo que determine con taxatividad la regulación de la vigilancia electrónica en el ámbito penal y que dado que el empleo de estos sofisticados mecanismos de control supone una actuación sobre el cuerpo del afectado, con capacidad pues para interferir en determinados derechos fundamentales, se exige inexcusablemente que la normativa tenga el rango de ley orgánica, pues la sola mención legal o una regulación escasa no conducirían más que a reproches de inconstitucionalidad⁴⁹.

En cualquier caso, en línea con lo ya apuntado, hay que insistir en la necesidad de una más intensa regulación de esta forma de control del cumplimiento de la pena de localización permanente, pues aunque la introducción en el núm. 4 del art. 37 viene a respaldar y fundamentar jurídicamente la utilización de los medios mecánicos o electrónicos para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, con ello no se subsanan o resuelven todas las carencias normativas que han sido apuntadas, pues no podemos olvidar que la derogación del Real Decreto 515/2005, sin que se haya previsto nada sobre el tema en el actualmente vigente Real Decreto 840/2011, elimina la exigua normativa que podría existir con anterioridad. No obstante, mientras no se eviten estas carencias normativas podrá, como apunta la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, y aunque ello no sea totalmente eficaz, utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domici-

⁴⁸ Grupo de Estudios de Política Criminal, documento 12, *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, edit. Grupo de Estudios de Política Criminal y Tirant lo Blanch, Málaga, 2012, págs. 42 y 43.

⁴⁹ Iglesias Río, M.A./Pérez Parente, J.A.: «La pena de localización permanente...», cit., pág. 1106.

lio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.

Dicha opción, como se ha apuntado, puede arrojar importantes márgenes de duda. Así, la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de noviembre de 2011 (JUR 2011\426714) que condena por quebrantamiento de una pena de localización permanente, deja abierto un importante conjunto de interrogantes al valorar si realmente se ausentó o no el condenado de su domicilio. Así, afirma en el fundamento de derecho primero que: «la Juez a quo basa la condena del acusado en la declaración de los agentes de Policía (en quienes no consta ni se alega causa alguna de incredibilidad subjetiva) que acudieron al domicilio de aquél a comprobar el cumplimiento de la pena de localización permanente. Refieren dichos agente que el día de autos llamaron al telefonillo y nadie contestó, que el modo de control en todas las ocasiones fue igual, llamando al telefonillo abriéndoles la puerta en las demás ocasiones...que el mencionado telefonillo funcionaba...que esperaron un tiempo prudencial sin que nadie contestara..etc; pues bien, a la vista de dicha declaración de los agentes de Policía, y habida cuenta que la Juez a quo descarta que hubiese un problema con el telefonillo pues el propio acusado admitió el correcto funcionamiento del mismo, en modo alguno podemos admitir que la conclusión a que llega el Juez a quo, no obedezca a criterios de racionalidad y lógica.

Cierto es que como refiere la apelante **que los agentes de policía no pueden asegurar si había o no alguien en la casa**, pues evidentemente ello solo podría averiguarse entrando en la misma; ahora bien el juicio de inferencia que se efectúa a partir de los hechos que concretan los policías y teniendo en cuenta que no consta problema alguno en el timbre, y que en todas las otras ocasiones en que acudió la policía a casa y llamó al timbre, salieron a abrir la puerta, no puede ser otro que el que llega la Juez a quo.

Por otra parte **la alegación del acusado relativa a que no oyó el timbre dada la especial configuración de la vivienda**, mal se compadece con el hecho de que en las anteriores ocasiones abriese la puerta cuando tocaron al timbre los policías, estimándose correcta la conclusión realizada por la Juez a quo, en cuanto a la falta de credibilidad de la alegación del acusado relativa a que se había tomado dos pastillas de lexatin para facilitar el sueño, visto que se encontraba a tratamiento con dicho fármaco desde hacia año y medio, sin que dicho tratamiento le impidiera atender la llamada de la policía en otras ocasiones, y es que además, no podemos pasar por alto la temprana hora en que se llevó a cabo la vigilancia (22.40, del 15 de septiembre), en que prácticamente es aún de día, no encontrándonos pues en la franja horaria normal y usualmente dedicada al descanso.

