



9 y 10 de mayo de 2019
Salón de Grados – Facultat de Dret
Universitat de València

Comunicaciones aceptadas por el Comité Científico del Congreso *Borrador de trabajo**

María Jesús Berzosa Ríos

**LA LIBERTAD VIGILADA Y OTRAS PENAS Y MEDIDAS
EN MEDIO ABIERTO: PROBLEMAS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**
Pág. 2

Javier Guardiola García

**LAS NUEVAS PREVISIONES DE LIBERTAD VIGILADA
PARA IMPUTABLES DE 2015: UN RÉGIMEN LEGAL PARTICULAR**
Pág. 7

Rocío Gutiérrez Gallardo

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA
Pág. 12

Santiago Leganés Gómez

EL CONTROL DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA
Pág. 17

Carlos Martínez Hervás

**ESTUDIO Y ANÁLISIS DE SENTENCIAS RECOGIDAS
EN CENDOJ Y ARANZADI DONDE SE ANALIZA LA LIBERTAD VIGILADA**
Pág. 22

Leopoldo Puente Rodríguez

**SOBRE LO (IM)POSIBLE Y LO (IN)NECESARIO
DE DISTINGUIR LAS PENAS DE ALGUNAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**
Pág. 26

Silvia María Rosales Pedrero

**CUESTIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN
DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA AL DELINCUENTE SEXUAL**
Pág. 31

© 2019 por los respectivos contenidos, sus autores

* Este es un documento de consulta para las sesiones del congreso, que será eliminado del *url* a la finalización del mismo para reemplazarlo por la publicación definitiva del libro de actas, que incluirá resúmenes de las ponencias (y cuya paginación será necesariamente distinta); se ruega a quienes deseen citar los contenidos que lo hagan a través del documento definitivo que estará disponible en *ReCrim* (www.uv.es/recrim) :
www.uv.es/recrim/recrim19/recrim19d02.wiki

**LA LIBERTAD VIGILADA Y OTRAS PENAS Y MEDIDAS
EN MEDIO ABIERTO: PROBLEMAS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**

María Jesús Berzosa Ríos
Juez sustituta adscrita al TSJ Cataluña
Centro Universitario Villanueva (Universidad Complutense de Madrid)

libertad vigilada - condiciones suspensivas – penas accesorias –
sentencia de conformidad – órganos de control
*probation measure – suspensive conditions – accessory penalties –
conformity judgements – oversight bodies.*

Se aborda y analiza, desde un punto de vista jurídico, los problemas que pueden surgir al fijar la medida de libertad vigilada conjuntamente con otras penas accesorias del artículo 57 del Código Penal, así como con el régimen de condiciones que se pueden imponer en el supuesto de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta en virtud del artículo 80 y 83 del Código Penal. Así como los problemas que pueden derivarse en el control judicial de unas y otras.

It addresses and analyses from a legal standpoint the problems that may emerge when setting the probation measure in conjunction with other penalties of article 57 CP, as well as the regime of conditions that may be imposed of suspension of the sentence imposed article 80 and 83 of the CP. Also, the problems, that can be, derived from the judicial control of each other.

I. Momento en que se debe dotar de contenido a la medida de libertad vigilada

El legislador, tanto en la reforma del Código Penal (C.P) operada por la LO 5/2010 en que se introdujo la libertad vigilada como medida a imponer en los delitos contra la libertad sexual, en la redacción dada al artículo 192 del C.P, como en la modificación posterior introducida por la LO 1/2015 establece, la imposición de dicha medida de seguridad en la Sentencia condenatoria que se dicte, ya sea de forma preceptiva o potestativa. La primera duda que surge es acerca del momento en que debe concretarse el contenido de dicha medida de seguridad. Resulta evidente que en la sentencia deberá fijarse la duración de la medida de libertad vigilada, pero ¿Cuándo debe concretarse el contenido de dicha medida de seguridad? Según se desprende del artículo 106 del C.P el contenido de dicha medida no se fijará en la sentencia condenatoria, sino posteriormente, en fase de ejecución de la misma, tras abrir el incidente previsto en el artículo 98 del C.P. Ello, plantea un problema, en el supuesto en que nos encontremos ante una sentencia de conformidad, en la que el acusado reconozca conforme al artículo 787 de la LECRIM los hechos cometidos y se conforme con las penas solicitadas por las acusaciones. En el caso de que el mismo se conformara con una pena de prisión y una medida de libertad vigilada, en el momento de prestar su consentimiento, en relación con la medida de libertad vigilada únicamente se conformaría con la duración de dicha medida de seguridad, ignorando en dicho momento con qué medidas del artículo 106 del C.P en concreto se está conformando. Es cierto que, el legislador ha previsto la audiencia al mismo antes de decidir acerca de dichas medidas, pero el artículo 106 del Código Penal, establece el obligado cumplimiento de las mismas una vez fijadas por el Juez o Tribunal.

Entendemos pues que la única forma de evitar que la conformidad se convierta en una especie de “*carta en blanco*” que pudiera causar indefensión al condenado, pasa por una correcta información al acusado de las posibilidades de concreción de dicha medida de libertad vigilada, así como de la obligación de cumplimiento por el mismo de las

medidas que se acuerden, debiendo incluso plantearse la posibilidad de recabar el consentimiento del mismo respecto al sometimiento o realización de tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico.

II. Compatibilidad de la medida de libertad vigilada con otras penas accesorias previstas en el artículo 57 – 48 del C.P. y con las condiciones suspensivas previstas en el artículo 83 del C.P.

Ocurre que, durante la fase de ejecución de la sentencia, la medida de libertad vigilada, debe coexistir con penas accesorias, condiciones suspensivas o programas penitenciarios individuales que sin duda pueden, o bien suponer una reiteración o bien una duplicación de contenidos o de medidas, todo ello injustificado, pudiendo generarse una extensión excesiva en determinadas prohibiciones impuestas al condenado.

II.1. Duplicidad con las penas accesorias

Tal y como se observa de la lectura de los artículos 48 y 106 del C.P, las penas accesorias que se pueden imponer, o en su caso que se deben imponer atendiendo a la preceptividad marcada en el Código Penal coinciden con las medidas que pueden configurar la libertad vigilada según el Art. 106 del C.P. Ello sucede, en las prohibiciones de aproximación y de comunicación, así como en las prohibiciones de acudir o residir en determinados lugares. En los casos en que la sentencia dictada, junto con la pena privativa de libertad imponga alguna o algunas de las penas accesorias del artículo 57, en relación con el 48 del C.P y a su vez imponga la medida de libertad vigilada, parece lógico que en el momento de fijar el contenido de la misma se tenga en cuenta el cumplimiento en su caso o la imposición de dichas penas accesorias a los efectos de evitar la duplicidad de las mismas y una excesiva duración temporal de dichas prohibiciones, que pudiera comprometer cualquiera de los plazos previstos en el artículo 57.2º del C.P.

A título de ejemplo, si una persona fuera condenada por un delito habitual de violencia de género del artículo 173.2º del C.P, a la pena de prisión de 2 años, junto con la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima durante 4 años y a la medida de libertad vigilada de 2 años, resulta poco lógico que el contenido de la medida se nutra nuevamente de la prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima, puesto que se solaparía con la pena accesoria impuesta.

Pero es que además, dado que la medida de libertad vigilada debe cumplirse una vez cumplida la pena privativa de libertad impuesta, si partimos de lo dispuesto en el artículo 57 del C.P en su punto 1 C.P, que establece que las penas accesorias se impondrán *“por un tiempo superior entre uno y diez años a la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave”*, es factible que a la hora de aplicarla, sigan subsistiendo dichas penas accesorias impuestas, de tal forma que se da una simultaneidad, como refiere MARÍA LUZÓN CÁNOVAS *“sometidas a regímenes legales distintos. Así, por ejemplo, en las medidas cautelares, el art. 48,4 C.P prevé la posibilidad de su control a través de medios electrónicos, previsión que sorprendentemente no aparece recogida para estas prohibiciones en el art. 106 C.P y las consecuencias del incumplimiento de estas prohibiciones establecidas como penas accesorias, son distintas que las establecidas como medida de seguridad”*.

II.2. Duplicidad con las condiciones suspensivas del artículo 83 del C.P, del artículo 90.5 del C.P. relativo a libertad condicional, y de la suspensión de la pena de prisión revisable art. 92.3 C.P.

Nuevamente la lectura de dichos artículos 83, 90.5, 92.3 y 106 del C.P, nos permite identificar la coincidencia de las medidas propias de la libertad vigilada con las posibles condiciones que se impusieran al acordar la suspensión de la pena privativa de libertad.

La lectura de ambos artículos 83 y 106 del C.P nos permite identificar la coincidencia de las medidas propias de la libertad vigilada con las posibles condiciones que se impusieran al acordar la suspensión de la pena privativa de libertad, no solamente en relación con las prohibiciones, sino también en relación con la realización de cursos formativos, terapias o tratamientos médicos. A su vez en idéntica posición nos encontramos en relación con el artículo 90.5 del C.P, que regula la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y la concesión de la libertad condicional, en tanto que remite a la posible imposición de condiciones suspensivas del artículo 83 del C.P, situándonos en igual plano respecto el artículo 92.3 del C.P.

II.3 Duplicidad del contenido de la medida de libertad vigilada con los programas personales seguidos por el condenado en cumplimiento del tratamiento penitenciario en el caso de cumplimiento de la pena de prisión impuesta, así como el tercer grado o libertad condicional

Si atendemos al contenido del artículo 106 del C.P, especialmente en relación a los cursos de formación o terapia, los planes individuales de tratamiento al estar vinculados con el hecho delictivo que justificó la condena, los cursos o terapias o tratamientos seguidos en el centro penitenciario, serían o tendrían contenidos idénticos o similares a aquellos que conformarían la medida de libertad vigilada.

Por otro lado, no hay que olvidar el tercer grado penitenciario, o la libertad condicional del penado, donde el Juez de Vigilancia penitenciaria puede imponer de forma motivada alguna de las medidas que establece el artículo 83 del C.P, así como del artículo 96.3 del C.P, pudiendo darse la paradoja que cuando el penado obtenga su libertad definitiva, las propias medidas, de la libertad vigilada resulten, inclusive, más restrictivas que las impuestas durante su tercer grado o en libertad condicional.

II.4 Solución a los problemas expuestos.

