

Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables (1)

MARÍA PILAR MARCO FRANCIA

Profesora Asociada de Derecho Penal (acreditada como Contratada-Doctora)
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

La medida de seguridad de libertad vigilada en su modalidad postpenitenciaria o postpenal, tuvo su entrada en nuestro Derecho penal contemporáneo con la modificación del Código Penal del año 2010. Sin embargo, existían precedentes en nuestro Derecho penal histórico que merecen ser estudiados y en particular, apreciar que en su implementación existía la figura del Delegado de libertad vigilada. La inexistencia de esta figura que lleve a cabo de manera efectiva el control judicial de la actual medida es uno de los muchos reproches que se pueden realizar a la actual regulación. De igual forma, examinaremos cómo se está aplicando en la actualidad, y cuál está siendo su implementación real para vislumbrar cuál sería el futuro, o los posibles futuros de la medida en nuestra legislación penal, ya decididamente inmersa en el paradigma de la peligrosidad.

Palabras clave: *Libertad vigilada, Delegado, Peligrosidad, Medidas de seguridad.*

(1) Este artículo se incardina dentro de los siguientes proyectos de investigación: Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias (SBPLY/17/180501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Proyecto de investigación: Derecho penal y comportamiento humano (RTI2018-097838-B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICINN-Programa estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad).

ABSTRACT

The security measure of supervised release in its post-prison modality entered into our contemporary Criminal law with the modification of the Criminal Code in 2010. However, precedents existed in the history of our Criminal law that deserve to be studied, and we should appreciate that the figure of the probation officer existed in their implementation. However, the absence of this officer, who effectively carries out judicial control, in the current measure is one of the many faults that can be found with the current regulation. On this basis, we will examine how the measure is currently being enforced, and the reality of its implementation in order to evaluate the possible future or futures of the measure in our criminal legislation, which is already decidedly immersed in the paradigm of dangerousness.

Keywords: Supervised release, probation officer, dangerousness, security measures.

SUMARIO: 1. La política criminal.–2. El contexto de introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada.–3. Los antecedentes históricos y contemporáneos de la medida de seguridad de libertad vigilada.–4. La medida de libertad vigilada en el Código Penal.–5. Planteamientos para un estudio posterior.

1. LA POLÍTICA CRIMINAL

El Derecho no es neutro, y el Derecho penal no es ajeno a esta falta de neutralidad. Un determinado Derecho se conforma en un momento histórico y político preciso, con necesidades igualmente concretas que los políticos en ocasiones instrumentalizan, no entendiéndose que es el interés general, el que debe asistir y dirigir a toda política que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas, como es el Derecho penal.

El Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes los cometen (2). Por su parte, Lascurain (3) indica que el hecho de realizar un análisis conjunto de penas y medidas de seguridad «ha generado normas o pautas interpre-

(2) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., 2015, p. 15

(3) *Vid.* LASCURAIN SÁNCHEZ, J. M., 2005, p. 588

tativas inadecuadas, tanto desde el punto de vista valorativo, de justicia, como desde la perspectiva de la funcionalidad de las medidas». Entiende el autor que se ha realizado en virtud de un afán garantista, pero que no debería tener su sede en el Derecho penal, sino que debería ser interpretado como garantías constitucionales.

Como señalaba Beccaria (4), citando a Montesquieu, «toda pena que no se derive de una absoluta necesidad, es tiránica» y es en base al contrato social, que hace que los hombres cedan pequeñas parcelas de su libertad que, sumadas todas ellas, forman el derecho a castigar y, por ende, otorgan la legitimidad necesaria para la sumisión a ese posible castigo. Por su parte, Beccaria (5) indica que «las penas no deben solamente ser proporcionadas a los delitos, sino también en el modo de ejecutarlas». Siguiendo a Demetrio (6) diremos que, dentro de un Estado constitucional, el mayor reto del Derecho Penal es encauzar de manera adecuada el conflicto entre la libertad del individuo y su limitación para proteger a la sociedad.

Por su parte, Garrido (7) define la política criminal como «el conjunto de disposiciones que adopta un Estado para el control y prevención de la delincuencia». Si bien el autor entiende que esta política criminal ha de tener una perspectiva amplia, y contemplar las funciones preventivas de servicios sociales y de la educación, sin dejar de lado aspectos como el urbanismo y los medios de comunicación. Según Borja Jiménez (8), Feuerbach la definía como «el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona frente al crimen» y, Cerezo Mir (9) establecía el concepto de política criminal citando a Anton Oneca como un complemento a la dogmática jurídico-penal, «siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la Ciencia del Derecho Penal».

