



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Trabajo de Fin de Grado

**Doble Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas**

Libertad vigilada postpenitenciaria

Presentado por:

Daniel Salgado Fuertes

Tutelado por:

Florencio de Marcos Madruga

Valladolid, septiembre de 2020

RESUMEN

Con la LO 5/2010 aparece en nuestro ordenamiento jurídico una nueva medida de seguridad no privativa de libertad, conocida como libertad vigilada. Su principal novedad radica en que, no sólo está orientada a sujetos inimputables y semiimputables, sino también a los sujetos plenamente imputables, siendo esta última la *modalidad postpenitenciaria* de la citada medida.

Su origen lo encontramos en la creciente preocupación en la sociedad del momento por la posible puesta en libertad de ciertos delincuentes especialmente peligrosos. Así, a partir de ese momento, en España se asiste a la ruptura del tradicional sistema vicarial, apostándose definitivamente por un sistema acumulativo de penas y medidas de seguridad con el principal objetivo de hacer frente a la peligrosidad criminal, evitándose así un nuevo quebrantamiento de la norma. Se trató, por tanto, de una alternativa a una prolongación ilimitada de la privación de libertad.

Su ámbito de aplicación, inicialmente restringido a los delitos sexuales y los delitos de terrorismo, será ampliado con la LO 1/2015, extendiéndose a todos los delitos contra la vida, los delitos de maltrato ocasional en el ámbito familiar y los delitos de violencia doméstica habitual.

PALABRAS CLAVE

Medida de seguridad, delincuentes imputables, libertad vigilada postpenitenciaria, peligrosidad criminal, resocialización.

ABSTRACT

With LO 5/2010, a new non-custodial security measure known as supervised freedom appears in our legal system. Its main novelty is that it is not only aimed at individuals who are not liable to criminal prosecution and semi-imputable, but also at those who are fully liable, the latter being the post-penitentiary modality of this measure.

Its origin lies in the growing concern of society at the time for the possible release of certain particularly dangerous criminals from prisons. Thus, from that moment on, Spain witnessed the rupture of the traditional vicarial system, definitively betting on a cumulative system of penalties and security measures with the main purpose of confronting the criminal danger, thus avoiding a new breach of the rule. It was, therefore, an alternative to an unlimited extension of the deprivation of freedom.

Its scope of application, first restricted to sexual crimes and crimes of terrorism, will be expanded with LO 1/2015 to all crimes against life, crimes of occasional abuse in the family and crimes of regular domestic violence.

KEYWORDS

Security measure, dangerous offenders, post-penitentiary supervised freedom, criminal danger, resocialization.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO GENERAL DE LIBERTAD VIGILADA	5
2. CONTEXTUALIZACIÓN	7
2.1. Antecedentes históricos y legislativos	7
2.2. Motivos y razones para su introducción	11
2.3. La medida en otros ordenamientos jurídicos	13
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN	17
3.1. La libertad vigilada postpenitenciaria en los supuestos de delincuentes imputables: la LO 5/2010 y reforma de 2015.	17
3.1.1. La libertad vigilada postpenitenciaria en la LO 5/2010	18
3.1.2. Extensión a otros delitos con la LO 1/2015.	20
3.2. La cuestión de su constitucionalidad	22
4. CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA	25
5. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA MEDIDA	32
5.1. Régimen de imposición de la libertad vigilada en relación con sujetos imputables	33
5.2. Duración de la medida y principio de proporcionalidad	37
5.3. Posible incompatibilidad con el régimen progresivo penitenciario	39
6. EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO	41
6.1. Ejecución y correcto cumplimiento.	41
6.2. Vigilancia de su cumplimiento.	46
6.3. Posibilidad de quebrantamiento de la medida: incumplimiento.	47
7. CONCLUSIONES	50
8. BIBLIOGRAFÍA	54

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO GENERAL DE LIBERTAD VIGILADA

Denominamos libertad vigilada a aquella medida de seguridad cuyo objeto es concretado a través de una serie de limitaciones, obligaciones o reglas de conducta aplicables de manera separada o conjuntamente, dentro de unos márgenes de duración específicos que en su caso prevea la regulación de cada delito del Código Penal (CP), y tendentes, no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y a la reinserción social del delincuente, tal y como contempla el art. 25 de la Constitución Española.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad vigilada aparece recogida en el art. 96.3 del Código Penal español como una medida de seguridad no privativa de libertad y regulada en el art. 106 CP en sus dos modalidades: por un lado, como una medida autónoma para inimputables y semiimputables (art. 106.1 CP), y por otro, como medida de carácter complementario a la pena privativa de libertad para imputables, en determinados tipos delictivos (art. 106.2 CP).

Esta última modalidad (*libertad vigilada postpenitenciaria*) será la que, efectivamente, estudiaremos en el presente trabajo, la cual será impuesta de manera simultánea con la pena privativa de libertad y ejecutada de una forma sucesiva de la misma, recibiendo por ello el nombre de *postpenitenciaria*.

Tal y como se conoce actualmente, esta medida, en su modalidad postpenitenciaria, aparece *ex novo* con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (la cual modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP) como una medida de seguridad no privativa de libertad, únicamente prevista para los delitos de terrorismo y delitos sexuales, considerados como supuestos de especial gravedad. Posteriormente, la última reforma del CP por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, extiende el alcance de la medida a los delitos contra la vida, los malos tratos domésticos y las lesiones, aunque sólo será de aplicación en estos dos últimos casos cuando la víctima se encuentre en situación de especial vulnerabilidad.

Como veremos más adelante, el origen y la justificación de su creación se encuentra en que la adopción de medidas de seguridad como esta puede ser la respuesta más correcta a la peligrosidad existente en algunos autores de hechos

delictivos con perfiles criminológicos más resistentes al efecto rehabilitador de la pena, en la medida en que esta pena no resulte suficiente para eliminar el riesgo de reincidencia de dichos autores de tales hechos delictivos.

Así, el legislador ha considerado la medida de libertad vigilada postpenitenciaria como una herramienta necesaria a través de la cual los jueces pueden imponer una serie de obligaciones al condenado, que deberán ser cumplidas tras la extinción de la pena de prisión, y cuya finalidad última no es otra que la reinserción de este en la sociedad.

El presente Trabajo de Fin de Grado, por lo tanto, tiene el objeto de realizar un análisis exhaustivo de la medida de libertad vigilada, centrándonos en su modalidad postpenitenciaria, esto es, aplicable a sujetos imputables. Además, aparte de basar dicho análisis en el derecho positivo, se intentarán presentar las principales críticas y debates doctrinales existentes con respecto a la medida.

Con respecto a la estructuración del trabajo, en primer lugar, se hará una breve referencia a los antecedentes de esta medida y las razones de su introducción en la legislación nacional, así como a su regulación en otros ordenamientos extranjeros. Seguidamente, hablaremos sobre su ámbito de aplicación y el contenido general de esta modalidad de libertad vigilada. En tercer lugar, se abordará el régimen de imposición de la medida, la duración de la misma y las posibles incompatibilidades con otros regímenes. Y finalmente, se desarrollará la ejecución y cumplimiento, vigilancia y posible quebrantamiento de la medida.

2. CONTEXTUALIZACIÓN

La medida de libertad vigilada postpenitenciaria cuenta con un notable arraigo en la legislación penal española. Obviando los primitivos Códigos Penales decimonónicos y de 1928¹, ya podemos observar ciertos antecedentes de la actual figura tanto en la Ley de Vagos y Maleantes de la II República como acudiendo al derecho penal juvenil. Sin embargo, no sería hasta la reforma del Código Penal de 1995, por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando se instaure plenamente esta medida de seguridad, con el fin de combatir la peligrosidad postpenitenciaria.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

Ya con la publicación de la Ley de Vagos y Maleantes el 4 de agosto de 1933 se presenta un elenco de medidas de carácter preventivo en la lucha contra la delincuencia, admitiendo dos tipos de peligrosidad, social y criminal, equiparándolas en su tratamiento y estableciendo medidas tanto pre como post-delictuales.

Autores como Jiménez de Asúa consideraron esta normativa como una ley sobre peligrosidad sin delito, y, por tanto, una ley altamente criticable, pues terminaría por convertirse en un instrumento político de segregación y represión social. Incluso en aquel momento se criticó² el hecho de poder declarar la existencia de un estado peligroso sin garantías de comisión de un delito previo, o la enorme discrecionalidad judicial.

Esta normativa penal especial, vino a regular, en su art. 4, entre el catálogo de medidas de seguridad restrictivas de otros derechos, el sometimiento y sumisión del condenado a vigilancia de los delegados de la autoridad nombrados por el gobierno. Era la llamada vigilancia de la autoridad, estando prevista para, entre otros, vagos habituales, rufianes y proxenetas, los mendigos profesionales y los que viviesen de la mendicidad, los que traficaren

¹ Precedentes: Códigos Penales de 1822, 1848 y 1928.

² Vid. Sobre esta cuestión Barbero Santos, M.: *Marginación social y derecho represivo*, ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 43.

con efectos o sustancias de ilícito comercio o los que observasen inclinación a cometer delitos.³

Esta ley sería posteriormente sustituida por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, la cual seguiría manteniendo la posibilidad de aplicar, a través de un catálogo cerrado, tanto las medidas de seguridad pre-delictuales como post-delictuales,

Más adelante, con la llegada de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la cual entraba en vigor el actual Código Penal (CP), se seguirá el esquema clásico que ligaba la culpabilidad a la pena y la peligrosidad a la medida de seguridad, optándose por una sola sanción, salvo en el caso de semiimputables, en donde se preveía la imposición de penas y medidas de seguridad conjuntamente en un sistema vicarial, en virtud del cual se cumple primero la medida y se descuenta de la pena restante⁴. Sin embargo, ni el texto original ni las posteriores reformas del mismo (como la LO 15/2003, de 25 de noviembre) incluían entre las medidas de seguridad la libertad vigilada.

El legislador, de esta forma, optó, tal y como indica Sanz Morán, *“por una concepción que reduce al mínimo posible el espacio asignado a las medidas de seguridad en el sistema penal [...] prescindiendo (de ellas) en relación a un campo característico, en la historia y en el derecho penal comparado, de recurso a esta forma de reacción penal: el de la delincuencia habitual”*⁵.

Por otro lado, cabe realizar una breve referencia al Derecho penal juvenil. La vigente LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (LRPM), la contempla como una medida de intervención activa en la educación y resocialización del menor, estableciendo la necesidad de hacer un seguimiento de su actividad (art. 7.1 h)¹¹ LRPM).

Sin embargo, no podemos considerar esta figura como un verdadero antecedente de la libertad vigilada regulada actualmente en el Código Penal, ya que, mientras que el fundamento de la LRPM reside en el seguimiento y

³ Artículo 2 de la Ley de Vagos y Maleantes (publicada el 5 de agosto de 1933).

⁴ MARTÍN NÁJERA, Pilar. *“La libertad vigilada como medida post-delictual.”* VII Congreso de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial. 17 de octubre de 2018.