Para evitar la repetición de medidas, o el solapamiento de las mismas o el exceso de tiempo de duración de las mismas, resulta necesario que el juzgado de Vigilancia Penitenciaria, encargado de proponer el contenido de dicha medida de seguridad, tal y como expresa el artículo 106.2 del C.P al Juez o Tribunal sentenciador, tenga pleno acceso a toda la información relativa a la ejecución de las penas impuestas, así como al plan individual de tratamiento impuesto en el Centro Penitenciario, o el régimen de condiciones suspensivas que en virtud del artículo 83 se hubieran podido imponer por el Juez o Tribunal de enjuiciamiento, o por el propio juzgado de vigilancia penitenciaria en los casos del artículo 90.5 del C.P, o del artículo 92.3 del C.P, para con ello poder establecer el contenido a la libertad vigilada más ajustado al caso, o incluso de conformidad con lo establecido en el artículo 106 3c) del C.P, dejar sin efecto la medida en vista del pronóstico positivo de reinserción que haga innecesaria o incluso contraproducente la medida de libertad vigilada impuesta.

III. Diversidad en los órganos de control y de los efectos derivados en caso de incumplimiento

Cuando se produce el incumplimiento de una o varias de las obligaciones fijadas en el artículo 106.1 del C.P en relación a la medida de libertad vigilada, el artículo 106.4 del C.P prevé que ello dé lugar a la modificación de dichas obligaciones o de las prohibiciones impuestas, ahora bien, si se produce el incumplimiento de la obligación establecida en el Artículo 106.1.k) del C.P, es decir, la de *“seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”* la misma se entronca dentro del ámbito de la protección que otorga en derecho sanitario, debiéndose respetar en todo momento el principio de autonomía de la voluntad del paciente, que consagra así el capítulo IV de la L41/2002 de 14 de noviembre, y es por ello, que entendemos que en ese caso, no opera el artículo 106.4 del C.P, sino el artículo 100.3 del C.P, en el que se establece que *“no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o continuar un tratamiento médico consentido”* pero no obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución *“del tratamiento inicial o posteriormente rechazado, por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”*, de tal forma que la consecuencia directa sería una posible sustitución del mismo, por las medidas de seguridad que establece el artículo 96 de nuestro Código Penal.

De todas formas, el problema que subyace es que el control de la medida de libertad vigilada corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, mientras que el control del cumplimiento de las condiciones suspensivas del artículo 83 del C.P o de las penas accesorias corresponde al Juez o Tribunal sentenciador.

El incumplimiento del contenido de la medida de libertad vigilada que coincidiera con el contenido de las condiciones suspensivas puede dar lugar a decisiones si no contradictorias sí de difícil explicación. Señalar que el incumplimiento del contenido de la medida de libertad vigilada, puede dar lugar a la modificación de las obligaciones impuestas, o incluso la deducción de testimonio por quebrantamiento, mientras que el incumplimiento de las condiciones suspensivas del artículo 83 del Código Penal, puede dar lugar a una agravación de las mismas o bien a la revocación de tal suspensión en función de la gravedad del incumplimiento. La intervención de dos órganos judiciales distintos a la hora de evaluar las consecuencias de un mismo acto realizado por el condenado, puede dar lugar a respuestas judiciales incongruentes, pareciendo lógico pensar que, a título de ejemplo, el incumplimiento de una prohibición de aproximación o de comunicación, en función del contexto y el cómo se haya producido la misma, deba llevar una respuesta proporcionada, aplicada en cada uno de los marcos de condiciones, ya sean suspensivas o como medida propia de la libertad vigilada. En ambos casos considero que la apertura de un incidente en el que se diera audiencia al penado y a las partes, así como el recabar la totalidad de la información obrante en la ejecutoria o bien en el expediente penitenciario del mismo puede ayudar a evitar la adopción de tales decisiones de difícil explicación.

Bibliografía

- SANZ MORÁN, ÁNGEL J., La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político criminal en un Derecho Penal comprometido, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011
- LUZÓN CÁNOVAS, M., Reflexiones sobre la libertad vigilada. Tribuna 2012.
- SIERRA LÓPEZ, MARÍA V., La medida de libertad vigilada, Tirant lo Blanch 2013, ISBN 978-84-9033-507-9

- CAMARENA GRAU, S / ORTEGA LORENTE J.M., Reformas procesales y sustantivas en el ámbito penal. Cuadernos digitales de Formación, 2014.
- GONZÁLEZ VEGA, IGNACIO U., Libertad Vigilada. Cuadernos Digitales de Formación, volumen 2, 2012.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO J., Las reformas penales introducidas en la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, volumen 49. 2011

**LAS NUEVAS PREVISIONES DE LIBERTAD VIGILADA
PARA IMPUTABLES DE 2015: UN RÉGIMEN LEGAL PARTICULAR**

Javier Guardiola García*
Universitat de València

libertad vigilada
supervised release

El legislador español introdujo en nuestro Código penal la libertad vigilada para imputables, sólo en materia de delincuencia sexual (art. 192) y de terrorismo (art. 579 *bis*), en la Ley Orgánica 5/2010; y extendió la aplicabilidad de esta medida a otros tres ámbitos en la Ley Orgánica 1/2015 (delitos contra la vida a través del art. 140 *bis*, lesiones en el ámbito de la violencia doméstica o de género a través del art. 156 *ter*, y maltrato habitual en el ámbito de la violencia doméstica o de género a través del art. 173.2). Aunque una aproximación superficial pueda inducir a pensar que estamos ante regímenes legales semejantes, un examen más atento de la normativa resultante obliga a concluir que, en realidad, las condiciones de aplicación de la medida de libertad vigilada para imputables son distintas en los ámbitos en que la introdujo la L.O. 5/2010 y en aquellos a los que la extendió la L.O. 1/2015. Probablemente esto sea resultado de los avatares de una accidentada tramitación parlamentaria más que de una voluntad consciente del legislador, pero lo cierto es que nuestro sistema conforma, así, tres regímenes distintos de medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes adultos: el correspondiente a inimputables y semiimputables, el aplicable a delincuentes sexuales y terroristas, y el correspondiente a delitos contra la vida y lesiones y maltrato habitual en violencia doméstica y de género.

I. La introducción de la libertad vigilada para imputables en nuestro Código penal

El Código penal español de 1995 optó por prever la adopción de medidas de seguridad orientadas a neutralizar la peligrosidad criminal –rompiendo así con los precedentes de regulación por legislación especial, y garantizando que sólo la comisión de un hecho penalmente antijurídico posibilitaría su imposición–, pero ciñéndolas a los supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad de los criminalmente responsables de las infracciones penales; para los imputables la prevención especial quedaba confiada a la pena. El diluvio de reformas posteriores que sufrió el nuevo Código mantuvo este criterio durante tres lustros, resolviendo la urgencia de salir al paso de la reiteración delictiva y la peligrosidad criminal de los imputables, a las que con frecuencia aludieron las exposiciones de motivos de las modificaciones, a través del incremento del rigor de las penas (en su conminación abstracta) y de la previsión de mecanismos normativos orientados a evitar la excarcelación temprana de los condenados (el invocado cumplimiento ‘efectivo’ o ‘íntegro’ de la pena de prisión). La consideración de la peligrosidad criminal de los imputables no era ajena al sistema, pero se articulaba la respuesta a la misma a través de las penas, dejando las medidas de seguridad para los supuestos en que las condiciones del sujeto no permitían imponerle pena.

En la Ley Orgánica 5/2010, nuestro legislador se decidió a incorporar las medidas de seguridad para determinados delincuentes imputables; y como era esperable en una

* La presente contribución se enmarca en los Proyectos de Investigación GV/2017/154 (Generalitat Valenciana) y DER2017-86336-R (AEI/FEDER, UE). Contacto con el autor: Javier.Guardiola@uv.es

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

Rocío Gutiérrez Gallardo

Letrada de la Administración de Justicia sustituta
Centro Universitario Villanueva (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid)

medida de seguridad – libertad vigilada – peligrosidad – incumplimiento – control
security measure – supervised freedom – danger – non-compliance – control

Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, la libertad vigilada se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a la peligrosidad de aquellos sujetos frente a quienes la pena no logra cumplir con su fin preventivo-especial, de forma que, según el legislador, la medida de seguridad de libertad vigilada se convierte en la alternativa a una prolongación ilimitada de la privación de libertad. No obstante, la concreta regulación de la libertad vigilada es mucho más turbia en lo que a su aplicación respecto de estos sujetos se refiere, de modo que no es posible vislumbrar con tanta facilidad su naturaleza de medida de seguridad.

En la presente comunicación, se realizará un análisis jurídico de esta medida de seguridad desde el punto de vista práctico y analizaremos la regulación que ha sufrido esta medida de seguridad en nuestro país, desde su primera versión en la Ley de Vagos y Maleantes de la II República y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, que sustituyó a la anterior, hasta su introducción en el Código Penal por la LO 5/2010 y la última y posterior transformación de esta institución, con motivo de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo; analizaremos su contenido y ejecución. Veremos en qué casos el Código Penal establece que la libertad vigilada debe imponerse de forma preceptiva por los Jueces y Tribunales, y cuando establece que su imposición es de carácter facultativo; trataremos la vigilancia de su cumplimiento y consecuencias de su incumplimiento; así como de los problemas prácticos que esta medida de seguridad plantea, sobre todo en el ámbito de los delitos de violencia de género, para, finalmente, exponer nuestras conclusiones y posibles mejoras en su regulación.

According to the Statement of Motives of the Organic Law 5/2010, supervised freedom is incorporated into our legal system to deal with the dangerousness of those subjects in front of whom the penalty fails to comply with its preventive-special purpose, so that, according to the legislator, the security measure of probation becomes the alternative to an unlimited prolongation of the deprivation of liberty. However, the specific regulation of probation is much more murky in terms of its application to these subjects, so it is not possible to glimpse so easily its nature as a security measure.