En la configuración del diseño político criminal de un Estado existe, por una parte, la decisión de conceptuar qué es lo que se entiende por delito, protegiendo los bienes jurídicos que se estima que merecen una mayor protección, por la última *ratio* que debería ser el Derecho Penal, y por otra parte, las consecuencias jurídicas que la comisión de estos ilícitos penales van a conllevar. Deberá por tanto establecerse una línea clara de los delitos y su castigo, cómo se van a

(4) Vid. BECCARIA, C., 2008, p. 16.

(5) Vid. BECCARIA, C., 2008, p. 83.

(6) Vid. DEMETRIO CRESPO, E., 2014.

(7) Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., 1998, p. 273.

(8) Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., 2001, p. 24.

(9) Vid. CEREZO MIR, J., 1990, p. 73.

castigar y con qué dureza. En este sentido, Sánchez Lázaro (10) indica que, para favorecer el desarrollo de una política criminal racional, habría que hacer abstracción de lo que él denomina «la representación mediática del fenómeno criminal». En definitiva, estamos ante una serie de derechos a ponderar, buscando el equilibrio del «eterno» debate seguridad-libertad. Para Demetrio (11), el debate entre seguridad y libertad es un clásico de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política. En el caso de que nos decantemos por la seguridad, entenderemos que su agravamiento será legítimo para proteger a quienes no delinquen, mientras que, si entendemos que el delito puede surgir a cualquier ciudadano en cualquier momento, no pueden amonarse las garantías, porque con ello se da entrada a la inseguridad jurídica.

En palabras de Mir Puig (12) «Todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada Política criminal; y toda Política criminal depende de una política general propia del Estado a que corresponde». Por lo tanto, la Política Criminal decidirá, ajustándose a la propia organización y concepción del Estado, e independientemente a si ese Estado es democrático o no, cuál será el contenido del Derecho penal, de acuerdo a las concepciones políticas imperantes en cada momento y como instrumento de control formal.

El incremento de las penas respecto a los delincuentes sexuales y la creación de la medida de seguridad de libertad vigilada postpenal o postpenitenciaria (13), ambas dentro del paradigma de la peligrosidad y del Derecho penal de autor, se realizaron a través de las modificaciones legislativas del Código Penal realizadas en el año 2010, y lo fueron bajo un Gobierno socialista. Con respecto a la ampliación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, y la ampliación del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada que se realizó en 2015, fue acordada por un Gobierno del Partido Popular. Parece que el populismo punitivo está en boga, independientemente del signo del partido político que se halle en el poder. El Derecho penal, «su fortalecimiento» según aducen, malentendido con lo que es su inexcusable ampliación y agravación, parece que da votos a todos los partidos, y ninguno se resiste a esta *vis* atractiva. Sin embargo, la solución

(10) Vid. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., 2008, p. 3.

(11) Vid. DEMETRIO CRESPO, E., 2008, pp. 179 y 183.

(12) Vid. MIR PUIG, 2011, p. 14.

(13) Como acertadamente señala NISTAL BURÓN, J., 2020, no siempre será postpenitenciaria, puede suceder que el penado no cumpla la pena porque su ejecución queda suspendida previamente.

no es incrementar el número de los tipos penales, la cuantía de las penas, y la creación de nuevas medidas de seguridad, sino coadyuvar a una justicia más eficaz y justa, con más medios económicos y que pueda dar soluciones jurídico-penales con rapidez y eficacia.

2. EL CONTEXTO POLÍTICO-CRIMINAL Y CRIMINOLÓGICO DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

Tras las numerosas modificaciones del Código penal, no podemos decir que nos hallemos ante un Código Penal estable. Carecemos de una Política criminal ordenada y basada en estudios criminológicos. Sin embargo, esta no es la percepción que tiene la ciudadanía, que demanda más tipos penales y mayor dureza en la represión de los delitos (14).