⁵ SANZ MORÁN, Ángel J. 2001. “Revista de Derecho Penal n. 3”, pp. 211-212.

supervisión de la actividad realizada por el menor y su fin educativo, la libertad vigilada regulada en el Código Penal viene establecida por un *numerus clausus* de medidas y no se establece seguimiento o supervisión de ningún tipo, permitiendo, además, que “el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal imponga las medidas o reglas que estime convenientes”⁶.

Antes de pasar a comentar la importante reforma del Código Penal acontecida en el año 2010, es necesario tratar brevemente los Anteproyectos de reforma de 2006 y de 2008.

Con respecto al Anteproyecto de reforma del CP de 2006, la libertad vigilada se configuraba como una pena privativa de derechos caracterizada por la exigencia de que el penado comunicara al tribunal de forma constante y efectiva su localización (art. 48.4). Sin embargo, tal y como señaló el Informe del Consejo General del Poder Judicial, *la medida quedaría reducida a comunicar el lugar de residencia y sus desplazamientos durante el cumplimiento de la misma*⁷, por lo que esta termina siendo muy pobre tanto en objetivo como en resultados, ya que en casos de reincidencia y habitualidad la localización del sujeto juega un escaso papel en su resocialización.

Posteriormente, con el Anteproyecto de reforma del CP de 2008, se observa que la libertad vigilada aparecerá con una naturaleza exclusiva de *pena accesoria* privativa de derechos a pesar de que alguna de las obligaciones constituía una medida de seguridad aplicable sin que existiera ningún pronóstico individualizado de peligrosidad criminal, y asociada con la comisión de ciertos delitos (sexuales y de terrorismo).

La reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce definitivamente la libertad vigilada (Título IV del Libro I del CP), ya como medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3 CP) aplicable no sólo cuando la peligrosidad del sujeto se vincula a un estado patológico que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del autor (art. 106.1 CP), sino también cuando la peligrosidad se deriva de la naturaleza del hecho realizado

⁶ Artículo 7.1.h). 7ª LO 5/2000

⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial de 14 de septiembre de 2006.

por un sujeto plenamente imputable (art. 106.2 CP). En concreto se establece como obligatoria para los delitos contra la indemnidad sexual y los delitos terroristas, incluyendo para ambos una versión potestativa de la misma cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave⁸.

Así, se posibilita que cuando persista la peligrosidad del delincuente se imponga además esta medida de seguridad, introduciéndose una medida de seguridad post-delictual fundada en la peligrosidad, pero sin tener en cuenta necesariamente la reincidencia.

El legislador justifica la presencia de esta nueva medida de seguridad fundamentalmente en el fracaso de la pena como medio para luchar contra la reincidencia en supuestos de extrema gravedad⁹ y descarta la opción de acudir a privaciones de libertad de duración indeterminada por vulnerar garantías constitucionales. Por tanto, se plantea su introducción como una medida necesaria para la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, pero también encuentra su justificación en la protección a las víctimas.

Finalmente, con la LO 1/2015, de 30 de marzo, que nuevamente modifica el CP, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, de forma que también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica¹⁰, si bien su previsión en estos casos es de carácter facultativo. Es por esta razón por lo que numerosos críticos consideran que el legislador no aprovecha la reforma para llevar a cabo una regulación más clara y sistemática, planteando más dudas, si cabe, respecto la figura de la libertad vigilada de imputables.

⁸ MARTÍN NÁJERA, Pilar. La libertad vigilada..., cit., p. 8.

⁹ Textualmente se dice en la Exposición de Motivos: *“Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se vea dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.”*

¹⁰ Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAWNjI1NDtbLUouLM_DxblwNDA0MjA2OQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAwWS5UjUAAAA=WKE (consulta: 10/07/2020)

2.2. MOTIVOS Y RAZONES PARA SU INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha mencionado en el anterior apartado, la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica el Código Penal, introduce por primera vez la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad, no solamente para inimputables y semiimputables, sino también para imputables (*a quien nos vamos a referir principalmente en este trabajo*).

Así, en el ordenamiento jurídico español, las medidas de seguridad vienen a constituir, junto a las penas, una de las consecuencias principales del delito. En este sentido, la principal diferencia reside en los conceptos de peligrosidad y culpabilidad de dicho autor, ya que, mientras que el fundamento de las penas está en la culpabilidad del autor (art. 5 CP¹¹), el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad del mismo (art. 6 CP¹²).

Históricamente, la doctrina española había venido reclamando de una manera reiterada la creación de una categoría de estado peligroso para los imputables peligrosos, argumentando que una pena ajustada a la medida de su culpabilidad no era el instrumento más adecuado para hacer frente a su peligrosidad¹³.

Sin embargo, sería la alarma social causada por la salida de prisión de delincuentes de especial peligrosidad, tales como el violador del Vall d'Hebron o el terrorista Iñaki De Juana Chaos lo que sirvió como estímulo final al legislador para promover la articulación de medidas que permitieran controlar, tras su salida de prisión, a aquellos delincuentes cuya resocialización había fracasado en prisión¹⁴.

¹¹ Artículo 5 CP: *No hay pena sin dolo o imprudencia.*

¹² Artículo 6 CP: 1. *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* 2. *Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, (...)*

¹³ NISTAL BURÓN, Javier. *“La «libertad vigilada» como medida de seguridad complementaria de la pena de prisión. Cuestiones competenciales relativas a su ejecución”.* Revista Aranzadi Doctrinal num.11/2017. p. 4

¹⁴ PÉREZ RIVAS, Natalia. *“Imputables y peligrosidad: la medida de libertad vigilada en el sistema penal español”* Vol.3 (2018). Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN. p. 5.

De esta forma, el legislador español se decantó finalmente por una solución dualista, alterando así el tradicional “sistema monista” caracterizado por que el delincuente declarado culpable de sus actos se le impone una pena, mientras que, al sujeto no responsable de sus actos que comete un delito, y, por tanto, inimputable, se le imponía una medida de seguridad, cuando la comisión de dicho delito hubiera puesto de manifiesto su peligrosidad.

Esta solución dualista instaurada con la reforma del Código Penal a través de la LO 5/2010 para el tratamiento de ciertos delincuentes con respecto a los que se presume la condición de peligrosos, se llevó a cabo a través de la incorporación de un conjunto de medidas de seguridad no privativas de libertad.

Tal y como señala el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, *“la opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”*, haciéndose necesario *“contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”*.

En definitiva, se podría concluir que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta nueva medida de seguridad de *libertad vigilada postpenitenciaria* se fundamenta en el llamado pronóstico de peligrosidad de algunas personas que cometerán delitos tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad¹⁵.

El objetivo principal de la pena privativa de libertad lo constituye la rehabilitación y la reinserción social del delincuente; sin embargo, si bien es cierto que esta pena cuenta, entre sus fines, el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos, que en numerosas ocasiones no logra

¹⁵ NISTAL BURÓN, Javier. *La «libertad vigilada» como ...*, cit., p. 6.

responder plenamente a este objetivo, especialmente, en los casos de delincuentes más peligrosos y en el de los reincidentes.

De esta forma, una medida de seguridad de este tipo de naturaleza, como es la libertad vigilada postpenitenciaria, puede ofrecer una respuesta adecuada a supuestos de especial peligrosidad de algunos delincuentes, puesta de manifiesto en la comisión de delitos graves, en los cuales *la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor*¹⁶.

Así es como llegamos, en la actualidad, y según autores como Nistal Burón, a la coexistencia en el sistema penal de dos modelos acumulables para el tratamiento de los delincuentes peligrosos: el relativo a la exasperación de la responsabilidad punitiva del autor y el nuevo modelo dualista¹⁷, un *tertium genus* o híbrido entre pena y medida con el fin de suplir las carencias de la pena desde una perspectiva estrictamente preventiva, rompiendo así el rígido binomio pena-imputable, medida de seguridad-no responsable.

A pesar de todo, dicha coexistencia ha sido criticada por parte autores como Feijoo Sánchez, en cuya opinión *“permitir tratar con medidas específicas la peligrosidad manifestada en la comisión de un hecho delictivo que se mantiene después del cumplimiento de la pena de prisión (...) debería rebajar el brutal rigor punitivo del ordenamiento español que obedece, en gran medida, a una política criminal errática en este sentido”*¹⁸.

2.3. LA MEDIDA EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En el Derecho comparado existen numerosos ejemplos en relación a la posibilidad de aplicar medidas postpenales. De esta forma, para hacer frente a

¹⁶ NISTAL BURÓN, Javier. “La «libertad vigilada» como ...”, cit., p. 6.

¹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2009): “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, N° 1, pp. 199-212.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2013): “La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos”, en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 junio, y 3/2011, de 28 enero), Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, p. 237.

la criminalidad especialmente peligrosa, desde hace más de una década, los países de nuestro entorno han adoptado ciertas formas de libertad vigilada, concebidas también como medidas de seguridad complementarias a la pena, y especialmente dirigidas a contrarrestar un estado de peligrosidad manifestado en la comisión de hechos delictivos.

De una forma breve cabe destacar las siguientes regulaciones:

2.3.1. Sistema continental:

2.3.1.1. Alemania

Tras la alarma social producida por una serie de delitos sexuales de especial violencia acaecidos en los años noventa, en 1998, por medio de la *Ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos* se produciría una reforma del Código Penal en la cual operarían, entre otras modificaciones de la medida, una reducción del número de delitos previos necesarios para su imposición o la supresión, con respecto a los delincuentes sexuales violentos, del límite de 10 años que se había previsto inicialmente. Además, se incorporaron reformas más radicales con el objeto de tranquilizar a la sociedad, las cuales posibilitaban la imposición de la *custodia de seguridad* que establece determinadas obligaciones o reglas de conducta bajo la supervisión de una entidad de vigilancia, incluso a pesar de no aparecer previstas en la sentencia.

En el año 2004, el Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre esta situación, estimando que no era contraria al principio de proporcionalidad ni al principio de irretroactividad, al tratarse de una medida de seguridad. Sin embargo, tal criterio, ciertamente discutible, no sería seguido por el TEDH, el cual, en un caso similar (*M. v. Germany, no. 19359/04*¹⁹), se pronunció en sentencia ya a finales de 2009 y concluye que *la custodia de seguridad alemana, en su modo de ejecución, se asemeja plenamente a una pena y, por tanto, debe someterse a sus mismos principios limitadores, incluido el principio de*

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2009 (*M. v. Germany, no. 19359/04*) consideró contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos la custodia de seguridad prevista en el Código Penal alemán.

irretroactividad. Esto obligó al TC alemán a cambiar de opinión en otra sentencia posterior de 2011 aunque con argumentos distintos²⁰.

2.3.1.2. Francia

El Código Penal francés, modificado en 1998 por la *Ley relativa a la prevención y represión de las infracciones sexuales*, contempla, en ciertos casos, la llamada *vigilancia socio judicial*, la cual puede ir acompañada o no de la imposición de tratamiento, siempre que exista un informe médico que así lo aconseje y, además, que lo consienta el condenado. Esta medida puede ser acordada en sentencia o tras el cumplimiento de la pena de prisión por parte del juez de aplicación de las penas²¹.