En fin, es lógico y forma parte del derecho de defensa del acusado, que mantenga otra versión de los hechos, pero ello no supone el error probatorio que denuncia.

En definitiva pues, no se aprecia error valorativo alguno ni que las conclusiones a las que ha llegado el Juez a quo, sean incongruentes, erróneas o contradictorias, sin que por tanto pueda ser sustituido su criterio ponderado y neutral por el subjetivo de la parte, que trata de hacer valer en el recurso, por lo que procede desestimar éste».

Sorprende, cuanto menos, que en el siglo XXI la comprobación del cumplimiento de una pena esté supeditado al posible funcionamiento de un portero automático o a la posibilidad de oírlo o no. Es obvio que hay mecanismos tecnológicos que garantizaría tal cumplimiento con un mayor margen de seguridad. En cualquier caso, y una vez más, emergen las dificultades propias de su errónea denominación. La configuración de unas técnicas u otras de control y seguimiento, están vinculadas al contenido. No es igual, y no se controla de la misma forma, la localización permanentemente de una persona que su arresto o reclusión en un lugar determinado. Una vez más, se impone recordar que estamos ante una especie de arresto domiciliario o de fin de semana que se debe controlar de acuerdo con su contenido y no pensando en otro tipo de consecuencia, como podría ser la prevista como libertad vigilada en la letra a) del núm. 1 del art. 106⁵⁰.

6. El quebrantamiento de la pena de localización permanente

Al igual que en lo ya analizado, también en el ámbito del quebrantamiento se proyecta de forma notoria la discordancia existente entre el contenido y la denominación de la pena. Pues, evidentemente, no es lo mismo incumplir un arresto que una localización permanente. En esta materia, el art. 37.3 se limita a establecer que si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468.

Inicialmente, no se puede más que censurar la remisión al art. 468, que, como destacan CARBONELL MATEU/GUARDIOLA GARCÍA, pone de manifiesto: «la poca fe del legislador en la nueva creatura que se siente obligado a recordar esto», sin duda es **superflua e innecesaria**, pues aunque el legislador lo olvide, la vigencia del delito de quebrantamiento de condena no está supeditada a ningún condicionante de tal naturaleza⁵¹.

Contrasta tan superflua e innecesaria referencia al delito de quebrantamiento de condena con la ausencia de regla alguna sobre su ejecución tras un quebrantamiento. Así, como apunta MAPELLI CAFFARENA, el quebrantamiento obliga a una nueva liquidación de condena con nuevos términos o calendarios y a reanudar la

⁵⁰ En relación con la libertad vigilada, vid., Torres Rosell, N.: «Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-06.pdf>

⁵¹ Carbonell Mateu, J.C./ Guardiola García, J.: «Consideraciones...», cit., pág. 4.

ejecución⁵². Sin duda, hubiera sido conveniente disponer de una regulación más exhaustiva sobre cómo actuar en estos casos, en línea con lo que se preveía para el arresto de fin de semana al establecer el antiguo núm. 3 del art. 37 que: «si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente»⁵³.

Por lo demás, tratándose de una pena privativa de libertad, en caso de quebrantamiento la pena aplicable debería ser la de prisión de seis meses a un año prevista en el núm. 1 del art. 468. No parece compatible con el texto legal la opción defendida por la jurisprudencia⁵⁴ y la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 3/1999, que afirma que es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia. Dicha solución, como apunta MAPELLI CAFFARENA no se compadece con el texto legal⁵⁵, ni con el sentido que en la actualidad debe tener el delito de quebrantamiento de condena⁵⁶ y, sin duda, genera una importante pérdida de eficacia de la pena, que exigiría una reforma legislativa para despejar cualquier tipo de duda al respecto y, en consecuencia, reforzar su eficacia.