La introducción en la agenda política de nuevos delitos, el endurecimiento de las penas, o la inclusión de nuevas penas o medidas, como la introducción de la medida de seguridad postpenal de libertad vigilada, viene motivada por la aparición de casos concretos a los que hay que responder, y por las demandas de medios de comunicación y de los familiares que consideran que el daño sufrido no se ve resarcido con el cumplimiento de la pena por parte del delincuente, o bien ven ésta insuficiente (15).

Esta necesidad de «justicia» de víctimas y familiares, que los medios de comunicación nos muestran, al mismo tiempo que señalan la crueldad o la violencia gratuita de los hechos delictivos cometidos, hacen que la sociedad se movilice en casos mediáticos, solicitando un incremento de penas insostenible, ya que la venganza no puede ser un fin lícito de la pena (16). Otros supuestos como los acaecidos tras la liberación del etarra Iñaki de Juana Chaos, y del violador del Vall d'Hebron, así como los casos de Marta del Castillo y la niña Mary Luz, y la alarma social subsiguiente, fueron el caldo de cultivo que determinó la implantación de la medida.

(14) Como señalan GONZÁLEZ, T., MONTIEL, I., JIMÉNEZ, C., y CARBONELL, E., 2015, p. 757, las víctimas entienden en muchas ocasiones que hacer justicia significa elevar las penas, cuestión que alientan y airean los medios de comunicación, influyendo a los políticos y produciéndose un amplio giro punitivista.

(15) *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., 2009, indica que la motivación de venganza de los familiares tiene su eco en los medios de comunicación que lo potencian y difunden, logrando que los políticos, sin importar el partido al que pertenezcan, enduzcan el derecho penal, como fuente de votos.

(16) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., 1987, p. 168.

Lo normal y deseable sería contar con un Gobierno con una línea político-criminal ordenada y coherente, al igual que en cualquier otra línea política: social, económica, cultural; y que no se introduzcan cuestiones en la agenda político-criminal a golpe de portada de diario. A este respecto, Boldova Pasamar (17) alude por su parte, al fenómeno mediático en materia penal que se dirige a poner de relieve las carencias de la regulación penal para hacer frente a determinadas formas de criminalidad, y a ineficiencias de condenas, el fracaso resocializador o la ausencia de arrepentimiento. En opinión de Salat (18), con los anuncios de modificación/endurecimiento del Código Penal, lo que el partido en el poder consigue es el cese de esas noticias que extienden el miedo en la ciudadanía, y que se cambian por nuevos titulares en los que se anuncian las nuevas medidas adoptadas por el Gobierno, aportando soluciones.

3. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

La «libertad vigilada» no es nueva en nuestra legislación, ya que es una medida que se encuentra contemplada en nuestra legislación de menores. Examinaremos las medidas existentes en nuestro derecho desde el Código Penal de 1822, donde existía la «pena de sujeción a la vigilancia especial de las autoridades» que se mantuvo prácticamente durante toda la historia codificadora, hasta incluso con la reforma de 1974 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

3.1 El Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822 tuvo su origen en el periodo constitucional que dio lugar a la sublevación de Riego. Su vigencia fue mínima, tan apenas un año (19). Este texto legal definía la pena de sujeción a la vigilancia especial de las autoridades en su artículo 78. El contenido

(17) *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M., 2009, p. 290.

(18) *Vid.* SALAT PAISAL, M., 2014, p. 47.

(19) Sobre la vigencia del Código penal de 1822 *vid.* LÓPEZ REY, O., *ADPCP*, 2017. En el Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821, p. 110, en la discusión respecto al artículo 29 del proyecto relativo a las penas, el señor Calatrava indica que la pena de sujeción a la vigilancia es considerada por la Universidad de Salamanca como una pena crónica o preventiva.

de esta pena consistía en la obligación por parte del reo de dar cuenta de su domicilio y de su modo de vivir a la autoridad, así como de presentarse personalmente ante la autoridad en los periodos en que ésta lo establezca. Se trataría pues, de una medida similar a una obligación de comunicar su domicilio que, puede ser ampliado a una obligación *apud acta* de comparecer, e incluso a que nombrase a un fiador que respondería con sus bienes de la comisión de cualquier delito que cometiera el fiado. En el caso de que no tuviese un fiador, se le podría limitar sus movimientos a una localidad, o parte de ella, que le permitiese trabajar, y de arrestarle en el caso de que violase el confinamiento.