2.3.2. Common law:

2.3.2.1. Reino Unido

En el caso británico, la modalidad más próxima a nuestra libertad vigilada sería la *extended sentence*, introducida en la Criminal Justice Act de 2003. Se trataba de someter a un periodo de seguridad al delincuente, una vez cumplida la pena, por la comisión de dos delitos sexuales, unido esto al riesgo de repetición o reincidencia futura.

2.3.2.2. Estados Unidos

Ya desde los años noventa la situación se orientó hacia una política criminal de inocuización articulada en la exclusión del delincuente sexual de la vida social, generalizándose progresivamente a otros tipos de delincuentes reincidentes²². Así, aquel delincuente que hubiera cumplido su condena deberá permanecer privado de libertad o en libertad vigilada, por su peligrosidad para la sociedad, por tiempo indeterminado hasta que dejara de representar un peligro.

Además, el sistema de libertad vigilada se complementa aquí con la existencia de registros públicos, que ofrecen información a la sociedad sobre la

²⁰ MARÍN NÁJERA, Pilar. *La libertad vigilada...*, cit, p. 5.

²¹ Ibid. p. 5.

²² Basta con que la conducta del delincuente haya afectado a dos o más víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia.

identidad y la localización de ciertos delincuentes sexuales, posibilitando que en casos de mayor peligrosidad todos los ciudadanos tengan derecho a recibir Información de los mismos.²³

²³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. Fiscal de Sevilla. *Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria*. pp. 20-21.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1. LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA EN LOS SUPUESTOS DE DELINCUENTES IMPUTABLES: LA LO 5/2010 Y REFORMA DE 2015

Tal y como se ha comentado anteriormente, la libertad vigilada postpenitenciaria es una medida de seguridad que parte de la responsabilidad del reo, pero que su imposición se realiza en base a la peligrosidad criminal del mismo.

El artículo 106.2 CP, el cual prevé lo siguiente: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código (...)*”, lo que presupone es que la libertad vigilada postpenitenciaria opera como medida de seguridad no privativa de libertad, cuya imposición debe ser realizada como consecuencia del llamado principio de postdelictualidad del artículo 6.1 CP²⁴, que es a su vez respuesta de la exigencia del artículo 25.1 de la Constitución española (CE)²⁵, tal y como estableció la STC 23/1986 (*de la que se hablará más adelante*).

Este precepto del art. 106.2 CP, añade, que los términos del mismo sujetan su imposición en sentencia a supuestos contemplados de forma expresa en el CP, en el cual, necesariamente, de sancionarse penalmente, el Juez o Tribunal sentenciador deberá imponer esta medida de seguridad.

Así, por tanto, la propia ley penal, en su elenco de supuestos establece una afirmación de peligrosidad criminal del reo, ya que el fundamento de la medida de seguridad reside en la peligrosidad criminal del reo.

²⁴ Art. 6.1 CP: *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.*

²⁵ 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.*

Entrando ya en el concreto ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria:

3.1.1. La libertad vigilada postpenitenciaria en la LO 5/2010

Con la LO 5/2010 se establece la aplicación de esta medida con un carácter *obligatorio* a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192 CP) y a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo (art. 579.3, ahora art. 579bis.2 CP). Posteriormente, ambos tipos penales serán retocados por la LO 1/2015 y 2/2015²⁶, pero manteniendo un contenido idéntico en lo relativo a la libertad vigilada.

En relación con los condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el artículo 192.1 CP establece que *“a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”*

Consecuentemente, podemos desprender del mismo varias conclusiones²⁷:

1.- No es suficiente con que el reo haya sido condenado por un delito contra la libertad o indemnidad sexual, sino que se requiere, además, una condena del mismo a pena de prisión.

2.- La imposición es de carácter imperativo en caso de condena por un delito grave, o bien, varios menos graves. Además, dicha imposición es de

²⁶ Tras la LO 2/2015, la previsión de la libertad vigilada en delitos de terrorismo se encuentra ahora en el art. 579 bis.2 CP.

²⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. *“Control de la peligrosidad...”*, cit, p. 38.

carácter discrecional en caso de condena por un solo delito menos grave en atención a la menor peligrosidad del autor.

3.- La duración máxima será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si fuera menos grave.

La introducción de la libertad vigilada aplicable a delincuentes sexuales tiene su origen en el fenómeno del llamado *sexual predator* y, por tanto, en los antecedentes que se vienen imponiendo en las últimas décadas en el Derecho comparado como respuesta al mismo. Sin embargo, el legislador no distinguió entre los diferentes tipos de delincuentes sexuales.

Por su parte, en cuanto a los condenados a penas privativas de libertad por delitos relativos a las organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo, el artículo 579.bis.2 CP establece: *“a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”*

Aquí también podemos observar una serie de características, prácticamente similares al caso anterior²⁸:

1.- No es suficiente con que el reo haya sido condenado por delitos relativo a las organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo, sino que requiere que además haya sido condenado a pena de prisión. Se requiere, por tanto, una condena a pena privativa de libertad como presupuesto necesario.

2.- La imposición es imperativa en caso de condena por un delito grave, o varios menos graves, y es discrecional en caso de condena por un solo delito menos grave en atención a la menor peligrosidad del autor.

²⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. *“Control de la peligrosidad...”*, cit, p. 39.

3.- La duración máxima de la medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si fuera menos grave.

Tal y como se mencionó en el apartado 2.2. (*Motivos y razones para su introducción*), la aplicación de la medida a delincuentes terroristas es respuesta a la crítica de parte de la opinión pública ante algunos casos de excarcelaciones de condenados por terrorismo. Sin embargo, si el objeto de la libertad vigilada es luchar contra la peligrosidad del delincuente, en el caso de los delitos de terrorismo es prácticamente inexistente, teniendo en cuenta el bajo índice de reincidencia en este ámbito, por lo que este razonamiento carecería de fundamento²⁹.

Así, muchos autores, entre ellos, Feijoo Sánchez, consideraron que esta reforma del legislador (LO 5/2010) pecaba tanto por exceso – ya que aplicaba la medida de libertad vigilada de una manera indiscriminada, ante la comisión de cualquier delito contra la libertad sexual o de terrorismo, independientemente de su gravedad – como por defecto – al no incluir en su ámbito de aplicación perfiles de delincuentes con una probada inclinación al delito, como pueden ser los casos de violencia de género –³⁰.

Como consecuencia de estas críticas, el legislador de 2015 optaría finalmente por ampliar el ámbito de aplicación a los delitos contra la vida, a maltrato ocasional en el ámbito familiar y a la violencia doméstica habitual.

3.1.2. Extensión a otros delitos con la LO 1/2015

La LO 1/2015 prevé la imposición de la medida de forma facultativa (*“podrá imponer”*) por un tiempo de hasta diez años, en los supuestos de los artículos 140 bis CP (todos los delitos contra la vida), 156 ter CP (maltrato ocasional en el ámbito familiar) y 173.2 CP (violencia doméstica habitual).

El artículo 140 bis CP dispone lo siguiente: *“A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”*. Es cierto que, a pesar de que la

²⁹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. Fiscalía General del Estado. *“La libertad vigilada aplicada a imputables tras la reforma por LO 1/2015”*. Revista del Ministerio Fiscal. Año 2015, p. 78.

³⁰ PÉREZ RIVAS, Natalia. *“Imputables y peligrosidad: la...”*, cit., p. 8.

previsión normativa aparece ubicada a continuación de los delitos de homicidio doloso y de asesinato, determina expresamente la aplicación de la medida a los delitos *comprendidos en este Título*. Esto significa que se permitiría imponerla, por ejemplo, al homicidio imprudente o a la inducción y cooperación necesaria al suicidio. En este sentido, autores como Otero González³¹ defienden que se produzca una mejora de la técnica legislativa, y, sobre todo, que se concrete que la medida de libertad vigilada sea aplicable exclusivamente para el caso de delitos tales como el asesinato.

Con respecto al artículo 156 ter CP, “*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*”, tal y como podemos apreciar, siempre que estemos ante alguna de las víctimas a las que el art. 173.2 CP se refiere (cónyuge, ex cónyuge o análogo y los ascendientes, descendientes y demás miembros de la unidad familiar o bajo custodia o guarda del agresor), el Juez o tribunal podrá imponer al autor de un delito de lesiones, junto a la pena de prisión, la medida de libertad vigilada.

Por último, en relación con el artículo 173.2 CP³², permite imponer la medida a aquellos sujetos condenados por la comisión de un delito de maltrato doméstico habitual³³.

³¹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “La libertad vigilada...” cit., p. 79.

³² Nueva redacción del art. 173.2 CP: *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

³³ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Vol. 20 (2016). p. 175.

Así, tras la reforma del CP de 2015 cabe observar dos regímenes de imposición diferentes de la medida de libertad vigilada a sujetos imputables: por un lado, el creado por la LO 5/2010, que establece un régimen preceptivo de imposición susceptible de aplicación a sujetos que hayan cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo, excepto cuando se comete un único delito menos grave por un delincuente primario; y uno nuevo, introducido por medio de la LO 1/2015, cuya imposición es potestativa³⁴, prevista para homicidas y agresores y maltratadores domésticos o de género.

3.2. LA CUESTIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Aunque actualmente no existe mucha discusión acerca de la constitucionalidad de la medida de libertad vigilada, en el momento de la creación de esta medida por la LO 5/2010 se planteó la posibilidad de que se pudiera contravenir la doctrina del Tribunal Constitucional de los años ochenta, que consideraba que un único hecho *no puede ser causa de pena y medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad*³⁵. Esta conclusión ya no puede compartirse en nuestros días³⁶.

La STC 159/1985³⁷ sostenía que, debido al principio del non bis in ídem, existía un impedimento a que se sancionara repetidamente la misma conducta

³⁴ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida ...”, cit., p. 175.

³⁵ Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018; Publicación: Encuentro de jueces de vigilancia penitenciaria (2018); Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 11, Año: 2018.

³⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “Control de la peligrosidad...” cit., p. 33.

³⁷ STC 159/1985: “El principio «non bis in ídem», al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la norma fundamental. Es cierto que la regla «non bis in ídem» no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes, pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad,

por parte de autoridades del mismo orden, y por medio de distintos procedimientos, ya que ello dejaría abierta la posibilidad, contraria a derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existieran y dejaran de existir para los órganos del Estado.

La STC 23/1986³⁸ descarta la posibilidad de imponer medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal, y además, considera la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad como contraria al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible, sin quebrantar el principio del non bis in ídem, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hechos igualmente definidos aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en el otro la peligrosidad.

En la misma línea, la STC 21/1987³⁹, de 19 de febrero reitera lo anterior, diciendo que la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal

contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”.

³⁸ STC 23/1986: *“Este planteamiento cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por razón del delito; y adquiere en el caso actual una relevancia especial al estar integrado el supuesto de estado peligroso del art. 2.º 8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en un «tipo de hecho» propio del campo de la pena. Se está contemplando en el mencionado precepto «hechos» ya recogidos y sancionados por el Código Penal en su art. 344. Se entronca la cuestión con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y, en el caso, dada la identidad de tipos definidos en los arts. 2.º 8 y 344 mencionados, con el principio non bis in ídem, principio que aunque no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, nada impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, como hemos dicho últimamente en la Sentencia del 27 de noviembre de 1985 -publicada en el «Boletín Oficial» del 17 de diciembre (RTC 1985\159)-, porque el principio en cuestión está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 de la Constitución. La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in ídem , íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hechos igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».”*

³⁹ STC 21/1987: *“Como se dijo en la Sentencia 23/1986, de 14 de febrero, recaída en un asunto sustancialmente igual, el planteamiento anterior cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena*

y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.