Es fácil entender que el criterio jurisprudencial está influenciado más por la denominación que por el contenido de la pena. Si estamos ante una persona arrestada, su quebrantamiento debe ser sancionado como el de una privación de libertad, con prisión de seis meses a un año y si estamos ante una mera localización permanente, como control continuado de la persona, el quebrantamiento deberá reconducirse a los otros casos, el de aquellos no privados de libertad. Sucede que aquí realmente estamos ante una privación de libertad vía arresto domiciliario o de fin de semana que se denomina de forma errónea y es esta la causa que puede estar tras tan incompatible con el texto legal exégesis jurisprudencial.

En cualquier caso, no se puede obviar que el tratamiento del quebrantamiento de la localización permanente difiere cuando se trata de una pena principal o sustituti-

⁵² Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias...*, cit., pág. 114. En el mismo sentido, Cardenal Montraveta, S.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (Directores: Corcoy Bidasolo y Mir Puig), edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág.147. Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2004, de 22 de diciembre.

⁵³ En este sentido, vid., Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado...*, cit., pág. 117.

⁵⁴ En este sentido, vid., Secc. 4ª AP de Pontevedra de 24 de enero de 2012 (JUR 2012\43018), Secc. 5ª AP de Pontevedra de 16 de noviembre de 2011 (JUR 2011\426714) y Secc. 2ª AP de Tarragona de 26 de septiembre de 2011.

⁵⁵ Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias...*, cit., pág. 114. En el mismo sentido, Boldova Pasamar, M.A.: *Tratado...*, cit., pág. 117.

⁵⁶ En este sentido, vid., Suárez López, J. Mª.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, edit. Comares, Granada, 2000, págs. 526 y 527. González Rus, J.J.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Dir. Morillas Cueva), edit. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1056.

va. Así, en el supuesto de imposición de la pena de localización permanente por vía del art. 88 –como pena sustitutiva– habrá que acudir a la regla prevista en el núm. 2 del art. 88 que señala que «en el supuesto de incumplimiento de todo o parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente».

En este sentido, ha señalado SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ que en caso de incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva, se ejecuta la pena de prisión inicialmente impuesta descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el art. 88.2, sin que proceda en ningún caso deducir testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena⁵⁷. Tal criterio que es indiscutible de *lege lata*, puesto que es el mencionado precepto, como dice la autora citada, el que crea una regla específica para los incumplimientos, incluso totales, de la pena impuesta, es claramente inadecuado de *lege ferenda*, pues desconoce el sentido que actualmente puede tener el delito de quebrantamiento de condena⁵⁸.

En cuanto al quebrantamiento de la pena de localización permanente impuesta por vía del art. 53 como responsabilidad personal subsidiaria, dado que es una pena privativa de libertad por imperativo del art. 35 del Código Penal, está, al igual que hemos afirmado en el caso de que la localización permanente sea una pena principal, castigado por el art. 468⁵⁹.

V. CONCLUSIÓN

A pesar de la denominación como localización permanente la pena prevista en el art. 37 del Código Penal es *de facto* una especie híbrida de los antiguos, al menos en lo que al Código Penal de refiere, arrestos domiciliarios o de fin de semana. De forma que es posible considerar que se ha producido una reintroducción de los mismos en clara contradicción tanto con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, como con el término que se ha empleado para designar a esta nueva, únicamente en la denominación, pena.

Tal discordancia, genera importantes problemas exegéticos que se verían subsanados adecuando su nombre a su verdadero contenido, con lo que sin duda se ganaría muchísimo en seguridad jurídica, pues no está de más recordar, como afirma BARQUÍN SANZ, que la existencia de leyes razonablemente claras y precisas es la mejor garantía de la seguridad jurídica⁶⁰. En consecuencia, urge de *lege*

⁵⁷ Sánchez García de la Paz, I.: *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gómez Tomillo), edit. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, pág. 400.

⁵⁸ Suárez López, J.Mª.: *El delito...*, cit., págs. 308 a 317.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 307.

⁶⁰ Barquín Sanz, J.: «Sistema de sanciones y legalidad penal», *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Ju-*

ferenda modificar al menos su denominación para evitar tan importante discordancia con su contenido. El término arresto en domicilio o lugar determinado se puede presentar como una interesante alternativa.