In the present communication, a legal analysis of this security measure will be made from the practical point of view and we will analyze the regulation that this security measure has suffered in our country, since its first version in the Law of Vagrants and Crooks of the II Republic and the Social Rehabilitation and Rehabilitation Act of 1970, which replaced the previous one, until its introduction in the Penal Code by LO 5/2010 and the last and subsequent transformation of this institution, due to the reform of the Penal Code operated by LO 1/2015 of March 30; we will analyze its content and execution. We will see in what cases the Penal Code establishes that probation must be imposed in a mandatory manner by the Judges and Courts, and when it establishes that its imposition is of an optional nature; we will deal with the monitoring of compliance and the consequences of non-compliance; as well as the practical problems that this security measure poses, especially in the field of crimes of gender violence, to finally expose our conclusions and possible improvements in its regulation

I. Introducción

Sin duda, una de las novedades más destacadas de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 fue la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada; una nueva medida de seguridad no privativa de libertad con la que se rompía el sistema vicarial existente hasta entonces de, persona imputable-pena versus persona inimputable-medida de seguridad. Por tanto, la relevancia de la nueva medida no residía tanto en su contenido concreto, sino en el hecho de prever, por primera vez desde el Código Penal de 1995, el poder imponer una medida de seguridad a sujetos plenamente imputables, la cual se ejecutaría una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

II. Regulación en nuestro ordenamiento jurídico

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010¹ justificaba la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la libertad vigilada, como medida frente a la peligrosidad de aquellos sujetos respecto de los cuales la pena impuesta no logra cumplir con su fin preventivo-especial, convirtiéndose en la alternativa a una prolongación ilimitada de la privación de libertad. Pese a ello, en la práctica diaria judicial, la aplicación de esta medida resulta más complicada de lo que en un principio el legislador pensó dado que, en tanto que, concebida como medida de seguridad, debería estar orientada a la consecución de fines de prevención especial, concretamente, a la resocialización del sujeto. Sin embargo, lo que realmente se consigue con su introducción, es lo que la propia Exposición de Motivos dice no pretender, esto es, la inocuización de sujetos considerados peligrosos, inocuización que queda reflejada, como se verá, al analizarse el contenido de la medida que fundamentalmente está orientado al control del propio sujeto peligroso y a la protección de la víctima y no en el tratamiento de esos sujetos peligrosos.

Dejando de lado antecedentes más remotos, la libertad vigilada se reguló en la Ley de Vagos y Maleantes de la II República, tanto para los criminalmente responsables de un delito cuando el Tribunal hiciera declaración expresa de “peligrosidad”, como para “los que observen conducta reveladora de inclinación al delito”, ley que fue modificada en 1970 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que continuó regulando esta medida.

Hasta la reforma operada por la LO 5/2010, el Código Penal seguía el esquema clásico que ligaba la culpabilidad a la pena y la peligrosidad a la medida de seguridad, optando por una sola sanción, salvo en el caso de sujetos semiimputables donde sí se preveía la imposición conjunta de pena y medida, en un sistema vicarial por el cual, primero se cumplía la medida de seguridad y, posteriormente, la pena privativa de libertad con abono del tiempo de cumplimiento de la medida previa.

La LO 5/2010 rompe el binomio anterior e introduce la libertad vigilada ya como medida de seguridad postdelictual, permitiendo que, en aquellos casos en que se entienda que persiste la peligrosidad del sujeto, sea posible imponer esta medida una vez cumplida la pena privativa de libertad. El apartado IV del Preámbulo de la LO 5/2010 lo justifica indicando que “...en ciertos casos de especial gravedad la pena no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia, por lo que se hace necesario contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias

¹ Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, p.3

constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y libertad del resto de ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad.” La novedad sustancial que presenta la libertad vigilada es la posibilidad de imponer una medida de seguridad, no solo cuando la peligrosidad del sujeto se vincula a un estado patológico que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del autor, sino también, cuando la peligrosidad deriva de la propia naturaleza del hecho realizado por un sujeto plenamente imputable considerado peligroso, resultando obligatoria su imposición en el caso de delitos contra la indemnidad sexual y delitos relacionados con el terrorismo, incluyendo para ambos una versión potestativa de la misma cuando se trate de delincuentes primarios que comentan un solo delito no grave.²

III. Contenido y ejecución

La medida consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna/s de las obligaciones y prohibiciones recogidas en el art. 106.1 CP, por un periodo de tiempo que no podrá ser superior a 5 años (art. 105.1.a CP), aunque podrá extenderse a 10 años, de conformidad con los artículos 192.1 y 579.3 CP, para el caso de condenados por delitos de carácter sexual y de terrorismo. Muchas de estas obligaciones y prohibiciones ya estaban previstas, aunque no siempre con idéntica regulación, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 como medidas de seguridad no privativas de libertad, penas accesorias, reglas de conducta de la suspensión de la pena o condiciones de la libertad provisional.³ En concreto, la medida está conformada por un total de once obligaciones/prohibiciones que pueden clasificarse en tres grandes grupos⁴: aquéllas que principalmente tienden a controlar la libertad del sometido a la medida, aquéllas que principalmente tienden a proteger a terceras personas y aquéllas que principalmente tienden a la consecución de fines propiamente correctivos. Entre todas ellas, destaca la contenida en el art. 106.1a) CP, referida al control a través de medios electrónicos, pues hasta la fecha, este tipo de control siempre se había configurado como instrumental de otra pena y sin que se estableciera expresamente la obligación de que el seguimiento debiera ser permanente.⁵ Por primera vez se obliga al sujeto sometido a soportar un seguimiento constante a través del uso de dispositivos electrónicos aunque la obligación, no obstante, no restringe el derecho a la libertad de circulación del art. 19 CE dado que con su imposición no se limita la libre deambulacion de la persona.

El legislador de 2010, estableció dos supuestos es que era posible la imposición de esta medida a sujetos imputables: los condenados por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual (ex. art. 192.1 CP) o relacionados con el terrorismo (ex. vigente art. 579 bis CP). La reforma del CP operada por la LO 1/2015 introduce dos nuevos artículos, el art. 140 bis y el art. 156. ter CP, a la vez que modifica el apartado 2 del art. 173 CP con el objetivo de facultar la imposición de una medida de libertad vigilada a los sujetos condenados por la comisión de alguno de esos delitos. Así, el CP vigente

² MARTÍN NÁJERA, P. La libertad vigilada como medida post-delictual. VII Congreso de Violencia de género y doméstica del CGPJ, 2008, p.8.

³ GARCÍA ALBERO, R. De las medidas de seguridad, en QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios al Código Penal español, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p.688.

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Comentarios a la Reforma Penal de 2010, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp.152-156.

⁵ SIERRA LÓPEZ, M. La medida de libertad vigilada, ed. Tirant lo Blanch, 2013, p.128

diferencia dos regímenes de imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables: el creado ya por la LO 5/2010, por el cual, excepto cuando se cometa un único delito menos grave por delincuente primario, un régimen preceptivo de imposición aplicable a sujetos condenados por la comisión de algún delito contra la libertad e indemnidad sexual o terrorismo; y uno nuevo, introducido por la reforma de la LO 1/2015, en que su imposición debe articularse en todo caso de forma potestativa⁶. Sin embargo, como avanzamos, en la práctica judicial diaria, la aplicación de esta medida no es tan sencilla y plantea no pocos problemas, sobre todo en lo que a los delitos relacionados con la violencia de género se refiere fundamentados, especialmente, en la coincidencia en gran parte del contenido de las medidas que se pueden imponer con la libertad vigilada y las penas accesorias del art. 57 CP. Es cierto⁷ que la libertad vigilada incluye alguna medida adicional más novedosa, como la obligación a seguir determinados programas o tratamientos pero, por lo demás, las medidas que disponen una y otra figura, no difieren demasiado. por otra parte, ambas, penas y medidas, se imponen en atención a la peligrosidad del autor, por el riesgo de reiteración delictiva de actos de violencia, con la particularidad de que, la pena accesoria, se impone directamente en la sentencia, sin necesidad de recabar informes específico alguno, y la libertad vigilada se concreta al finalizar la pena privativa de libertad a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la valoración de los informes previos de los facultativos y profesionales que asisten al sujeto y a las Administraciones Públicas competentes, lo que plantea no en pocos casos, problemas de solapamiento, el cual, en mi opinión, podría evitarse estableciendo que la libertad vigilada comenzara a ejecutarse tras el cumplimiento de las medidas accesorias y no tras el licenciamiento de la pena privativa de libertad.

IV. Control e incumplimiento de la libertad vigilada

Por un lado, el art. 100 CP, establece que el incumplimiento de las medidas de seguridad, incluso por una sola vez, dará lugar a que el órgano judicial competente deduzca testimonio por delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP. Sin embargo, el art. 106.2 CP, al referirse concretamente a la medida de libertad vigilada, establece que únicamente el incumplimiento grave y reiterado de la medida, dará lugar al delito del art. 468.2 CP o del nuevo art. 468.3 CP relativo a la alteración o manipulación de los dispositivos de control. De lo que se deduce que el CP contempla dos regímenes de actuación en el caso de las medidas impuestas, uno para el caso de que el incumplimiento sea leve, supuestos en los que el Tribunal sentenciador, de conformidad con el procedimiento del art. 98 CP, podrá acordar la modificación de las obligaciones o prohibiciones impuestas, por alguna otra del art. 106.1 CO; y un segundo régimen de actuación, para el caso de que el incumplimiento sea grave y reiterado, en el cual el juez deberá, además de modificar la medida grave y reiteradamente incumplida, si así lo considera, deducir testimonio por la comisión de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP⁸.

⁶ SALAT PAISAT, M. Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los Tribunales. Anuario a Facultae de Dereito da Universidade da Coruña, vol.20, 2016, p.174-175.

⁷ MARTÍN NÁJERA, P. La libertad vigilada como medida post-delictual. VII Congreso de Violencia de género y doméstica del CGPJ, 2008,p.15-16.

⁸ DEL CARPIO DELGADO,J. La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables. Revista de Derecho Penal y Proceso Penal, nº 27,2012.

En cuanto al control del cumplimiento de la libertad vigilada, debe criticarse al legislador no haber aprovechado la última reforma del CP operada por la LO 1/2015, para subsanar la carencia de la anterior legislación, y regular la figura del agente de ejecución de libertad de medidas, pues únicamente se establece que el control será realizado por el Tribunal sentenciador sin que, tampoco aclare, qué decisión debe adoptar ante el incumplimiento de la libertad vigilada, ¿debe revocarla, suspenderla o se entiende automáticamente extinguida?, será necesario algún acuerdo del pleno de jurisdiccional de la Sala II del TS o su Jurisprudencia, quien nos lo aclare.

VI. Conclusiones y propuestas de mejora

La actual regulación de la libertad vigilada, permite afirmar que tal medida no fue creada por el legislador para cumplir con fines de prevención especial, sino para la inocuidad de aquellos sujetos de los que se deduce su peligrosidad por la naturaleza de los hechos delictivos a los que fueron condenados. Una vez más, el legislador no ha aprovechado una reforma para mejorar la regulación de esta medida y zanjar los problemas prácticos que supone su aplicación, sobre todo en el caso de delitos relacionados con la violencia de género y su solapamiento, así como la falta de regulación de una figura que se encargue concretamente del seguimiento de su cumplimiento, sino que ha optado por hacer una regulación dirigida a esa masa social que, alentada por los medios de comunicación y la alarma social que ciertos delitos, sobre todo los de carácter sexual, crean en la población, entiende que no debe prevalecer las penas y medidas encaminadas a la resocialización y reeducación de los sujetos, sino la prevención de la ciudadanía y potencialmente víctimas de esos sujetos.