Para acabar, también hay que decir que los informes del CGPJ y del Consejo Fiscal nunca han puesto en cuestión la constitucionalidad de la medida, ni la doctrina jurisprudencial se ha cuestionado seriamente su inconstitucionalidad.

penal por delito, con relevancia especial en el caso por la integración del estado peligroso del art. 2.8 de la L. P. y R. S. en un «tipo de hecho» propio del campo de la pena, es decir, de «hechos» ya recogidos y sancionados por el art. 344 del Código Penal. Se entronca así la cuestión -añade la Sentencia citada- con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 C. E., a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y también - dada la identidad de hechos definidos en los arts. 2.8 y 344 citado- con el principio non bis in idem, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, que impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad». En este sentido, la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.»

4. CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA

La libertad vigilada postpenitenciaria, como medida de seguridad basada en la peligrosidad del delincuente, aparece regida por los principios de legalidad y proporcionalidad.

En este sentido, el artículo 106.1 CP, tras definir de forma breve la medida de libertad vigilada: “*consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas*”; sistematiza un conjunto de medidas, las cuales pueden dividirse en tres grandes grupos, debido a su heterogeneidad:

Un primer grupo correspondería a las previstas en los apartados a) al d) y el i), de contenido meramente asegurativo, las cuales tienden a vigilar la libertad del sometido a esta medida, sin acompañamiento de fines rehabilitadores, y, en consecuencia, incoherente con el contenido previsto en la Exposición de Motivos “sin cejar el esfuerzo rehabilitador”⁴⁰:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

Se trata de una obligación de nueva creación, sin antecedentes en el sistema de sanciones español. Así, por primera vez se prevé una obligación de seguimiento permanente y constante, a través del uso de dispositivos electrónicos⁴¹. En este sentido, se plantea la necesidad de combinar esta medida con otras obligaciones si queremos que sirva la misma de algo más que de mera inoquización.

Como podemos observar, no se especifica el sujeto que controla estos medios telemáticos⁴², sin embargo, sí que se puede deducir de su redacción el

⁴⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “*La libertad vigilada ...*”, cit., p. 83.

⁴¹ SALAT PAISAL, Marc. “*Regulación actual de la medida de seguridad ...*”. cit., p. 164.

⁴² OTERO GONZÁLEZ, Pilar considera que con la implantación de esta medida se vuelven a reproducir todos los problemas planteados en referencia a los mecanismos de control telemático de penados. Además, es la invasión de la libertad y de la intimidad del individuo lo que hace imprescindible una normativa que desarrolle los requisitos, alcance y contenido de esta medida para conseguir una adecuada ponderación de intereses. “*Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 11 y ss.

sistema de seguimiento que se utilizará para cumplir esta obligación: el GPS o *sistema de posicionamiento global*, técnica que permite un control de todo movimiento del sujeto mediante una red de satélites, a diferencia de otros sistemas menos injerentes, como el sistema de vigilancia electrónica activa⁴³.

En último lugar, decir que parece tratarse de una medida autónoma, y no un instrumento de control orientado a garantizar el cumplimiento de otras medidas, obligaciones o prohibiciones⁴⁴.

Con la última reforma del CP a través de la LO 1/2015, se añade el párrafo 3º al art. 468 CP, donde se señala que *la inutilización o perturbación de este tipo de dispositivos constituye un delito de quebrantamiento de condena*, que puede llegar a suponer una vulneración del principio del non bis in ídem cuando esta obligación sea aplicada a delitos de violencia doméstica, y, por lo tanto, pudiendo constituir asimismo un delito de desobediencia⁴⁵.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

Se trata de un control de presentaciones, sea en la Oficina Judicial o ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Los antecedentes de esta obligación aparecen previstos en los procedimientos penales de libertad provisional (art. 530 LECrim⁴⁶), en la regla de conducta homónima en casos de suspensión de la pena (art. 83.1.4ª CP) o en la medida cautelar de extranjeros sometidos a procedimientos administrativos sancionadores donde pueda llegar a recaer la expulsión (art. 61.1.a) LOE)⁴⁷.

⁴³ Sistema de detección del lugar en el que se encuentra el sujeto únicamente en la franja horaria previamente programada mediante software.

⁴⁴ Vid., al respecto, URRUELA MORA, Asier, *Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”*, Memento Experto. Reforma Penal 2010. LO 5/2010, Madrid. cit., p. 661.

⁴⁵ Circular 6/2011 FGE de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

⁴⁶ Art. 530 LECrim: *El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte.*

⁴⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “Control de la peligrosidad...” cit., p. 45.

En este sentido, diversos autores consideran que la imposición de esta obligación sólo tiene sentido en los casos de efectivo riesgo de huida del sujeto, de forma que, si ya se hubiera impuesto la obligación de estar siempre localizable, no sería necesaria la imposición de esta medida⁴⁸.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

Estamos ante una obligación donde es suficiente la mera comunicación (de los cambios producidos respecto del lugar de vivienda y de trabajo), sin necesidad de tener el consentimiento del juez o tribunal. Por tanto, el vigilado tiene libertad de realizar aquellos cambios que desee, siempre y cuando los comunique de forma inmediata⁴⁹.

Tanto esta medida como la anterior, son aquellas a las que se recurre en el ámbito de la prisión provisional (art. 530 LECrim). Además, es perfectamente controlable policialmente de manera periódica.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

En este caso, es preciso determinar qué se entiende por *lugar* y *territorio*. A pesar de las numerosas propuestas doctrinales existentes⁵⁰, deberán ser los juzgados de vigilancia penitenciaria los que deban realizar esta interpretación de ambos conceptos.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

⁴⁸ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad ...”. cit., p. 165.

⁴⁹ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. “La medida de libertad vigilada”. 2013. Tirant Lo Blanch (monografías). p. 129.

⁵⁰ Por ejemplo, autores como ACALE SÁNCHEZ, entienden que por «lugar» se quiere delimitar la ciudad y por «territorio» un espacio más amplio, como podría ser una provincia o una comunidad autónoma.

Esta prohibición tiene un carácter meramente asegurativo, ya que no va acompañada de ningún programa educativo o formativo⁵¹. Además, su objetivo es tendente, no tanto a controlar la libertad de movimientos del sujeto, sino más bien a evitar que este tenga contacto con actividades, ya sean de carácter laboral o lúdico, que puedan incitarle a la comisión de nuevos delitos de similar naturaleza.

En segundo lugar, nos encontramos con un grupo de medidas centradas en la protección de las víctimas (de carácter prohibitivo), las cuales comparten cierto parecido con la triple dimensión de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP):

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Su objetivo principal es el de evitar el contacto físico entre el sometido a libertad vigilada y aquellas personas que el juez establezca. Sin embargo, no impide que entre ellos puedan comunicarse, así como tampoco que el sometido a esta prohibición resida en la misma localidad que la persona a la que se pretende proteger⁵².

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Se trata de una prohibición que impide que el sujeto sometido a libertad vigilada se comunique con las personas que el Juez o Tribunal determinen. Pese a que el precepto no determina los medios de comunicación prohibidos, no parece necesario que así se disponga, ya que implica que no lo podrá realizar por ningún medio y, por tanto, no es necesario especificar los medios.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

⁵¹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. "La libertad vigilada aplicada a ...", cit., p. 84.

⁵² SALAT PAISAL, Marc. "Regulación actual de la medida de seguridad ...". cit., p. 167.

La simple presencia del sujeto en estos lugares podrá suponer el quebrantamiento de la medida de libertad vigilada, por lo que es necesario comprobar el motivo que justificó la infracción de la prohibición. En caso contrario, la regulación de esta medida provocaría una presunción contra reo, colocándolo en una situación de indefensión completa⁵³.

Esta prohibición ya se encontraba en el anterior artículo 96.3. 5.ª CP, pero se ha visto eliminada la concreción de la que gozaba, lo que ha permitido ampliar el elenco de posibilidad en lo relativo a su imposición.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

En este caso, al igual que lo que ocurría en el apartado d), es preciso delimitar el sentido del término *lugares*. Siguiendo la lógica de dicho apartado, se deberá referir a un concreto municipio o ámbito especial similar.

Sin embargo, la diferencia aquí estriba en que el juez tiene la facultad de prohibir que el sujeto resida en más de un lugar determinado, aunque la prohibición no limita su derecho a circular libremente por los lugares que se establezcan.⁵⁴

Finalmente, existe un último grupo de obligaciones y prohibiciones conformado por las letras j) y k), las cuales contienen las únicas medidas con un contenido verdaderamente rehabilitador y correctivo.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

La imposición de esta obligación tiene como objeto el obligar a que el sujeto participe en programas beneficiosos para su reinserción social, para así lograr evitar que vuelva a cometer nuevos delitos en el futuro.

⁵³ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. “*La medida de...*”. cit., p. 131.

⁵⁴ Ibid. p. 166

La problemática en este caso reside en que carece de sentido que durante la ejecución de la pena privativa de libertad no quepa imponer de manera coactiva la obligación de participar en dichos programas, pues la voluntariedad es un principio fundamental del tratamiento penitenciario, y en cambio, finalizada esta, sí pueda obligarse al sometido a libertad vigilada a participar en ellos⁵⁵.

Hay ciertos autores que consideran que lo más correcto hubiera sido que el legislador configurara esta obligación con un carácter meramente voluntario⁵⁶, de forma que, en caso de faltar el consentimiento del sujeto, pudiera imponerse otra obligación con un carácter alternativo.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Su antecedente más inmediato se encuentra en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad (aplicable a inimputables y semiimputables) de tratamiento ambulatorio prevista en el art. 96.3.11ª CP en la redacción anterior a la LO 5/2010. Con la reforma, se comienza a aplicar también a imputables, olvidándose así el legislador del presupuesto básico de que el sujeto, tanto en la imposición de la sentencia como en la ejecución de la medida ha sido condenado plenamente responsable⁵⁷.

En este sentido, el legislador parece que desconoce que la admisión o rechazo de un tratamiento médico de un imputable forma parte del desarrollo a la autodeterminación personal, y que, por tanto, todo tratamiento médico coactivo es contrario a la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, la cual exige la voluntad del sujeto capaz a la hora de aceptar o rechazar cualquier tratamiento. Así, la única posibilidad de mantener la constitucionalidad de esta medida estaría en transformarla en una opción no coactiva (o

⁵⁵ Vid. DE MARCOS MADRUGA, F., “De las medidas de seguridad”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), Comentarios al Código Penal, Ed. Lex nova, Valladolid, 2011, p. 438

⁵⁶ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad...”. cit., p. 168.

⁵⁷ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro”. 2015. Ed. Dykinson. Madrid.

promocional), ya que, de lo contrario, podría suponer una vulneración del art. 10.1 CE⁵⁸.