3.2 El Código Penal de 1848

En este Código Penal hallamos la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro del catálogo de penas, como pena correccional, siendo su duración de siete meses a tres años (art. 26) (20). Esta pena de sujeción a la vigilancia de la Autoridad obligaba al penado a fijar su domicilio y comunicarlo sin poder cambiarlo, a observar reglas de inspección, y a adoptar oficio, arte, industria o profesión si no tuviere medios propios. Para De Castro y Ortiz de Zúñiga (21), la pena de sujeción a la vigilancia a la autoridad tiene un carácter vejatorio y va dirigida a delitos que son notablemente peligrosos para el Estado. La autoridad que vigilará al reo, será designada por el Gobierno, a quien se notificará la condena. Se llevará a cabo por autoridades administrativas, que son las que poseen medios adecuados para vigilar a los delincuentes; sin embargo, jueces y fiscales, al gozar en cierta parte de autoridad judicial, también deberán auxiliarle en su observación, para que en caso de reincidencia se adopten las medidas oportunas. Las reglas de inspección habrán de ser determinadas por la autoridad, sin excederse de los límites del código.

No solamente se contemplaba como pena individualizada, sino que también se configuraba como una pena accesoria en los siguientes casos: pena accesoria a la pena de muerte que no se hubiera ejecutado por indulto (art. 50), penas de argolla y degradación civil (art. 51), a la pena de cadena perpetua si ha sido indultado (art 52), la de reclusión (art. 53), la pena de relegación perpetua y la de extrañamiento perpetuo (art. 54), la pena de cadena temporal (art. 55), la pena de presidio mayor (art 56), las penas de reclusión, relegación y extrañamiento

(20) Vid. IÑESTA PASTOR, E., 2011, p. 608.

(21) Vid. DE CASTRO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., 1848.

temporal, presidio menor y correccional y confinamiento mayor (art. 57).

En opinión de Terradillos (22), la pena de vigilancia se concibe de igual forma que en el Código de 1822. La pena se impone no a hechos sino a estados o «condiciones», como el de vagos y mendigos, y que «son antecedentes del moderno concepto de peligrosidad al igual que la sujeción a vigilancia de la autoridad lo es de las actuales medidas de seguridad».

3.3 El Código Penal de 1850

El Código de 1850 no introduce nada nuevo respecto al código penal de 1848. Manzanares Samaniego (23) (2010) señala que no existe variación alguna con respecto al Código Penal anterior, ni tan siquiera en la numeración de los artículos.

3.4 El Código Penal de 1870

El Código Penal de 1870 es hijo de la nueva Constitución de 1869 y nació para adaptarse a ella (24). La sumisión a la vigilancia a la autoridad no aparece en el catálogo de penas del artículo 26, ni como pena aflictiva ni correccional (25). Aunque las reformas técnicas no fueron de calado, sí existió un progreso en lo político que incluía la supresión de la pena de vigilancia de autoridad, la impunidad de manera general de la proposición y conspiración para delinquir, y la libertad de culto (26). Terradillos (27) señala que esta pena desapareció del Código Penal de 1870 porque impedía la reinserción social en localidades pequeñas ya que estigmatizaba a quiénes se les aplicaba.

3.5 El Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928 se inspiró en su redacción en la *Terza Scuola* y en la Escuela Político Criminal Alemana, siguiendo el principio de defensa social, incorporando las medidas de seguridad, y

(22) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 41.

(23) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, La ley Diario, 2010.

(24) Vid. CEREZO MIR, J., 1990, p. 110.

(25) Vid. GONZÁLEZ SERRANO, J., 1870; ANTÓN ONECA J., 1970, p. 242.

(26) Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, L., ANTÓN ONECA, J., 1929, p. 46.

(27) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 45.

valorando la peligrosidad del infractor a la hora de establecer la pena a aplicar (28).

La sumisión a la vigilancia a la autoridad no aparece en el catálogo de penas del artículo 87, pero sí aparece dentro de las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a dicho código en el punto 13 del artículo 90 (29). Además, el Código posibilitaba imponer una medida de seguridad de manera conjunta con una pena en su artículo 71 (30).

3.6 El Código Penal de 1932

Este Código Penal, que fue promulgado por Ley de 27 de octubre de 1932, era el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de bases de 8 de septiembre de 1932; ya que el Código penal de 1928 fue derogado (31) al día siguiente de la proclamación de la II República el día 14 de abril de 1931 (32).