En mi opinión, el legislador debería regular la imposición discrecional, de la libertad vigilada, tras el examen caso por caso del sujeto en cuestión, y no regular una imposición obligatoria simplemente por la naturaleza del delito cometido.

Asimismo, también debería aprovechar el legislador una futura reforma, para aclarar por qué entiende que ciertos delitos relacionados con la violencia de género son merecedores de imponer libertad vigilada, y en otros casos no, como, por ejemplo, en el caso del delito de amenazas, coacciones o acoso, delitos en los que, además, los efectos que producen en sus víctimas, son más perniciosos y duraderos y las penas a imponer, a su vez, son de escasa duración.

EL CONTROL DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA

Santiago Leganés Gómez
Universitat de València

libertad vigilada – medida seguridad – pena – peligrosidad – agente libertad vigilada
probation – security measure – penalty – danger – probation officer

En este artículo analizamos la libertad vigilada postpenitenciaria y hacemos propuestas para mejorar los criterios de competencias en cuanto a la ejecución y control de este tipo de medida de seguridad.

In this article we analyze postpenitentiary probation and make proposals to improve the criteria of competencies in the execution and control of this type of security measure

I. La libertad vigilada postpenitenciaria

El legislador español introdujo la libertad vigilada para imputables en la Ley Orgánica 5/2010, si el código de 1995 había optado por restringir las medidas a los inimputables o semiimputables y responder con penas a los imputables, las incesantes reformas de los últimos años han apostado por el incremento continuado de las medidas de libertad vigilada sustentado en el discurso de la peligrosidad.

Así pues, la libertad vigilada surge *ex novo* en LO 5/2010, en el art. 96, como una medida de seguridad no privativa de libertad. El motivo de esta nueva figura penal de libertad vigilada no era otro que el control y seguimiento de terroristas y delincuentes sexuales dada la incapacidad, en ocasiones, para que las condenas de prisión consigan el fin de la reinserción del delincuente a la sociedad, lo que hace necesario la adopción de medidas complementarias que permitan el tratamiento y control de estas personas después de cumplida la pena privativa de libertad. De manera que la aplicación de la libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando ésta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libertad, y no como un objetivo de obligada consecución⁹.

La libertad vigilada se trata de una medida de seguridad que se impone además de la pena y se basa en la supuesta peligrosidad del penado. Esta peligrosidad está acreditada, supuestamente, por la previa comisión de un delito. Por tanto, su fundamento es el mismo que las medidas de seguridad postdelictuales. Esta medida no existía en nuestro Código Penal pero sí en otros ordenamientos.

TAMARIT SUMALLA defiende este tipo de medida al afirmar que: “*También serían las medidas de seguridad no privativas de libertad el cauce adecuado para afrontar la problemática de la habitualidad delictiva o la necesidad de reaccionar ante focos de*

⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *Revista de L’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV. (ReCrim)*, 2009, pág. 295

riesgo de condenados por delitos muy graves en los que haya fracasado el programa de reinserción social... ”¹⁰.

La libertad vigilada permite a los jueces la imposición de una serie de obligaciones que deberá cumplir el condenado y que tienen como finalidad la paulatina reinserción en la sociedad de éste, una vez cumplida la pena de cárcel, lo que supone una forma de acomodar el sistema de la ejecución penal a los pronósticos de peligrosidad que pueden representar personas que difícilmente van a insertarse y que su paso por un centro penitenciario no es más que otro peldaño que les llevará, en un futuro más o menos mediato, dependiendo de la pena impuesta, a ingresar de nuevo en prisión¹¹.

Compartimos el criterio de MANZANARES SAMANIEGO cuando reflexiona que no es muy razonable que la libertad vigilada se acuerde en la sentencia cuando esta medida de seguridad se cumplirá después de la pena privativa de libertad. Difícilmente podrá valorarse la peligrosidad del reo, ni siquiera provisional, con una anticipación de años o décadas¹². Pero por otro lado, un enjuiciamiento de la evolución y situación del sujeto al finalizar el cumplimiento de la pena prevista en la sentencia para decidir la imposición de una ulterior consecuencia jurídica del delito, conforme señala CEREZO MIR, infringiría el principio *ne bis in idem*, por lo que para evitar dicha infracción la aplicación *a posteriori* de una pena o medida de seguridad debería estar prevista expresamente en la misma sentencia condenatoria¹³. Opción por la que justamente se decanta el legislador en el caso de la libertad vigilada, sin perjuicio de que antes de dar inicio a la misma deba comprobarse la evolución y situación del reo, y verificarse que concurren las razones y presupuestos legales que hacen necesaria su ejecución.

Con esta reforma se confía al Juez o Tribunal sentenciador la aprobación de la pena privativa de libertad junto con la medida de libertad vigilada, si bien la aplicación de ésta se demora hasta que se haya cumplido la pena. Por tanto, el contenido de la libertad vigilada no se determinará hasta la extinción de la pena. Es el Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP) quien debe hacer la propuesta para que el Juez o Tribunal sentenciador concrete el contenido de la misma. Todo ello obliga a que si se quiere que se inicie precisamente cuando ya no quede pendiente ninguna pena privativa de libertad que cumplir, incluyendo, en su caso, la libertad condicional.

Como bien dice NISTAL BURÓN la medida de libertad vigilada, en su modalidad de ejecución postpenitenciaria, sólo tendría cierta efectividad práctica para aquellos internos que cumplen la totalidad de la pena en prisión y además lo hagan en el régimen de vida ordinario (en segundo grado) o cerrado (en primer grado). La regulación de la libertad vigilada establece una presunción *iuris tantum* de peligrosidad. El sistema de libertad vigilada parte de la presunción de que la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por determinados delitos subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión, pero esta presunción tiene que ser confirmada, o bien quedar

¹⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, N^o 09-06, pág. 06:40, consultada 9/6/2007

¹¹ NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de “libertad vigilada”. Problemática Jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *Actualidad Aranzadi*, N^o 793, pág. 1, consultada 25/2/2010.

¹² MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada”, *Diario La Ley* N^o 7386, Sección Doctrina., 22/4/2010, pág. 10

¹³ CEREZO MIR, V.J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, *Revista la Ley Penal*, N^o 22., 2008, pág. 20

desvirtuada cuando, después, se inicia la ejecución de la pena de libertad vigilada, y también posteriormente durante su cumplimiento. Por ello según el CGPJ esta es la razón por la que se prevé que el JVP no solo puede cambiar las obligaciones del penado durante la ejecución de la libertad vigilada, de acuerdo con ese pronóstico de peligrosidad cambiante, sino también reducir la duración de la de libertad vigilada impuesta en sentencia o, incluso, dejarla sin efecto en cualquier momento de su cumplimiento, es decir, incluso en el mismo momento del comienzo de su ejecución¹⁴. En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ ARÉVALO cuando afirma que se puede concluir racionalmente la inexistencia de peligrosidad criminal -y en este sentido puede ser clave el informe de la Junta de Tratamiento- no existirá ningún obstáculo para que pueda proponerse que se deje sin efecto la propia libertad vigilada; así resulta de lo dispuesto en el art. 106.3.c) CP, que permite al Tribunal poner fin a la libertad vigilada postpenitenciaria en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas, inclusive en el momento de concreción de las medidas. Se trata de una consecuencia lógica de la naturaleza de medida de seguridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, ya que al encontrar su fundamento en la peligrosidad criminal del reo, si se contrasta como desaparecida tal peligrosidad, no debe cumplirse, cesando así incluso antes de su iniciación¹⁵.

La Inst. 19/2011, de 16 de noviembre, que regula las medidas de seguridad ejecutables por la Administración Penitenciaria, establece en cuanto a la libertad vigilada que a los efectos previstos en el art. 23 RD 840/211, referente a las medidas de seguridad, que cuando un penado tenga impuesta la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 96.3 y 106 CP), tres meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en el que se encuentre el penado o aquel en el que estuviere adscrito si se hallare en libertad condicional, elevará un informe técnico al JVP. En dicho informe, atendiendo al pronóstico actual de peligrosidad, se propondrán a la autoridad judicial de forma motivada las medidas concretas, de las recogidas en el art. 106 CP, a las que debiera ser sometido el futuro liberado.

Desde nuestro punto de vista, si el penado se encuentra tanto en tercer grado como en libertad condicional y su evolución es positiva, no cabe otra opción que la Junta de Tratamiento elabore un pronóstico favorable no peligrosidad, y por tanto no sería necesario la aplicación de la medida de seguridad de libertad vigilada si la autoridad judicial así lo aprueba. Por el contrario, si el penado se encuentra hasta el último día en prisión cumpliendo la pena privativa de libertad y su pronóstico de peligrosidad es desfavorable la Junta de Tratamiento sí que deberá proponer las medidas del art. 106 CP para su aplicación por la autoridad judicial si las estima oportuna.

II. Reforma Código Penal 2015

Los anteproyectos de código penal de 2012/2013 preveían una enorme expansión de la medida de seguridad para imputables, en un nutrido grupo de infracciones, pero al final sólo se aprobó para delitos contra la vida (artículo 140 bis) y el maltrato habitual en el ámbito doméstico (artículo 173.2); y una enmienda aprobada por el pleno del Senado

¹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Control de la peligrosidad criminal y liberatan vigilada postpenitenciaria”, Sevilla, Junio 2012.

¹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Control de la peligrosidad criminal y...”, *op. cit.*, Sevilla, Junio 2012.

la reintrodujo para víctimas de lesiones que pertenecieran al ámbito de la violencia doméstica y de género (art. 156 ter).

A partir de la Ley Orgánica 1/2015 podemos decir que tenemos tres tipos diferenciados de libertad vigilada para adultos, al margen de la regulada en Ley Penal del Menor¹⁶:

- 1) Una libertad vigilada para inimputables y semiimputables
- 2) Una libertad vigilada aplicable a terroristas y delincuentes sexuales
- 3) Una libertad vigilada prevista para homicidas y agresores y maltratadores domésticos o de género.