Por todo ello, el legislador de 2010 añade de una forma acertada en el art. 100 CP un tercer párrafo estableciendo que “*la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico en ningún caso constituirá quebrantamiento de condena*”⁵⁹. La obligación contenida en este apartado prevé dos posibilidades: por un lado, el sometimiento a un tratamiento médico externo, y, por otro lado, la obligación de someterse a un control médico de forma periódica.

Con respecto a la primera obligación, se refiere al sometimiento a un tratamiento que combata anomalías físicas o psíquicas vinculadas con la continuación de peligrosidad criminal en el sujeto sometido a la medida⁶⁰. La referencia a un *tratamiento médico externo* alude, según parte de la doctrina, a tratamientos terapéuticos no invasivos, excluyendo así, por ejemplo, terapias como la castración química.

Por otro lado, la obligación de sometimiento a un control médico periódico haría referencia a la inspección de la salud del sometido a la medida.

⁵⁸ Art. 10.1 CE. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

⁵⁹ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “*La libertad vigilada aplicada a...*” cit., p.101.

⁶⁰ ARMAZA ARMAZA, Emilio José. “El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Ed. Comares. 2013. p. 203.

5. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA MEDIDA

La medida de libertad vigilada es una consecuencia jurídica que restringe ciertos derechos al vigilado (aunque no es privativa de libertad). Tal y como se ha explicado anteriormente, en la actualidad, su campo de actuación va mucho más allá de los sujetos inimputables y semiimputables, alcanzando a través de un procedimiento independiente a determinados sujetos imputables y peligrosos.

Es en este último supuesto donde se impone esta medida junto con la pena de prisión, de forma que, desde esta perspectiva, la libertad vigilada aparece como una medida dependiente de la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador especifica en el art. 192.1 CP que *“a los condenados a pena de prisión (...) se les impondrá además la medida de libertad vigilada”*.

De otro lado, en los números 2 y 3 del art. 106 CP aparecen los procedimientos de imposición y ejecución de la medida de libertad vigilada⁶¹.

Analizando el artículo 106.2 CP⁶², se puede observar cómo el legislador prevé el supuesto de que *el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que (...) no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades del apartado 3*. Así, la regla general sería el cumplimiento simultáneo, por lo que parece que las obligaciones y prohibiciones del art. 106.1 CP se pueden cumplir de forma conjunta⁶³.

⁶¹ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. “La medida de...”. cit., p. 134.

⁶² Art. 106.2 CP: *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.*

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

⁶³ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. “La medida de...”. cit., p. 135.

La duda, en este caso, reside en si puede excepcionarse esta regla general sobre la base de conveniencia resocializadora, y parece que, en virtud del art. 106.3 CP, no habría inconveniente para ello, siempre y cuando se respeten los límites máximos establecidos.

Entrando ya en la imposición de la medida de libertad vigilada, esta se impone, con carácter general, siguiendo un procedimiento diverso en virtud de los sujetos a los que se les aplica. En este trabajo se tratará el régimen impositivo de la libertad vigilada postpenitenciaria, y, por tanto, en relación a los sujetos imputables.

5.1. RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA EN RELACIÓN CON SUJETOS IMPUTABLES

Frente a sujetos imputables, junto a la imposición de una pena privativa de libertad, debe acordarse, siempre que así se establezca expresamente, una medida libertad vigilada para su ejecución posterior a la pena privativa de libertad.

De ello, por tanto, se puede concluir que la imposición de una pena privativa es requisito *sine qua non* para la imposición de una medida de seguridad, tal y como se infiere del art. 106.2 CP.

Otro de los requisitos es que la libertad vigilada relativa a sujetos imputables solo se puede imponer a los supuestos en que así se establezca de forma expresa en el Libro II del CP, tal y como apunta el art. 106.2 CP. Como ya se ha explicado anteriormente, con la introducción de la medida de libertad vigilada con la LO 5/2010, el legislador estableció dos supuestos en los que es posible la imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables: los sujetos que hayan cometido alguno de los delitos establecidos en el *Título VII del Libro II, referido a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 192.1 CP)*, o en el *Capítulo VII del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo (artículo 579 bis CP)*; además, se crea

un complejo sistema para determinar en qué casos debe acordarse la medida de seguridad.

El legislador optó por introducir una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad criminal de estos sujetos, de manera que, con carácter general, la libertad vigilada debe acordarse en sentencia obligatoriamente⁶⁴. Sin embargo, será facultativa cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un único delito menos grave, por ello, en estos casos la libertad vigilada se acordará o no en atención a la peligrosidad del sujeto⁶⁵.

Esta presunción de peligrosidad es contraria al sistema de sanciones penales español, y, por tanto, en opinión de autores como Feijoo Sánchez⁶⁶, la pena de prisión no sirve para colmar los fines constitucionales que deben perseguir todas las penas y medidas de seguridad.

Como consecuencia de ello, esta presunción de peligrosidad de un sujeto por el simple hecho de haber cometido un determinado tipo de delito ha sido muy criticada por parte de la doctrina científica, al vulnerarse los principios generales de imposición de medidas de seguridad, ya que su fundamento debería encontrarse en la peligrosidad criminal del autor (*artículos 6.1 y 95.1 CP*)⁶⁷.

Siguiendo con el régimen instaurado con la LO 5/2010, hay que destacar que *en aquellos casos en que un delincuente primario cometiera un único delito de carácter sexual o de terrorismo calificado de menos grave*, la imposición de la libertad vigilada frente a sujetos imputables únicamente era potestativa, y *por tanto se hacía depender de la peligrosidad criminal del sujeto*⁶⁸, de forma que para determinar la obligatoriedad o no de la imposición de la libertad vigilada a

⁶⁴ Según SALAT PAISAL, lo lógico hubiera sido que, de acuerdo con el artículo 95.1 CP, cometido uno o más delitos por parte de un sujeto imputable, la libertad vigilada se impusiera en aquellos casos en que quedara acreditada la peligrosidad criminal del sujeto.

⁶⁵ SALAT PAISAL, Marc. "Regulación actual de la medida de seguridad..." cit., p. 170.

⁶⁶ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La libertad vigilada en el derecho penal de adultos".

⁶⁷ Vid. GARCÍA ALBERO, R., "De las medidas de seguridad", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentarios al Código Penal español, cit., p. 687

⁶⁸ I Cfr. BALBUENA PÉREZ, D., "Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿medida de seguridad?", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, cit., pp. 134-135

sujetos imputables debe concretarse: la gravedad del delito, número de delitos cometidos y los antecedentes penales del condenado.

Con respecto a la gravedad del delito, en primer lugar, debe acudirse a la gravedad de la pena prevista por el delito en abstracto:

En ningún caso se puede entender como aquella que se acaba imponiendo en la sentencia, como ocurre en algunas resoluciones como la SAP de Madrid (secc. 6ª) 618/2015, de 11 de septiembre, la cual adopta la pena impuesta en el fallo de la sentencia como parámetro para determinar la gravedad del delito, de modo que la pena que acaba imponiéndose es una pena menos grave (inferior a cinco años), a pesar de que el delito cometido era en abstracto grave⁶⁹.

Sin embargo, existe una gran discusión con respecto a si la pena en abstracto debería entenderse como aquella contenida en la parte especial del CP⁷⁰ o bien, aquella que resulta aplicable para el concreto tipo delictivo y frente al sujeto que se está juzgando⁷¹.

Lo cierto es que la respuesta más correcta debe situarse en un punto intermedio entre las dos posiciones anteriores. En este sentido, la SAP de Lleida (secc. 1ª) 72/2014, de 10 de marzo, ante la comisión de un delito de violación en grado de tentativa con la apreciación de la atenuante analógica de enfermedad mental, termina por imponer una medida de libertad vigilada con carácter preceptivo con una duración de siete años. Para ello, el tribunal tuvo en cuenta que el delito únicamente fue intentado y por tanto la pena abstractamente aplicable era la establecida en la parte especial rebajada en un grado, de tres a

⁶⁹ SALAT PAISAL, Marc. "Regulación actual de la medida de seguridad...". cit., p. 172.

⁷⁰ Ver SAP de Barcelona (secc. 20ª) 509/2015, de 1 de julio, en un caso de intento de violación, decide reducir la pena en dos grados. Con el fin de determinar la gravedad del delito cometido no tiene en cuenta el grado de ejecución del tipo, ya que esto provocaría que el delito fuera considerado menos grave, sino la pena prevista en el art. 179 CP por el delito de violación consumado.

⁷¹ Ver SAP de Granada (secc. 2ª) 477/2015, de 15 de julio: con el objeto de determinar la gravedad de la pena en abstracto, tiene en cuenta la concurrencia de la atenuante de confesión y la atenuante de reparación del daño. Esto provoca que el delito de abusos sexuales a menores del art. 183 CP por el que se condena al acusado pase de delito grave a menos grave.

seis años⁷². En este caso, vemos cómo la pena prevista en la parte especial del CP es la pena en abstracto para el delito cometido por el autor.

Con respecto al número de delitos cometidos, lógicamente, cuando el delincuente sea condenado por un delito continuado o un concurso delictual, o incluso por un concurso ideal de delitos, no se entenderá que se ha cometido un único delito.

En cuanto al último criterio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de determinar la obligatoriedad o no de la imposición de la medida, el carácter primario del delincuente se debe entender referido a que el sujeto no tenga antecedentes penales por la comisión de cualquier delito, con la excepción de que sean cancelados o cancelables.

A pesar de que son numerosas las sentencias que acaban imponiendo la libertad vigilada sin justificación alguna⁷³, los tribunales deben indicar en la sentencia condenatoria las razones por las que consideran que debe o no debe imponerse la libertad vigilada.

Así, recapitulando, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos mencionados – delito menos grave, comisión de un único delito y primariedad delictiva – supone la imposición preceptiva de la libertad vigilada, y su inaplicación una vulneración del derecho positivo español.

Por otro lado, según lo establecido en el art. 106 CP y los arts. 192 o 579 bis CP, la imposición de la libertad vigilada es legalmente obligatoria. Sin embargo, ciertos autores como Salat Paisal consideran la posibilidad de no acordarla en sentencia en aquellos casos en que sea patente la no concurrencia del requisito de la peligrosidad criminal que exige el art. 95 CP, ya que, *a pesar de todo, la libertad vigilada es una medida de seguridad y como tal sometida al régimen general de las mismas*. Deberá entenderse, en todo caso, que no será posible la imposición de la libertad vigilada por la falta del requisito de la

⁷² SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad...”. cit., pp. 172-173.

⁷³ Ejemplos: SAP de Barcelona (secc. 3ª) 628/2015, de 13 de octubre, Valladolid (secc. 4ª) 294/2015, de 24 de septiembre, Oviedo (secc. 3ª) 511/2015, de 14 de diciembre, Zaragoza (secc. 6ª) 306/2015, de 18 de noviembre, etc.

peligrosidad en los casos en los que la ejecución de la pena sea suspendida o sustituida⁷⁴, a pesar de que en la jurisprudencia no impera esta idea⁷⁵.

La reforma del CP en la LO 1/2015 introduce dos nuevos artículos (art. 140 bis y 156 ter CP) y modifica el art. 173.2 CP con el fin de facultar la imposición de una medida de libertad vigilada a los sujetos imputables (*ver apartado 3 del presente trabajo*)⁷⁶. En estos casos, el legislador ha configurado la medida como potestativa, de manera que sólo será posible su imposición en aquellos supuestos en que se acredite el requisito de la peligrosidad criminal establecido en el art. 95 CP.

Así, una vez realizado este análisis de la imputabilidad, se puede concluir con que, en la actualidad, cabe observar dos regímenes de imposición diferentes de la medida de libertad vigilada a sujetos imputables: por un lado, el surgido con la LO 5/2010, el cual establece la obligatoriedad de la imposición de la medida (art. 192.1 CP (*delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – delitos establecidos en el Título VII del Libro II –*) y 579.3 CP, ahora art. 579.bis.2 CP (*delitos de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo – delitos previstos en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II –*)), a excepción de los supuestos de comisión de un único delito menos grave por parte de un delincuente primario, y por otro lado, a través de la LO 1/2015, un régimen de carácter potestativo que amplía la extensión de esta medida a otros delitos (art. 140 bis CP (*todos los delitos contra la vida*), art. 156 ter CP (*maltrato ocasional en el ámbito familiar*) y art. 173.2 CP (*violencia doméstica habitual*)).

5.2. DURACIÓN DE LA MEDIDA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El artículo 105 CP establece para la duración de la medida de libertad vigilada dos plazos diferentes: uno por un *tiempo no superior a cinco años*, y otro por un *tiempo de diez años, siempre que así lo disponga el propio Código*.

⁷⁴ SIERRA LÓPEZ, M., “La medida de libertad vigilada...”, cit., p. 149.

⁷⁵ SAP de Valladolid (secc. 2ª) 305/2015, de 23 de noviembre: se acuerda imponer una medida de seguridad de libertad vigilada por un periodo de 5 años junto con una pena de prisión que acuerda suspenderse, por conformidad de las partes, en la misma sentencia condenatoria.

⁷⁶ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad...”. cit., pp. 174-175.

Con carácter general, la libertad vigilada tiene una duración máxima de cinco años. Sin embargo, cuando resulte aplicable a sujetos imputables que han cometido un delito de carácter sexual o de terrorismo, su duración se duplica, de forma que puede llegar a los diez años⁷⁷.

En el caso del art. 192.1 CP (delitos de carácter sexual), cuando se cometa uno o más delitos menos graves, la libertad vigilada tendrá una *duración de uno a cinco años* y en caso de cometer un delito grave la medida tendrá una *duración de cinco a diez años*. Con respecto al art. 579 bis.2 CP (delitos de terrorismo), la duración dependerá de la gravedad de la pena impuesta, por lo que, aunque no se haya cometido ningún delito grave es posible que se imponga una medida de libertad vigilada con una duración de *entre cinco y diez años*, siendo de *uno a cinco años* si la pena privativa de libertad es menos grave⁷⁸.

En el resto de casos en que es posible la imposición de la libertad vigilada a imputables (delitos contra la vida, de lesiones o de malos tratos), esta tendrá una duración máxima de *cinco años* (nunca podrá ampliarse a los diez)⁷⁹.

Ha habido críticas por parte de un considerable número de autores, tales como Otero González⁸⁰, quien considera que no se debería establecer diferencias temporales en función de si el delito es grave o menos grave, sino que la correcta aplicación de la medida debe basarse en la peligrosidad.

Finalmente, en relación con la determinación de esta duración, es importante decir que, una vez determinada la duración en abstracto de la medida de libertad vigilada, en el caso de sujetos imputables, son los tribunales los que deben determinar la misma por medio de sentencia.

Con respecto al principio de proporcionalidad, decir que la LO 1/2015 no ha modificado el art. 6.2 CP, el cual establece *“las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente*

⁷⁷ Ver auto del TS (Sala de lo penal), 1270/2014, de 10 de julio, en el que se constata como la Audiencia Provincial condenó a un individuo a una medida de libertad vigilada de 12 años, lo que supera la duración permitida por ley.

⁷⁸ SALAT PAISAL, Marc. “Regulación actual de la medida de seguridad...”. cit., p. 176.

⁷⁹ Ibid. cit., p. 176.

⁸⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “La libertad vigilada aplicada a...” cit., p.89.

aplicable al hecho cometido”, al contrario de lo que sí preveía el Proyecto de 2013, que asimismo establecía la posibilidad de aplicar prórrogas sucesivas de la medida de libertad vigilada, en tanto subsistiera la peligrosidad del sujeto.

La regulación actual es respetuosa con el principio de seguridad jurídica, por la determinación que supone, sin embargo, no es menos cierto que, a ojos de autores como Sánchez Lázaro, la modificación (Proyecto de 2013) hubiera sido perfectamente congruente con el fundamento de la medida que debe mantenerse, en tanto sea necesaria para la rehabilitación del sujeto, ya que, actualmente, hay un impedimento claro a la hora de desarrollar con éxito las posibilidades de cualquier tratamiento⁸¹. En este sentido, Romeo Casabona considera que las medidas deben ser proporcionadas a la peligrosidad, y como resultado de ello, no deben quedar limitadas abstractamente a la pena aplicable al hecho realizado, pues este es únicamente un indicio a la hora de determinar la peligrosidad, pero nunca el límite de la misma⁸².

5.3. POSIBLE INCOMPATIBILIDAD CON EL RÉGIMEN PROGRESIVO PENITENCIARIO

Como ya hemos señalado, la libertad vigilada se ejecuta tras la extinción de la pena privativa de libertad impuesta, y, por tanto, tras el cumplimiento de la fase de libertad condicional.

Sin embargo, este momento de cumplimiento de la medida a priori plantea el problema de la posible incompatibilidad de el llamado régimen progresivo penitenciario que rige en nuestro país.

El sistema progresivo penitenciario es una “modalidad de ejecución de la pena en el cual se prevé la atenuación progresiva de las condiciones del encierro de tal manera que la persona privada de la libertad, a medida que transcurre la

⁸¹ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en Revista Penal, nº 17, 2006, p. 148

⁸² ROMEO CASABONA, Carlos M^a, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, Barcelona: Bosch, 1986, pp. 32-37.

*ejecución va recuperando de manera progresiva los derechos restringidos por la medida de encierro hasta alcanzar el pleno goce de los mismos*⁸³.

En este sentido, la libertad vigilada parece una medida no compatible con este sistema al suponer un retroceso en relación con el régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, ya que es más restrictiva que esta última fase de cumplimiento de la pena⁸⁴.

Como consecuencia, esto obliga a prestar más atención al control de las obligaciones que dotan de contenido la libertad vigilada⁸⁵.

Según autores como Otero González, si el sujeto alcanzó el régimen de libertad condicional y, además, siempre que no haya habido un cambio radical de las circunstancias del sujeto relativas a un pronóstico sobrevenido de peligrosidad (inexistente en el momento de haber alcanzado la libertad condicional), normalmente no procederá la libertad vigilada. Es más, esta posibilidad excepcional de aplicación de la libertad vigilada lo será aún más en caso de delincuentes terroristas, dado el régimen agravado que impone el CP a este tipo de sujetos para acceder a la libertad condicional o al tercer grado. Tampoco parecería posible aplicar la libertad vigilada en alguno de los delitos contra la vida para los que está prevista tras la LO 1/2015.

A pesar de que el Proyecto de CP de 2013⁸⁶ hace compatibles ambas figuras, esta previsión no se ha hecho efectiva en la última reforma con la LO 1/2015, por lo que persiste el mismo problema de incompatibilidad.

En la misma línea, otros autores como Pérez Rivas sostienen que la medida de libertad vigilada no estaría orientada para aquellos sujetos que ya han cumplido el final de la pena privativa de libertad.

⁸³ Definición obtenida del siguiente enlace: <http://www.bu.ufsc.br/sistemaprogresivo.pdf>

⁸⁴ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. "La libertad vigilada aplicada a..." (Revista del Ministerio Fiscal). cit., p.82

⁸⁵ Ya lo apuntaba el informe del CGPJ sobre Anteproyecto de 2008. cit., p.38.

⁸⁶ El Proyecto de CP de 2013 intentó compatibilizarlas: "*cuando se acordara la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o se concediere al penado la libertad condicional y estuviese pendiente de ser cumplida una medida de libertad vigilada, su contenido se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 104 bis, y se incluirán en su caso en la misma las obligaciones y condiciones de que se hubiera hecho depender la suspensión o la libertad condicional*".

6. EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO

6.1. EJECUCIÓN Y CORRECTO CUMPLIMIENTO

Una vez determinado el contenido de la medida de libertad vigilada, y finalizada la pena de prisión impuesta, se inicia el procedimiento de ejecución de la misma.

El primer párrafo del artículo 106.2 CP prevé que el cumplimiento de la medida de libertad vigilada en su modalidad postpenitenciaria es subsiguiente a la pena privativa de libertad impuesta (una vez cumplida la misma).

Sin embargo, cabe la posibilidad de hablar de una concurrencia de penas de prisión, en cuyo caso rigen las reglas de cumplimiento sucesivo, conforme a orden de gravedad (art. 75 CP) y en su caso límite máximo de cumplimiento (art. 76 CP). En estos casos, tal y como prevé el párrafo tercero del art. 106.2 CP el día inicial el cumplimiento de la libertad vigilada se aplaza al término del cumplimiento de las penas privativas de libertad: *“si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas”*⁸⁷.

Por otro lado, existe la posibilidad de aplicación de varias medidas de libertad vigilada en el caso de concurso real de delitos. En este caso, el párrafo cuarto del art. 106.2 CP establece lo siguiente: *“asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.”*

Sin embargo, se podría decir que la peculiaridad de la ejecución de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria reside en el procedimiento de

⁸⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “Control de la peligrosidad...”, cit, p. 40.

concreción inicial de la peligrosidad criminal, que se inicia con un incidente previo para definir esta peligrosidad criminal del reo *hic et nunc*⁸⁸. Así se deriva del párrafo segundo del art. 106.2 CP: *“en estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria (...) elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que (...) concretará (...) el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones (...) que habrá de observar el condenado.”*

En este sentido, en primer lugar, decir que, en aquellos casos en los que el reo se encuentre todavía cumplimiento una pena privativa de libertad, el artículo 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, establece que *“en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.”*

Como consecuencia de la literalidad de este precepto, se puede entender que el informe técnico que la Junta de Tratamiento debe elevar al Juzgado de Vigilancia se encuentra supeditado al requerimiento previo del Juez de Vigilancia penitenciaria. Si esto es así, el principio de oficialidad⁸⁹ no regiría en el sistema

⁸⁸ *“Aquí y ahora”*

⁸⁹ Principio según el cual la iniciación, impulso y desarrollo de los procesos judiciales y de los procedimientos administrativos depende de un órgano público y no de la mera voluntad de las partes.

de ejecución de penas y con el deber de colaboración que el sistema de ejecución atribuye a las Instituciones Penitenciarias.