III. Propuestas control libertad vigilada

Los problemas prácticos de la implementación de la libertad vigilada son varios, por una parte, la falta de dotación de recursos económicos y estructurales necesarios para una correcta puesta en marcha de una medida de esta naturaleza, y por otra, los problemas prácticos de su ejecución y el laberinto competencial en que nos colocan las distintas incidencias que la práctica nos plantea (libertades vigiladas con y sin prisión asociada, libertades vigiladas como condición de la suspensión de la pena, competencias de juzgados sentenciadores, ejecutores y de vigilancia penitenciaria, servicios de penas y medidas alternativas, servicios autonómicos en comunidades que tienen o no transferidas competencias en ejecución penitenciaria, etc.)¹⁷.

Cuando CGPJ informó sobre la propuesta de creación de la medida de la libertad vigilada sugirió la creación de la figura de un "asistente o agente" para supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas al sometido a medida de libertad vigilada. Pero al día de hoy no se ha creado la indicada figura y sigue habiendo conflictos de competencias entre la Judicatura y la Administración Penitenciaria.

Para solucionar estos problemas entendemos que aunque la libertad vigilada sea una medida no privativa de libertad, ajena al mundo penitenciario, debería ser la Administración Penitenciaria la competente para encargarse del control y seguimiento de la misma a través de sus Servicios de Penas y Medidas alternativas, al igual que ocurre con las penas suspendidas.

En fecha 12 de febrero de 2019 la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias aprobó y remitió el "*Protocolo para la verificación del cumplimiento de la libertad condicional*". En el mismo se indica que la libertad condicional es el tramo final de la pena de prisión que se cumple en la comunidad, es decir, fuera del establecimiento penitenciario. O bien, tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de ese año, es la consecuencia de la suspensión del resto de la pena de prisión que hasta ese momento se venía ejecutando.

Puesto que la Administración Penitenciaria acaba de crear en el Protocolo indicado la figura del "agente de la libertad condicional", por qué no este mismo agente

¹⁶ GUARDIOLA GARCÍA, J. "La nueva libertad vigilada como medida de seguridad para imputables en el ámbito de la violencia de género". II Seminario Judicial, Policial y Social sobre la Violencia de Género. Libro de Actas, pág. 79

¹⁷ GUARDIOLA GARCÍA, J. "La nueva libertad vigilada...", op. cit. pág. 79

se puede ocupar del control y seguimiento de los penados que tengan aplicada la libertad vigilada aunque no haya supuesto ingreso previo en prisión, y sobre todo de los que son excarcelados una vez cumplida la pena desde el régimen de primer o segundo grado, puesto que son los que tienen un pronóstico más desfavorable de reincidencia y por ello no ha disfrutado de permisos, tercer grado o libertad condicional.

Conclusión, si se ha creado por parte de la Administración Penitenciaria la nueva figura del Agente de la libertad condicional, por qué no ampliar la funciones del mismo a la libertad vigilada y así quedaría resuelta toda la problemática de competencias y efectividad de los controles.

Evidentemente para todo ello es necesaria la correspondiente reforma legal para atribuir a la Administración Penitenciaria el control de la libertad vigilada tanto en casos de suspensión como de medida postpenitenciaria.

**ESTUDIO Y ANÁLISIS DE SENTENCIAS RECOGIDAS
EN CENDOJ Y ARANZADI DONDE SE ANALIZA LA LIBERTAD VIGILADA**

Carlos Martínez Hervás
Universitat de València

sentencia – libertad vigilada – recopilación – análisis - problemática
judgement – probation – compilation – analysis – review

La progresiva preocupación por los delincuentes peligrosos se ha traducido en diferentes reformas legislativas durante los últimos años. Con ello se pretende evitar que estos delincuentes peligrosos vuelvan a reincidir. A este conflicto trata de responder la implementación de la libertad vigilada en 2010 como medida de seguridad, aunque no con la claridad y certeza que se esperaba para ser realmente efectiva. Asimismo tampoco en su posterior reforma de 2015 que todavía la hacía menos sistemática y concisa que la anterior. A través de un profundo estudio de sentencias recopiladas en buscadores de jurisprudencia como CENDOJ y ARANZADI, hemos podido analizar más detenidamente como se lleva a cabo realmente en la práctica esta medida. De este modo, pretendemos identificar la problemática que plantea la libertad vigilada en cuanto al desajuste legislativo que presenta a la hora de concretar el contenido de la medida y el momento en que debe concretarse este contenido.

The progressive concern about dangerous criminals has been translated in different legislative reforms. Over the last years with this we try to avoid that the criminals don't reoffend again. After the unease, in 2010 a new security measure of probation was introduced even we can't say with certainty it was effective. In 2015 the last reform didn't help at all to the previous are. It make it less systematical and less concise. After a deep study of sentences gathered by searchers like CENDOJ and ARANZADI we can't find out how to carry out this measures. This way, we must identify the problems that the probation create with regard the legislative imbalance that legislative imbalance that present at the time to the content of the measures and the moment in which must to confine to these content.

I. Introducción y metodología

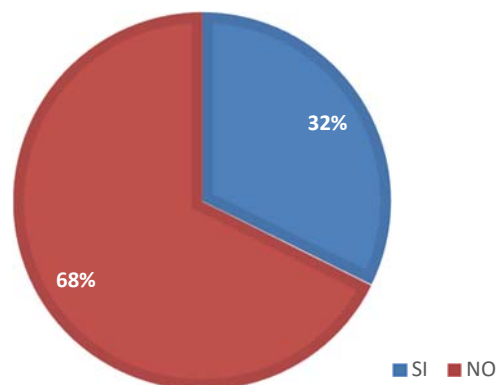
Para poder indagar y conocer cómo se está llevando a cabo en la práctica la medida de libertad vigilada hemos realizado una búsqueda detallada de sentencias y autos en los buscadores de jurisprudencia CENDOJ y ARANZADI, en las que se impusiera la medida de libertad vigilada. Hemos buscado todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Audiencia Nacional (Sala de lo Penal y Juzgado central de lo Penal), Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Juzgados de lo Penal y Juzgados de Vigilancia penitenciaria y de Violencia sobre la mujer. Debido a las limitaciones de estos buscadores, la revisión no ha podido ser completa por lo que hace a las resoluciones emitidas por Juzgados. De las resoluciones obtenidas hemos excluido las que imponían la medida a sujetos inimputables o semiimputables.

Hemos obtenido un total de 66 sentencias. La búsqueda se refirió al periodo entre 2011 (año donde puede empezar a aplicarse la medida habida cuenta que en este momento había entrado ya en vigor la LO 5/2010) y 2019, aunque solo hemos encontrado sentencias que impongan la medida entre los años 2015 y 2019.

II. Resultados

En 21 de ellas, ya se concretaba el contenido de la medida previamente de que el condenado hubiera cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad. En las 45 sentencias restantes tan solo se establecía la duración que debía ejecutarse la medida, sin concretar aún el contenido.

CONCRECIÓN DE LA MEDIDA EN LA SENTENCIA

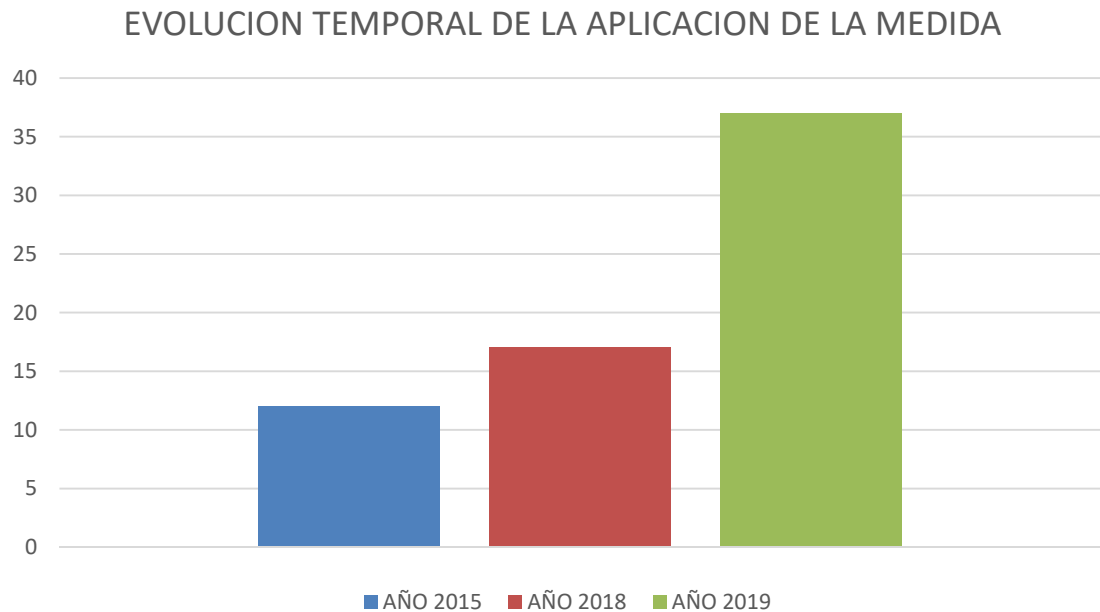


La gran mayoría de los procesados a los que les impone la medida de libertad vigilada son sujetos condenados por delitos de abuso o agresión sexual, pues estos representan el 71% del total de la muestra de las sentencias analizadas. A los condenados por delitos de terrorismo, lesiones, homicidio o malos tratos tan solo se les aplica la medida de libertad vigilada en el 29% del total de la muestra recogida.

Otro dato significativo fruto del análisis, es el contenido concreto de la medida. Pues en aquellos que han sido condenados por delitos contra la integridad sexual, es más frecuente que se les dicte la medida de libertad vigilada consistente en participar en programas de educación sexual además de la prohibición de comunicarse con la víctima o acercarse a ella, aunque al reo todavía le reste por cumplir la pena privativa de libertad que se le ha impuesto. A los condenados por el resto de otros (terrorismo, homicidio, lesiones, violencia de género) en los que cabe la aplicación de la medida, tras la reforma de 2015, el contenido más común consiste en la prohibición de comunicarse o acercarse a la víctima o cualquier lugar que sea frecuentado por ella.

El órgano judicial más común a la hora de aplicar la medida de libertad vigilada dentro de nuestro estudio ha sido la Audiencia Provincial, la cual ha emitido el 74 % del total de la muestra de sentencias analizadas donde se aplica la medida de libertad vigilada. El tribunal Supremo ha emitido el 14%, la Audiencia Nacional el 9% y el Tribunal Superior de Justicia el 3% del total de la muestra.