A juicio de Fernández Arévalo⁹⁰, la medida de libertad vigilada postpenitenciaria consta en el expediente penitenciario, pues figura en la sentencia, por lo que, *la remisión del informe debería reinterpretarse en el sentido de una remisión preceptiva al Juzgado de Vigilancia, sin necesidad de una previa solicitud del mismo.*

En segundo lugar, con respecto a la determinación de la competencia del Juzgado de Vigilancia penitenciaria, el art. 106.2 CP nada dice acerca de ello. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en los principios generales que definen las competencias de este tipo de Juzgados, le corresponde al Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional (art. 94.4 LOPJ), como es el caso de los delitos de terrorismo.

Con respecto a los supuestos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la competencia es más discutible, ya que el Juzgado de Vigilancia competente será, por norma general, uno territorial. Sin embargo, hay distintas posturas y argumentos⁹¹.

Así, en este sentido, cabría destacar el Auto del TS de 15 de noviembre de 2017 (recurso nº20605/2017), relativo a cuestiones competenciales. En él se concluye que la competencia para el seguimiento (ejecución y vigilancia) de la medida de seguridad postpenitenciaria la ostenta el JVP del lugar de la nueva residencia del sujeto. Textualmente, en dicho auto, se defiende que: *el criterio de la residencia es el que determina, dentro de la Administración penitenciaria, qué equipo de ejecución interviene en el seguimiento de la libertad vigilada, tal y como propugna el art. 24.1 del RD 840/2011. Determinado que el Servicio de gestión de penas y medidas alternativas (SGPMA) será (...) el de su domicilio, resulta lógico que ello arrastre la competencia del JVP de dicho lugar por razones*

⁹⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. "Control de la peligrosidad...", cit, p. 41.

⁹¹ Distintas posibilidades, según Fernández Arévalo: el Juzgado de Vigilancia territorial de la sede del Juez o Tribunal sentenciador, el correspondiente al lugar donde vaya a residir el liberado, el correspondiente al Centro Penitenciario de destino o al que se encuentra el reo adscrito en los casos en los que se encuentra actualmente disfrutando la libertad condicional, el propio Juez que aprobó la libertad condicional (si el reo se encuentra disfrutando de la misma), etc.

*de pragmatismo e intermediación para la conexión entre el JVP del domicilio del penado y los SGPMA de su territorio*⁹².

Seguidamente, ya recibido el informe técnico, el Juez de Vigilancia tiene la posibilidad de acordar la elevación de la propuesta o bien, con carácter previo, acordar diligencias recabando informes complementarios. Así lo recoge el art. 98.1 CP, el cual indica en su parte final que *“Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”*, al que se remite el art. 106.2 CP.

Con respecto al contenido de la propuesta de concreción de la libertad vigilada, una vez recibido el informe técnico de la Junta de Tratamiento, el segundo párrafo del art. 106.2 CP establece que *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado”*. En este sentido, hay que señalar que esta propuesta puede tener un doble contenido⁹³:

- En caso de ausencia de peligrosidad criminal, no existirán obstáculos para que pueda proponerse que se deje sin efecto la medida de libertad vigilada, tal y como contempla el art. 106.3 c) CP, el cual autoriza al Tribunal poner fin a la libertad vigilada postpenitenciaria *en caso de la existencia de un pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria la continuidad del régimen de prohibiciones u obligaciones impuesto*.
- En caso contrario, la propuesta debe ir encaminada a señalar una o varias de las reglas de conducta fijadas en el art. 106.1 CP (aquellas que incidan en la peligrosidad criminal del reo).

⁹² Auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. Recurso Nº 20605/2017.

⁹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “Control de la peligrosidad...”, cit, p. 43.

En cuarto lugar, conforme al art. 98.3 CP, y una vez recibida la propuesta del Juez de Vigilancia, se iniciará un procedimiento contradictorio, durante el cual, antes de resolver, “*el Juez o Tribunal deberá oír a la persona sometida a la medida, al Ministerio Fiscal y las demás partes. Asimismo, también se oirá a las víctimas del delito no personadas, siempre que así lo hubieran solicitado y que permanezcan localizables para ese fin*”.

A la vista de los informes y declaraciones realizadas, el Juez o Tribunal competente para la ejecución de la medida dictará una resolución motivada, que tendrá forma de auto, y al no establecerse que se encuentra exenta de recursos, será susceptible de recurso: recurso de reforma y de apelación cuando se trate de Juzgado Penal, y recurso de súplica cuando el órgano competente sea la Audiencia Nacional⁹⁴. También determinará su duración, que podrá ser inferior a la impuesta inicialmente en la sentencia, entendiendo que el pronóstico de peligrosidad actual del reo no requiere de la totalidad de la medida de seguridad impuesta, no permitiendo en ningún caso el aumento de duración⁹⁵.

Finalmente, con respecto al ámbito de la cooperación internacional, cabe hacer una breve referencia a la posible ejecución de la libertad vigilada en otros Estados miembros de la UE. La *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE* contiene en su Título IV las normas de la resolución de libertad vigilada, que establecen el régimen de la transmisión y ejecución de resoluciones adoptadas en el marco de medidas consecutivas a la condena. Más concretamente, se contiene tanto el procedimiento por el que las autoridades judiciales españolas pueden transmitir una resolución por la que se imponga una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva, como el procedimiento de ejecución de dichas resoluciones en España cuando hayan sido dictadas en otros Estados de la UE⁹⁶.

⁹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “*Control de la peligrosidad...*”, cit, p. 44.

⁹⁵ RUIZ SIERRA, Joana. “*Breve aproximación a la libertad vigilada*”. p. 8

⁹⁶ MARTÍN NÁJERA, Pilar. “*La libertad vigilada...*”, cit., p. 18.

6.2. VIGILANCIA DE SU CUMPLIMIENTO

En relación con el contenido de la libertad vigilada y su posible revisión, suspensión, modificación o cesación, el artículo 98 CP⁹⁷ prevé que, tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde resolver de manera motivada a la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria deben intervenir.

A pesar de este intenso doble control judicial, el CP no desarrolla cómo ha de realizarse el mismo, por lo que nos hallamos ante un vacío normativo que impide dotar a la figura de un completo contenido material. Por otro lado, el art. 23 del RD 840/2011, de 17 de junio, tampoco desarrolla las funciones, siendo ciertamente insuficiente⁹⁸.

Además del informe específico que elevará la Administración penitenciaria (tal y como contempla el RD), es imprescindible que se prevea la figura del agente administrativo de control de ejecución⁹⁹ de esta medida, con el fin de que el Juez de Vigilancia Penitencia pueda cumplir su función de control de forma adecuada.

Estos agentes deberán ser profesionales: psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales, técnicos de integración social, de manera que el control que se ejerza sobre estas personas cumpla una finalidad eminentemente

⁹⁷ Art. 98.1 CP: (...) cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Art. 98.3 CP: En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

⁹⁸ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. "La libertad vigilada aplicada a..." cit., p.114.

⁹⁹ Como referencia, cabe destacar la figura del agente responsable de la *Führungsaufsicht* del Código Penal alemán o la figura del *parole officer* en el sistema anglosajón.

asistencial y terapéutica, que ayude al condenado a superar los rasgos de peligrosidad¹⁰⁰.

En palabras de Gómez-Ecolar Mazuela¹⁰¹, ni siquiera a través de la vía de la *infranorma*¹⁰² la administración penitenciaria ha querido asumir mayor protagonismo, por lo que, en la actualidad, continúa la inseguridad jurídica sobre el modelo y vigilancia en la ejecución de la medida.

6.3. POSIBILIDAD DE QUEBRANTAMIENTO DE LA MEDIDA: INCUMPLIMIENTO

El artículo 100 CP, regulador del régimen de incumplimiento de las medidas de seguridad, prevé en su apartado tercero, en relación con el apartado anterior (art. 100.2 CP), que el quebrantamiento *en una sola ocasión* de una medida de seguridad, privativa o no de libertad, dará lugar en todo caso a que el Juez o Tribunal deduzca testimonio por el quebrantamiento.

Por su parte, el artículo 106.4 CP, regulador de los requisitos del quebrantamiento de la medida de libertad vigilada, nos dice lo siguiente: *“En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal (...) podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Además, si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.”* De esto se puede concluir que sólo el incumplimiento grave o reiterado dará lugar a un delito de quebrantamiento¹⁰³.

¹⁰⁰ MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en Diario La Ley, nº 7074, 11 diciembre, 2008, p. 4.

¹⁰¹ Gómez-Ecolar Mazuela, Pablo. “Aspectos problemáticos de la ejecución de las medidas de seguridad y de la prescripción de las penas”, en *La ejecución en el proceso penal: aspectos organizativos y sustantivos*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p.18.

¹⁰² Por ejemplo, la Instrucción I/19/2011/DGCTMA, de 16 de noviembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la administración penitenciaria, refiriéndose a la libertad vigilada. Disponible en:

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAXNDC2NjtbLUouLM_DxblwNDIwNjQzOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA8HEF4zUAAAA=WKE [consulta: 25/07/2020]

¹⁰³ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “La libertad vigilada aplicada a...” cit., p.118.

En la línea de Del Carpio Delgado¹⁰⁴, la explicación de esta contradicción podría estar en que el legislador haya previsto *dos consecuencias jurídicas distintas según se trate de incumplimiento de libertad vigilada por parte de imputables o por parte de inimputables o semiimputables, de forma que el incumplimiento de la libertad vigilada por parte de imputables conlleve la aplicación de lo previsto en el 106.4 CP* (el juez deducirá testimonio por delito de quebrantamiento sólo si es reiterado), *mientras que, conforme al art. 100.3 CP, el quebrantamiento de la libertad vigilada por parte de inimputables o semiimputables implicaría que el juez o tribunal dedujera testimonio por el quebrantamiento en todo caso.*

El art. 468 CP¹⁰⁵, de otra parte, prevé las consecuencias del quebrantamiento, y establece en su apartado primero que si la pena o medida de seguridad quebrantada es privativa de libertad conlleva una pena de prisión de seis meses a un año, mientras que, si se trata de una pena o medida no privativa de libertad, conllevará una pena de multa de 12 a 24 meses. Seguidamente, el apartado segundo establece, un régimen agravado para el quebrantamiento de la libertad vigilada (*en todo caso 6 meses a un año, como si se tratase de una medida de seguridad privativa de libertad*) de forma idéntica al incumplimiento de la pena, medida cautelar o medida de seguridad en los supuestos de violencia doméstica (art. 173.2 CP).

Tal y como se puede observar, y a juicio de autores como Otero González¹⁰⁶, se trata de una doble excepción, no justificada, al régimen general

¹⁰⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana, “*La medida de libertad vigilada par adultos*”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 27, 2012, cit., pp. 190-191.

¹⁰⁵ Artículo 468 CP:

1. *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

2. *Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.*

3. *Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.*

¹⁰⁶ OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “*La libertad vigilada aplicada a...*” cit., p.118.

de incumplimiento de las medidas de seguridad: con respecto al art. 106.4 CP, se exigen más requisitos, concretamente, la gravedad o la reiteración, para que se deduzca testimonio por quebrantamiento de condena, mientras que, en referencia al art. 468 CP, la realización del delito de quebrantamiento, conlleva, en todo caso, el régimen agravado, análogo al de las medidas de seguridad privativas de libertad (cuando la libertad vigilada no lo es).

7. CONCLUSIONES

Realizado este exhaustivo análisis de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, se puede inferir un conjunto de conclusiones de la misma, así como ciertas críticas por parte de ciertos autores y propuestas de mejoras que pudieran implementarse de cara a futuras reformas del Código Penal:

Primero. La entrada en el ordenamiento jurídico de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria no ha estado exenta de polémica: una parte de la doctrina consideraba su aplicación a imputables como la posibilidad de acabar en el llamado fraude de etiquetas y en la flexibilización de las garantías a la hora de aplicarlas, llegando a utilizarse para controlar y no para reinsertar. Para algunos, incluso, supuso el regreso a las consecuencias penales predelictivas¹⁰⁷.

Por el contrario, otra parte de la doctrina consideraba que la libertad vigilada era una solución tímida e insuficiente, apostando por el paso desde la autocontención en el trato dispensado al sujeto peligroso con elevado riesgo de reincidencia, hacia la custodia de seguridad¹⁰⁸ incluso permanente, aunque no irreversible.

Segundo. En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se justificó la introducción de la medida en nuestro ordenamiento como aquella que pretendía hacer frente a la peligrosidad de aquellos sujetos respecto a los cuales la pena impuesta no logra cumplir con su fin preventivo-especial, convirtiéndose, por tanto, en una alternativa a la prolongación indefinida de la privación de libertad.

Sin embargo, la puesta en práctica de la libertad vigilada terminaría por ser más compleja de lo que el legislador en principio pensó, puesto que, como medida de seguridad, esta debía estar orientada a la consecución de fines de prevención especial, como la resocialización del sujeto. Lo que realmente se consigue con su introducción es lo que la propia Exposición de Motivos dice no pretender: *la inocuización de sujetos considerados peligrosos*, inocuización que

¹⁰⁷SOLER CALVO, M.P., “Comentarios a la figura de la libertad vigilada a raíz de la STS de 11 de noviembre de 2014”; La Ley Penal, Nº 123, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Noviembre-Diciembre 2016, Editorial Wolters Kluwer.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^º. “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en Diario La Ley, p. 5.

se refleja en el contenido de la medida, orientado al control del sujeto y a la protección de la víctima y no en el tratamiento de esos peligrosos sujetos.

Tercero. En relación con el concreto contenido de la medida, únicamente hay dos obligaciones (*art. 106.1 letra j) y k) CP*) que tienen un carácter indudablemente rehabilitador. El resto tienen el objeto de controlar al sujeto, o bien, de proteger a terceras personas, pero nunca a disminuir el riesgo de reincidencia por un tiempo más allá del de la duración de la medida.

Así, el propósito que se intenta conseguir con la introducción de esta medida podría ya conseguirse con una simple modificación del régimen de ejecución de la pena de prisión, de forma que la última fase de esta se ejecutara en régimen de libertad condicional.

Cuarto. La libertad vigilada aplicable a sujetos imputables es ejecutada una vez cumplida la pena de prisión, momento en el cual se debe concretar su contenido, a pesar de que la jurisprudencia discrepe en ocasiones.

La ejecución de la medida plantea problemas en relación con el disfrute de beneficios penitenciarios y con la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional. En estos casos, tal y como se ha expuesto en el trabajo, sólo debería ejecutarse la libertad vigilada cuando, habiéndose obtenido el tercer grado o la libertad condicional, se hubiera producido un retroceso en la reinserción social del sujeto.

Quinto. La normativa no hace referencia específica a los organismos encargados de conseguir el objetivo de la reinserción del reo, ni tampoco a los profesionales encargados de realizar un seguimiento de la evolución de la medida de seguridad que ayuden al sujeto sometido a dicha medida a conseguirlo, como podría ser un agente de libertad vigilada. Explicado de una forma más clara, existe una regulación del instrumento para conseguir un determinado objetivo, pero no del personal que debe manejar dicho instrumento. Así, la mayor parte de las tareas recaen, especialmente, sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Sexto. La LO 5/2010 preveía la aplicación de la libertad vigilada con carácter preceptivo¹⁰⁹ en los supuestos de delitos sexuales y delitos de terrorismo. Sin embargo, no se hace ninguna distinción entre cada una de las manifestaciones delictivas, equiparándose, por lo tanto, en cierto modo, la respuesta y el trato adoptado frente a delitos que, pese a compartir cierta naturaleza, representan una vulneración diferente de los bienes jurídicos y una conducta distinta, no siendo aconsejable, por consiguiente, un trato por igual.

La posterior LO 1/2015, a pesar de ampliar los delitos para los que es aplicable la medida, ahora con carácter facultativo, no introdujo cambios en este aspecto, por lo que esta problemática continúa.

Séptimo. Enlazando con el punto anterior, y teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la aplicación de la medida en los casos de delitos sexuales y de terrorismo (LO 5/2010), la libertad vigilada, como medida de seguridad, debería imponerse de una manera discrecional en todo caso, tras el examen caso por caso del sujeto, y no establecer una imposición obligatoria atendiendo simplemente a la naturaleza del delito cometido, en donde el legislador lo que hace es presuponer un riesgo de reincidencia. Asimismo, debería atenderse al riesgo de comisión de nuevos delitos para determinar la duración máxima de la medida en cada caso concreto y no la gravedad del delito cometido.

La LO 1/2015, que podría haber resuelto este problema, por el contrario, ha complicado aún más la situación, al establecer un sistema de imposición meramente potestativo para nuevos supuestos (todos los delitos contra la vida, delitos de maltrato ocasional en el ámbito familiar y delitos de violencia doméstica habitual) en que es posible la imposición de la libertad vigilada, al mismo tiempo que mantiene el régimen obligatorio previsto para los delincuentes sexuales y terroristas.

Octavo. Existen ciertos problemas prácticos a la hora de implementar la medida de libertad vigilada, debido, por un lado, a la insuficiente dotación de recursos económicos y estructurales necesarios para la correcta puesta en

¹⁰⁹ Excepción: como ya sabemos, tendrá un carácter potestativo cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave.

marcha de la misma, y, por otro, debido a los problemas en su ejecución y competencias.

En relación con este último asunto, en la actualidad siguen existiendo conflictos de competencias entre la Judicatura y la Administración Penitenciaria. Para solucionar estos problemas, parte de la doctrina entiende que debería ser la Administración Penitenciaria la competente para encargarse del control y seguimiento de la misma.

En este sentido, el 12 de febrero de 2019 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias aprobó y remitió el “Protocolo para la verificación del cumplimiento de la libertad condicional”, por el cual se creaba la figura del “agente de la libertad condicional”. Así, de la misma forma que se ha creado esta nueva figura, no parecería descabellado plantear la posibilidad de poder ampliar las funciones del mismo a la libertad vigilada, quedando así resuelta toda la problemática competencial y en la efectividad de los controles.

Noveno. Hay quien considera que el legislador ha hecho lo contrario de lo que sería razonable. Lo normal hubiera sido constatar la efectividad del uso de la medida en el sistema y, una vez confirmado, concretar los mecanismos de vigilancia, control y ejecución adecuados, así como prever las posibles incidencias que pueda tener.

Sin embargo, el legislador ha optado por llevar a cabo una regulación dirigida a responder a la alarma social generada por ciertos delitos, y en cierto modo, alentada por los medios de comunicación, que entiende que debe prevalecer la protección de la ciudadanía (y potencialmente víctimas de esos sujetos), y no las penas y medidas orientadas a la resocialización y reeducación de los mismos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María (2010). “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho”. Navarra. Aranzadi SA.
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José (2013). “El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso”, Estudios de Derecho Penal y Criminología. Ed. Comares. p. 203.
- BARBERO SANTOS, M. (1980): “Marginación social y derecho represivo”, ed. Bosch, Barcelona, p. 43.
- DE MARCOS MADRUGA, F. (2011), “*De las medidas de seguridad*”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), “Comentarios al Código Penal”, Ed. Lex nova, Valladolid, p. 438.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana (2012), “*La medida de libertad vigilada par adultos*”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 27, cit., pp. 190-191.
- DÍAZ SASTRE, Cristina (2011): “Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal num.25/2011, Editorial Aranzadi, S.A.U.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2013): “La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos”, en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 junio, y 3/2011, de 28 enero), Pamplona. Civitas-Thomson Reuters, p. 237.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis (2017): “Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria”.
- GARCÍA ALBERO, R., “De las medidas de seguridad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentarios al Código Penal español, cit., p. 687.

- GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M^a del Carmen (2015): “Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 5^a edición, pp. 185 y ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino (2012): “La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos”. Tirant Lo Blanch.
- MARTÍN NÁJERA, Pilar (2018): “La libertad vigilada como medida post-delictual”. Fiscal de sala de violencia contra la Mujer. VII Congreso de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial. 17 de octubre de 2018.
- NISTAL BURÓN, Javier (2017): “La «libertad vigilada» como medida de seguridad complementaria de la pena de prisión. Cuestiones competenciales relativas a su ejecución”. Revista Aranzadi Doctrinal num.11/2017. pp. 4 y ss.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar (2015). “La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro”. Madrid. Ed. Dykinson.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar (2015): “La libertad vigilada aplicada a imputables tras la reforma por lo 1/2015”. Revista del Ministerio Fiscal. N^o 0, pp. 71-93.
- PÉREZ RIVAS, Natalia (2018): “Imputables y peligrosidad: la medida de libertad vigilada en el sistema penal español”. Cartapacio de Derecho. Revista virtual de la Facultad de Derecho, UNICER, núm 33. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1515/2058> (consulta: 19/07/2020)
- ROMEO CASABONA, Carlos M^a (1986): “Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo”, Barcelona, Ed. Bosch, pp. 32-37.

- RUIZ SIERRA, Joana. “Breve aproximación a la libertad vigilada” Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.
- SALAT PAISAL, Marc (2015). “La respuesta jurídico-penal a los Delincuentes Imputables Peligrosos: Especial Referencia a la Libertad Vigilada”. Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters.
- SALAT PAISAL, Marc (2016): “Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los tribunales”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Vol. 20.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (2006), “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en Revista Penal, nº 17, p. 148.
- SANZ MORÁN, Ángel J. (2001). “Revista de Derecho Penal n. 3”, pp. 211-212.
- SANZ MORÁN, Ángel J. (2003): “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal”. Lex Nova, Valladolid.
- SIERRA LÓPEZ, María del Valle (2013): “La Medida de libertad vigilada”. Tirant Monografías.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010): “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en Diario La Ley. Nº 7464
- SOLER CALVO, M. P. (2016): “Comentarios a la figura de la libertad vigilada a raíz de la STS de 11 de noviembre de 2014”; La Ley Penal, Nº 123, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Editorial Wolters Kluwer; LA LEY 11/2017.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2009): “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, N° 1, pp. 199-212.

- Otras webs y documentos consultados:
 - o Guías Jurídicas. Wolters Kluwer:
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAWNjl1NDtbLUouLM_DxblwNDA0MjA2OQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAwWS5UjUAAAA=WKE (consulta: 10/07/2020)

 - o LÓPEZ FERRERAS, Esther: *Abogacía Española (Consejo General)* “La paradoja de la libertad vigilada”. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-derecho-penitenciario/la-paradoja-de-la-libertad-vigilada/> (consulta: 19/08/2020).