Desde una perspectiva temporal, analizando en que años fueron emitidas las sentencias analizadas de la muestra, podemos observar una creciente aplicación de la medida de libertad vigilada. Para ello hemos abarcado una búsqueda desde que entró en vigor la aplicación la medida en 2015 hasta marzo de 2019. Del año 2015 corresponden el 18%, de 2018 el 26% y de 2019 el 56% del total de la muestra.



III. Crítica y conclusiones derivadas del estudio

Hemos podido concluir que en muchas ocasiones (*32% de las sentencias analizadas*), el contenido de la medida ya se concreta incluso antes de que el condenado haya empezado a cumplir la pena privativa de libertad, lo cual implica que realmente no se tiene en cuenta como ha estado evolucionando el riesgo de reincidencia durante el tiempo que el reo ha estado cumpliendo la pena privativa de libertad. Pues esto se contradice con el motivo que expone la reforma en el cual se afirma que el riesgo de reincidencia se tiene en cuenta a la hora de aplicar el contenido de la medida de libertad vigilada. Además, el hecho de que el juez sentenciador anticipe la medida antes de que el reo empiece cumplir la pena privativa de libertad, puede condicionar al penado a su posterior rehabilitación durante este período ya que de todos modos tiene concretado el contenido y el tiempo de la medida de libertad vigilada encomendada una vez finalizada la pena privativa de libertad. La duración que se aplica la medida puede ser de 5 o de 10 años en los supuestos de delitos de mayor de gravedad. La duración de la medida ya constatada en la sentencia condenatoria también sería otro hecho que podría condicionar una evolución favorable por parte del reo durante el periodo que se encontrase cumpliendo la pena privativa de libertad.

Por otra parte, el 71% a los que se les aplica la libertad vigilada dentro del presente estudio son condenados por delitos de carácter sexual. Esta amplia diferencia en cuanto a la aplicación de la medida a condenados por delitos de carácter sexual respecto a los condenados por el resto de delitos se explicaría por la facultad perceptiva por parte de los jueces a la hora de aplicar la medida como consecuencia del ferviente rechazo hacia este tipo de delitos ejercida por la opinión pública.

La evolución temporal en cuanto a la aplicación de la medida de libertad vigilada es particularmente relevante, pues tras la entrada en vigor de la reforma en 2015 se ha producido un incremento progresivo de la aplicación de la medida. Como podemos observar en los resultados de este estudio, hemos recogido 12 sentencias en las que se aplica la medida en 2015, 17 sentencias en el año 2018 y por último 37 sentencias en lo que llevamos durante el año 2019. Este significativo incremento estaría plenamente

relacionado con la reforma de 2015 que permite aumentar número de delitos en los que cabe de aplicación la medida, lo cual explicaría el porque ha aumentado progresivamente la aplicación de la medida de libertad vigilada.

Uno de los principales motivos que incentivaron la promulgación de esta reforma, fue la ferviente preocupación hacia los delincuentes más peligrosos y con mayor riesgo de reincidencia, y así mediante la aplicación de la medida de libertad vigilada poder evitar que estos pudieran volver a reincidir, ya sea mediante el control y vigilancia ejercido o bien y preferiblemente por su posterior rehabilitación.

Como ya hemos mencionado previamente el método de aplicación de la medida queda aún más confuso, abstracto e ineficaz durante la última reforma de 2015, aunque el abanico de delitos a los que cabe de aplicación la medida ha sido ampliado, todavía existe un vacío significativo a la hora de que esta sea llevada a cabo con concreción, eficacia y de una forma mucho más sistemática que implique una mayor clarividencia hacia el reo para que este pueda acatarla de manera eficaz.

Otra de las críticas a la aplicación de esta medida sería la falta de previsión por parte del legislador de un responsable de ejecución de la medida, que podría denominarse agente de libertad vigilada, encargado de controlar que se cumplan las obligaciones y prohibiciones impuestas y de asistir y apoyar al sujeto sometido a la medida en su resocialización. Pues otra de mis principales críticas a algunas de las carencias de esta medida que considero de vital importancia abordar, es la falta de determinación, clarificación y control por parte de las entidades responsables de determinar y guiar al condenado en la ejecución de esta medida.

Bibliografía

Buscador de Jurisprudencia Aranzadi

Buscador de Jurisprudencia Cendoj

MANZANARES SAMANIEGO, J. (2016). Comentarios al Código Penal: tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de Marzo(pp.400-433). Madrid: LA LEY Wolters Kluwer.

SALAT PAISAL, M. (2015) La libertad vigilada. En Quintero Olivares, G. Comentarios a la reforma penal de 2015 (pp. 203-212) Navarra: Aranzadi (Thomson Reuters).

SALAT PAISAL, M. (2015). La consecuencia jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi

MANZANARES SAMANIEGO, J. (2010). Diario la Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, Editorial LA LEY

**SOBRE LO (IM)POSIBLE Y LO (IN)NECESARIO
DE DISTINGUIR LAS PENAS DE ALGUNAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Leopoldo Puente Rodríguez*
Universidad Autónoma de Madrid

medidas de seguridad – penas – libertad vigilada – fundamento – garantías
security measures – punishment – supervised release – foundation – guarantees
El objetivo principal de este trabajo es prestar atención a algunos de los problemas que existen para distinguir penas y medidas de seguridad. Además, pretende mostrar que, aunque tal distinción fuera posible, a veces no sería deseable.
The main aim of this paper is to draw attention to some issues raised by the distinction between punishment and security measures. Moreover, it aims to show that even if such distinction were possible, it would sometimes not be advisable.

I. Introducción

Con el propósito de distinguir penas y medidas de seguridad, en especial cuando de su imposición a sujetos responsables se trata, varias de las mejores cabezas de nuestra dogmática han desplegado desde hace ya décadas sus más intensos esfuerzos. Lo cierto es, sin embargo, que no resulta claro que estos empeños hayan dado el fruto esperado, de manera que sostener hoy que no es viable distinguir con nitidez una institución de la otra (en particular en los casos límite) no es una afirmación especialmente arriesgada. Los motivos de esta dificultad son variados y a lo largo de las pocas páginas que siguen se pretende poner de relieve algunos de los más importantes. Tras ello se cuestionará, al menos en parte, el punto de partida de tales esfuerzos. Quizás, después de todo, no resulte imprescindible (y puede que tampoco razonable) llevar a cabo tal distinción.

II. Una distinción imposible

Para empezar, se comete el error, en mi opinión, de reconducir a cualquiera de las dos categorías pretendidamente distintas (penas y medidas) instituciones que pueden ser extraordinariamente heterogéneas entre sí. Tenía razón MAURACH cuando sostenía que “las medidas de seguridad constituyen cualquier cosa salvo una unidad”¹⁸. Acertadamente señaló también STRENG que la imagen de un Derecho penal de “doble-vía” representa más bien una metáfora que una exacta definición de la realidad de nuestro sistema, que es, en verdad, uno de “múltiples vías”¹⁹. De hecho, resulta más sencillo encontrar paralelismos entre determinadas penas con concretas medidas que hacerlo entre algunas instituciones pertenecientes a esta segunda categoría entre sí²⁰. Mucho más en común hay (desde una perspectiva fáctica, pero también normativa), por ejemplo, entre las penas accesorias del Código penal y la libertad vigilada que entre esta última y el internamiento

* Contratado predoctoral FPU del Área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid (FPU15/00856). Leopoldo.puente@uam.es

¹⁸ MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Alemania, 1948, p. 46.

¹⁹ STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., Kohlhammer, Alemania, 2013, p. 164.

²⁰ Sobre la proximidad existente entre prisión permanente revisable y medidas de seguridad, vid. MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, p. 160.

médico psiquiátrico o el de deshabitación²¹. Las medidas de seguridad de contenido estrictamente inoportunizador, a diferencia probablemente de aquellas de carácter terapéutico, tienen una enorme relación con la imposición de las más clásicas penas. Existe una distancia mayor (cualquiera que sea la perspectiva adoptada) entre un internamiento penal por motivos médicos y una “custodia de seguridad” al estilo alemán de la que existe entre esta última y la pena de prisión²².

Un segundo motivo que dificulta esta cesura obedece probablemente a lo etéreo de los criterios que con frecuencia son propuestos como vías a seguir para su adecuada delimitación. Así, con frecuencia se alega que es el fundamento que inspira la institución el elemento central que debe servir para distinguir unas respuestas jurídicas de otras. Se dice reiteradamente que la peligrosidad es el fundamento de la medida de seguridad, mientras que la culpabilidad es el de la pena. Esta afirmación resulta tan generalizada como simplificadora y, me temo, incorrecta. Ello se debe, probablemente, a la polisemia del término “fundamento”²³. El fundamento de una institución, en el sentido que al Derecho le importa, responde a la pregunta acerca de la razón de su existencia. Sostener, como a veces se hace, que el fundamento de la medida es la peligrosidad conduce a la tautología: imponemos una medida de seguridad al sujeto peligroso porque es peligroso. Lo correcto es caracterizar la peligrosidad como el presupuesto (adicional) de la medida y no como su fundamento. En caso contrario confundimos “presupuesto” y “fundamento”, con las graves repercusiones que ello puede tener para la correcta interpretación del primero, que debe tener un importante asidero en el segundo.

Aclarado este extremo llegamos inevitablemente al punto en que hemos de precisar su contenido y entramos así en el mundo de lo inasible. Penas y medidas de seguridad comparten o no fundamento solo en atención a cuál sea el plano desde el que este fundamento sea observado. El fundamento de una institución no es algo que venga naturalmente dado y, en consecuencia, dependerá en buena medida de cuál sea el que se le “quiera” dar. Así, el control social tiene un mismo fundamento para cualquiera de sus ramas (sea este el que sea), el Derecho tiene un fundamento común para todos sus sectores (se trate del que se trate), etc. La pregunta es la de por qué al analizar y comparar una concreta institución con otra hemos situarnos en el más alto grado de abstracción o en las particularidades más concretas. Para ello lo cierto es que no tengo respuesta. Me atrevo, eso sí, a aventurar que el motivo no puede ser la necesidad de diferenciar, pues de lo fáctico no podemos derivar lo normativo: de una necesidad no podemos obtener una justificación (o, al menos, no solamente de ella). Es evidente, pues, que habremos de ubicarnos en un plano en el que la distinción nos resulte útil, pero esta decisión dependerá a su vez de aceptar la legitimidad del objetivo perseguido (de esta “utilidad”) y tal legitimidad estará vinculada al fundamento en el que se pretenda basar tal distinción, lo que nos devuelve a un nuevo círculo vicioso.

²¹ Sobre la escasa aportación que la libertad vigilada supone para el arsenal punitivo de nuestro Código penal cuando se contrasta con las penas que ya se hallaban contempladas en él, vid. MARAVER GÓMEZ, M., “Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 31, 2015, pp. 303 y ss.

²² Para un interesante análisis de la custodia de seguridad alemana, vid. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “La custodia de seguridad ¿retorno al pasado o ‘regreso al futuro’?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (editor): *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, *passim*.

²³ Vid., para mayores consideraciones al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS, R. (director): *La responsabilidad en los ‘delitos especiales’*, B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 32 y ss.

A todas las dificultades de distinción entre las penas y determinadas medidas de seguridad señaladas se les suma una tercera: la dificultad de derivar distintos fundamentos de instituciones que en lo fáctico son prácticamente idénticas. Es cierto que la finalidad de una institución no depende solo de su concreta configuración. La finalidad de un instituto jurídico muchas veces trasciende a su propia regulación. No nos encontramos ante categorías ontológicas que permitan derivar el fundamento de su mera existencia. Ahora bien, al desvincular el “para qué” o el “porqué” de una institución de cómo esta está contemplada se corre el riesgo de transitar inopinadamente de la dogmática a la metafísica. De este modo, la labor de delimitación entre dos entidades configuradas de manera similar se presenta ciertamente compleja.

III. Una distinción innecesaria

Sin embargo, esto no es un drama que debamos sufrir, sino una posible suerte. Quizás, sencillamente, no solo no podamos distinguir penas y medidas de seguridad para sujetos imputables, sino que tampoco debamos hacerlo. Aunque la distinción es la más importante tarea del jurista, lo cierto es que no hemos de “distinguir por distinguir”. Es necesario plantearse por qué lo hacemos. En este caso, distinguimos porque a cada institución le asignamos un diverso régimen jurídico, distinciones que se encuentran tanto en el plano material (proporcionalidad, *ne bis in idem*, legalidad, etc.), como en el plano procesal (estándar probatorio, principio acusatorio, flexibilidad en la ejecución, etc.)²⁴. De este modo, y generalizando en cierto grado, podemos sostener que las penas cuentan con el máximo nivel de garantías que un ordenamiento jurídico democrático puede dispensar a los sujetos a quienes vincula, mientras que las medidas de seguridad ven rebajadas estas en atención, se señala con frecuencia, a su “menor lesividad” o a su “distinto fundamento”. A las dificultades vinculadas a este último motivo se ha hecho alusión ya. En cuanto a lo primero, quizás valga la pena señalar, de forma necesariamente somera, que el mantra de que las penas son más lesivas que las medidas de seguridad no por más repetido se convierte en más cierto. Las medidas de seguridad pueden suponer (y con frecuencia de hecho lo hacen) una lesión de derechos perfectamente equiparable en contenido y duración a la que producen las penas. Y no solo sucede esto, sino que, además, en ocasiones las medidas de seguridad pueden suponer una injerencia mucho más invasiva para el sujeto que la padece²⁵.

La pregunta es si resulta razonable acompañar a dos instituciones tan similares (aun si no fueran idénticas) dos regímenes jurídicos tan diferentes. Ciertamente, no parece que sea ese el camino que debamos transitar. Por ello, no comparto los postulados de quien defiende la necesidad de establecer un sistema de garantías diferente que se inspire en distintos principios²⁶. Y ello, aunque desde una perspectiva estrictamente dogmática tal actitud pueda tener sentido. Creo, más bien, que allí donde es difícil distinguir lo mejor

²⁴ Para el segundo plano, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Consecuencias de carácter procesal del fraude de etiquetas: especial referencia a la libertad vigilada”, *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 47, 2019.

²⁵ Así lo señala, en un sentido parecido, HÖRNLE, T., *Kiminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 32.

²⁶ Vid., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 48; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Por un Derecho penal sólo penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 609; y JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales”, en LUZÓN PEÑA, J. M. (director): *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 603.

es tratar de reducir al mínimo posible los costes de una distinción errada. Comparto, en cambio, el planteamiento de quien, como ALONSO RIMO, considera preferible “la renuncia a lograr una perfecta escisión conceptual entre penas y medidas de seguridad” antes que “al amparo de dicho prurito cientificista defraudar las garantías básicas inherentes a un Estado de Derecho”²⁷. El de la libertad vigilada es uno de estos casos: una institución de difícil delimitación con la pena tradicional²⁸. Lo importante es saber que tal distinción no es solo técnicamente complicada, sino también que puede resultar irrazonable desde una perspectiva axiológica.

IV. Conclusiones

En las páginas anteriores, y de forma necesariamente concisa, se ha puesto de relieve que la correcta delimitación entre penas y (algunas) medidas de seguridad no solo es difícil, sino que también corre el riesgo de ser contraproducente en términos de libertades. Resulta perfectamente lógico decidir atribuir garantías en atención a criterios diversos. Al fin y al cabo, el establecimiento de unas u otras garantías atiende a un complejo juicio de principios y ponderaciones. Prestando atención, por ejemplo, a la gravedad de la consecuencia jurídica o a su propósito es razonable tomar decisiones a favor de ampliar o restringir el conjunto de garantías que acompañan a su imposición. Ahora bien, una distinción de esta naturaleza presupone la capacidad de elaborar realmente una ponderación diferente que atienda a distintos factores. Esta ponderación no es, sin embargo, susceptible de ser hecha de forma diferenciada para penas y (determinadas) medidas de seguridad. Sus puntos de contacto son muchos y la posibilidad de una errónea calificación (en el plano teórico, pero también en el práctico) es demasiado elevada. Como es sabido, el riesgo de “fraude de etiquetas” obedece solo al propósito de sustraer a una determinada institución del conjunto de garantías que le son propias, de manera que, cuanto mayor sea la diferencia entre uno y otro grupo de garantías, mayores serán también los incentivos para el legislador (y los costes para los ciudadanos) de proceder a una equivocada calificación.

En este contexto, uno en el que se pueden producir errores y en el que algunos de los implicados en su evitación pueden tener incentivos para dar lugar a los mismos, la mejor opción político-criminal es la de no abonar los argumentos que puedan ser instrumentalizados. Es preferible aproximar los “aparatos de garantías” que acompañan a las penas y a las medidas de seguridad de contenido inocuidador. Proceder de este modo no solo se acompasaría mejor a una realidad más compleja y no sencillamente dicotómica, sino que reduciría el riesgo de una instrumentalización de la dogmática al servicio de aquél que, precisamente, pretende ser constreñido por ella. Es esta, la de armar un sistema relevante de garantías materiales y procesales para las medidas de seguridad de corte inocuidador, una tarea que está todavía pendiente, pero que, debido al renacer que están experimentando, se antoja más necesaria que nunca. El sistema represivo del futuro no se edificará sobre unas penas (razonablemente) contenidas, sino sobre unas todavía desbocadas medidas de seguridad que bajo la cobertura de legitimación que han heredado de las medidas de seguridad terapéuticas parecen demandar menores garantías. Evitar que

²⁷ ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 29, 2009, p. 117.

²⁸ Como señala MARTÍNEZ GARAY, L., “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán”, *Revista General de Derecho Penal*, N.º 22, 2014, p. 8, “el peculiar *iter* prelegislativo de la libertad vigilada (...) es una muestra de que la naturaleza jurídica de la libertad vigilada (como pena o medida de seguridad) sigue sin estar clara”.

esto sea así debería ser una de las principales tareas de la dogmática penal, la política criminal y la práctica judicial de los próximos años, no vaya a ser que los excesos punitivos que tras arduos esfuerzos echamos por la puerta terminen volviendo por la ventana de las medidas de seguridad.

Bibliografía

- ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N.º 29, 2009, pp. 107-139.
- HÖRNLE, T., *Kiminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales”, en LUZÓN PEÑA, J. M. (director): *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 599-660.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Por un Derecho penal sólo penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 587-626.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., “Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 31, 2015, pp. 283-330.
- MARTÍNEZ GARAY, L., “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán”, *Revista General de Derecho Penal*, N.º 22, 2014, pp. 1-74.
- MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y PÉREZ MANZANO, M. (editores): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 139-162.
- MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Alemania, 1948.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP”, en ROBLES PLANAS, R. (director): *La responsabilidad en los ‘delitos especiales’*, B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 1-57.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Consecuencias de carácter procesal del fraude de etiquetas: especial referencia a la libertad vigilada”, *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 47, 2019, pp. 1-31.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “La custodia de seguridad ¿retorno al pasado o ‘regreso al futuro’?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (editor): *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 391-408.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., Kohlhammer, Alemania, 2013.

**CUESTIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN DE LA
MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA AL DELINCUENTE SEXUAL
*ISSUES IN THE IMPOSITION OF THE AVERAGE OF LIBERATED WATCHED
OVER THE SEXUAL DELINQUENT***

Silvia María Rosales Pedrero
Jueza sustituta adscrita al TSJ de Canarias

delincuente sexual – imputabilidad – libertad vigilada – medidas de seguridad –
peligrosidad – reincidencia
*sex offender – imputability - freedom supervised - security measures - danger –
recidivism*

La LO 5/2010 llevó a cabo una regulación novedosa de la denominada libertad vigilada, en cuanto medida de seguridad impuesta a los condenados por delitos contra la indemnidad sexual y de terrorismo, que no ha estado exenta de controversia y cuya aplicación ha suscitado problemas de aplicación práctica.

The LO 5/2010 carried out a novel regulation of the so-called probation, as a security measure imposed on those convicted of crimes against sexual indemnity and terrorism, which has not been exempt from controversy and whose application has raised problems of practical application.

I. Introducción

La medida de libertad vigilada que cuenta con lejanos antecedentes en el Derecho español (29) y es habitual en el derecho penal del menor (30) como una de las posibles medidas a aplicar tras la comisión de una infracción por un menor, fue introducida en el vigente Código Penal a través del apartado vigésimo segundo del artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (31), y supuso la primera vez que, tras la entrada en vigor de este Código, se imponía una medida de seguridad a sujetos imputables, ejecutándose en estos casos acumulativa y sucesivamente a la pena.

El Preámbulo de la Ley señala en su apartado IV que introduce, una nueva medida denominada libertad vigilada, que se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común (artículo 106), y añade que la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, la medida se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se

(29) La libertad vigilada, conocida en un primer momento como sujeción a vigilancia de la autoridad, se reguló por primera vez en el Código penal de 1822 y formó parte del catálogo de consecuencias jurídicas de los Códigos de 1848 y de 1928, de Ley de Vagos y Maleantes de 1933, y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

(30) Artículo 7.1 h) de la LO 5/2000 (LA LEY 147/2000) de Responsabilidad Penal de los Menores.

(31) Vigésimo segundo. Se modifica el apartado 3 del artículo 96, que queda redactado como sigue:

«3. Son medidas no privativas de libertad:

... 3.^a) La libertad vigilada... »

hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual.

La aplicación de esta medida se estableció de forma obligatoria a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo. Luego, es más fácilmente aplicable en los delitos sexuales porque se exigen menos requisitos para su imposición –pena de prisión– que en terrorismo –pena grave privativa de libertad–.

Posteriormente, la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015 ⁽³²⁾ amplió el catálogo de delitos cometidos por sujetos imputables a los que se les impone la libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena, aplicándose ahora además a los condenados por delitos de homicidio y sus formas, a los condenados por lesiones cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, y a los condenados por delito de violencia doméstica habitual, supuestos todos ellos en los que la imposición en sentencia es facultativa.

II. Críticas a la introducción de la medida

Dentro del amplio debate que en el ámbito de la dogmática penal genera el análisis de las consecuencias jurídicas del delito, enfrentando a los tratadistas que mantienen que debe regir el principio de culpabilidad, frente a aquellos otros que defienden que también hay que tener en cuenta el principio de peligrosidad que permite atender los fines de prevención especial y general que persigue la pena, es decir evitar que se vuelva a delinquir, existiendo a su vez múltiples posturas intermedias, surge el problema del tratamiento que debe darse a los delincuentes imputables peligrosos. A dicho debate no es ajena la alarma social producida por determinados sucesos dramáticos, sin embargo, señala Magro Servet ⁽³³⁾, cuando descendemos al estudio científico de los expertos que han incidido en el tratamiento del delincuente nos dan unos datos distintos a esta percepción social del «miedo a la reincidencia del delincuente sexual». Estos estudios rompen los tópicos que atribuyen a los delincuentes sexuales una reincidencia mucho mayor que la del conjunto de delincuentes ⁽³⁴⁾.

La inclusión de la libertad vigilada en el sistema penal español da entrada a lo que parte de la doctrina ha llamado un tercer género, una medida de seguridad postdelictual fundada en la peligrosidad pero sin tener en cuenta necesariamente la reincidencia, y no ha estado exenta de polémica. Para algunos autores la medida de libertad vigilada aplicada a los imputables supone el regreso a las consecuencias penales predelictivas ⁽³⁵⁾, mientras que otros consideran incluso que la libertad vigilada es una solución tímida e insuficiente, propugnando el paso hacia la custodia de seguridad incluso permanente aunque no irreversible.

⁽³²⁾ LO 1/15, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo; corrección de errores en BOE núm. 139, de 11 de junio).

⁽³³⁾ Magro Servet, V., “*La reeducación post cumplimiento de pena de prisión anudada a la medida de libertad vigilada en los delitos contra la libertad sexual*”; Diario La Ley, Nº 9146, Sección Doctrina, 23 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer; LA LEY 1460/2018.

⁽³⁴⁾ Otero González, P., “*La Libertad vigilada aplicada a sujetos peligrosos*”.

⁽³⁵⁾ Soler 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; LA LEY 11/2017.

La imposición de la libertad vigilada a delincuentes sexuales, señala Otero González, tiene su razón en el fenómeno denominado “*sexual predator*”. Sin embargo, el legislador no ha distinguido entre los diferentes tipos de delincuentes sexuales; el artículo 192 CP simplemente explicita a “*los condenados a pena de prisión*” cuando no todos tienen la misma entidad, ni estadísticamente todos van acompañados del mismo índice de reincidencia. A lo que añade que la regulación de la libertad vigilada en la reforma de 2010 ha establecido una presunción *iuris tantum* de peligrosidad futura de la persona en el momento de ser condenada, atendiendo a un específico perfil deducido de la propia naturaleza del delito cometido, y sin ser reincidente y, por tanto, sin ninguna comprobación científica o empírica. También cuestiona la imputabilidad de aquellos delincuentes, mayoritariamente sexuales, con diversos trastornos de la personalidad, reincidentes, con pocas posibilidades de rehabilitación y, por tanto, peligrosos ⁽³⁶⁾.

Por su parte los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han destacado que la configuración de la libertad vigilada subsiguiente a la pena de prisión dada por la LO 5/2010, contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional derivada de las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero, y 21/1987, de 19 de febrero, que establece que un único hecho no puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad ⁽³⁷⁾.

III. Referencias de derecho comparado

El derecho comparado prevé medidas de control tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad para los sujetos que cometieron determinados delitos,- generalmente sexuales-, y, especialmente para un tipo de delincuentes: los psicópatas sexuales. En la normativa anglosajona, EE.UU. y Reino Unido han sido los que más han utilizado este tipo de medidas. El primero, en un inicio, con finalidades terapéuticas, dando paso desde los años 90 a medidas más inocuizadoras para delincuentes sexuales a los que, como en nuestro país, se han ido sumando nuevos grupos de infractores. El segundo mediante la Criminal Justice Act 2003 que contempla algo similar a la libertad vigilada —«*extended sentence*» o «*indeterminate sentence*»— para los delitos sexuales con posibilidad de repetición futura, y determina que la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, provoca que al delincuente se le imponga el sometimiento del sujeto a un período de seguridad tras el cumplimiento de la pena. En la misma órbita reguladora, Australia y Canadá asumen también esta medida para delincuentes sexuales.

En un contexto geográfico más cercano, el CP francés regula el «control sociojudicial» para prevenir la reincidencia tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. En un sentido similar, el CP alemán contemplaba la custodia de seguridad —*Sicherungsverwahrung*— de carácter indefinido si el condenado no acepta someterse a tratamiento, que en última instancia ha recibido un rechazo claro por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias sentencias, que han provocado su declaración

⁽³⁶⁾ Otero González, P., “*Culpabilidad e inimputabilidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad y la aplicación de la libertad vigilada como respuesta*”; Publicación: “*La enfermedad mental en el proceso penal*”; Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 33 Año: 2017.

⁽³⁷⁾ 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 N° volumen: 11 Año: 2018.

de inconstitucionalidad por Sentencia de 4 de mayo de 2011. Finalmente, y por la similitud que da en materia penitenciaria, el CP italiano contempla “*la declaración de tendencia a delinquir*” que fundamenta la imposición de la libertad vigilada pero la restringe para las actuaciones no culposas, y se extingue por efecto de la rehabilitación.

Por su parte el Consejo de Europa se ha enfrentado con el problema de los delincuentes peligrosos y recomienda a los Estados miembros introducir en sus respectivos ordenamiento jurídicos, medidas pospenitenciarias encaminadas a contrarrestar la peligrosidad de determinados delincuentes imputables ⁽³⁸⁾.

IV. Problemas de ejecución que plantea la medida

La regulación en el sistema penal español de la medida de libertad vigilada plantea problemas, desde el punto de vista de sus presupuestos de imposición (se parte, en el caso de delincuentes sexuales y terroristas, de inadmisibles presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad), contenido (amplia coincidencia con el de algunas penas privativas de derechos) y, en particular de régimen de aplicación tales como el cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, la falta de correlación con la institución de la libertad condicional, así como con lo previsto para el resto de las medidas en lo que se refiere a incidencias en la ejecución, quebrantamiento, etc., a lo que se añade la falta de complementos normativos y dotaciones materiales que garanticen su eficacia ⁽³⁹⁾. Tales dificultades fueron ya puestas de manifiesto en el informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado por la comisión de estudios e informes del CGPJ.

Con relación a la última de las cuestiones apuntadas y que directamente inciden en la eficacia de la medida conviene destacar que ni el CP ni el RD 840/2011⁽⁴⁰⁾, contempla la figura del agente de ejecución encargado del control de esa libertad vigilada, cuando el éxito de la libertad vigilada requiere un buen aparato de cumplimiento de esta medida de seguridad, al estilo del “*probation service*” en el ámbito jurídico anglosajón.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha dado respuesta a algunas de las cuestiones que plantea la imposición de la medida de libertad vigilada a delincuentes sexuales y así cabe destacar la sentencia de 11-11-2014 (rec. 756/14) que expresa que es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delincuentes sexuales condenados a pena privativa de libertad y que solo cuando se trata de un único delito cometido por un delincuente primario el Juez o Tribunal puede prescindir de ella. La sentencia de 14-10-2015, (rec. 2215/14) señala que es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada -ultimado el cumplimiento de la pena- cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los arts. 97, 98, y 106.2º y 3º CP. Más

⁽³⁸⁾ Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros a los estados miembros relativa a los delincuentes peligrosos.

⁽³⁹⁾ Sanz Morán, A.J.; “De las medidas de seguridad”; Publicación: “Las penas y las medidas de seguridad tras la reforma del Código Penal”; Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 45 Año: 2016.

⁽⁴⁰⁾ 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 la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

recientemente en sentencia de 29-11-2016 (rec.993/16) ha dicho que, tratándose de un delito grave de los comprendidos en el Título VIII del Código Penal (Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) el Tribunal debe imponer, además de la pena de prisión, esta medida con carácter obligatorio y que por consiguiente, la solicitud por parte de las acusaciones no condiciona su imposición.

Bibliografía

- MAGRO SERVET, V., “*La reeducación post cumplimiento de pena de prisión anudada a la medida de libertad vigilada en los delitos contra la libertad sexual*”; Diario La Ley, Nº 9146, Sección Doctrina, 23 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer; LA LEY 1460/2018.
- MARTÍN NÁJERA, P.; “*La libertad vigilada como medida postdelictual*” VII Congreso de Violencia de Genero y Domestica del Consejo General del Poder Judicial 17 de octubre de 2018.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “*La Libertad vigilada aplicada a sujetos peligrosos*”; Publicación: “*Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*” (págs. 85-121); Dykinson, 2016; ISBN: 978-84-9148-088-4.
- OTERO GONZÁLEZ, P., “*Culpabilidad e inimputabilidad. Delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad y la aplicación de la libertad vigilada como respuesta*”; Publicación: “*La enfermedad mental en el proceso penal*”; Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 33 Año: 2017.
- SANZ MORÁN, A.J.; “*De las medidas de seguridad*”; Publicación: “*Las penas y las medidas de seguridad tras la reforma del Código Penal*”; Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 45 Año: 2016.
- SOLER 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; LA LEY 11/2017.