No aparece en el catálogo de penas del artículo 27 de dicho Código Penal, ni tampoco como medida de seguridad, porque éstas no se introdujeron en el Código Penal de 1932 (33).

3.7 El Código Penal de 1944

La sumisión a vigilancia de la autoridad ni tan siquiera aparece en el catálogo de penas del artículo 27. A juicio de Cerezo (34), este código es expresión del Derecho Penal autoritario, y no se incluyeron las medidas de seguridad, dado que se mantuvo en vigor la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, a la que se le hicieron reformas, ampliando las catego-

(28) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 114. Según LEAL, 2003, p. 86, y CEREZO MIR, 1990, p. 115, es el primer código penal que, dentro de un sistema dualista, establece las medidas de seguridad postdelictuales, y TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 50, considera que esta es su principal innovación

(29) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, 1928.

(30) Vid. SALAT PAISAL, M., 2014, p. 320.

(31) Como señala LÓPEZ REY, *ADPCP*, 2017, realmente no se trató de que el código penal fuera derogado *stricto sensu*, sino «anulado», a tenor del artículo 1 del decreto de 15 de abril, y por lo cual no se respetaron las situaciones jurídicas que se produjeron a su amparo y se dejó al mismo sin ningún valor, como si no hubiera regido nunca.

(32) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 115.

(33) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 116.

(34) Vid. CEREZO MIR, 1990, pp. 117 y 121.

rías de estado peligroso a homosexuales y gamberros, o a quienes de cualquier forma perturbasen con su conducta la paz social.

3.8 Legislación especial

3.8.1 LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES DE 4 DE AGOSTO DE 1933

Dentro del catálogo de medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, se establece la medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad en el artículo 4.7 (35). Esta ley estuvo vigente hasta el 4 de agosto de 1970 y se ocupaba tanto de la peligrosidad social como de la criminal, confundiéndo las. La medida se aplicaba a quienes fueran declarados en estados peligrosos (arts. 2 y 3). Sería ejercida por delegados especiales, y tenía un carácter tutelar y de protección. Los delegados se encargaban de proporcionar un trabajo adecuado a las aptitudes y conducta a los sujetos que custodiaban. Se establecía una duración de la medida de uno a cinco años, y se podía reemplazar la misma por una caución de conducta. Pero, aunque se reemplazase, establecía el artículo 48 del reglamento que desarrollaba la ley, que no se debía desatender totalmente al que estaba sometido a dicha medida, en palabras de la ley, «al peligroso».

El reglamento de desarrollo de la ley, de 3 de mayo de 1935, en su artículo 46, definía la medida de vigilancia por la autoridad como una «medida que se impone al peligroso y por la que el peligroso queda sometido al cuidado e inspección minuciosa de toda su vida y métodos de trabajo, que se realiza por el Delegado que la Autoridad judicial designe». El Reglamento que desarrollaba la Ley regulaba las funciones del Delegado en sus artículos 41 y siguientes. Así, se les recordaba que sus funciones tenían un propósito de auxilio, amparo o cuidado, pero sin que en ningún caso la persona objeto de estas medidas pudiera sentirse perseguido o vejado. Por tanto, debían utilizar medios discretos y prudentes para obtener sus informes, habida cuenta que el objeto de la medida era proteger a quien se le imponía.

3.8.2 LA LEY 16/1970, DE 4 DE AGOSTO, DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL

La medida de seguridad de «sumisión a la vigilancia a la autoridad» se establece como medida decimocuarta del artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. La medida de sumisión a la vigilancia

(35) *Vid.* RODRÍGUEZ DRANGUET, A., 1935.

de la autoridad se desarrollaba por su parte en el Decreto 1144/71, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, concretamente en el Capítulo VI (arts. 50 a 62).

Respecto a su naturaleza y características Jorge Barreiro (36) la cataloga como una medida restrictiva de derechos, y la conceptúa como una medida de seguridad, tanto por su carácter, como por su contenido.

La medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad consistirá en la inspección del comportamiento social del peligroso, por parte del Delegado designado por el Juez (art. 50 Reglamento), quien informará sobre su vida y relaciones al Juez. Su duración oscilaba de uno a cinco años y podía ser sustituible por la caución de conducta. La vigilancia se realizaba por los delegados especiales (art. 5.14 de la Ley) quienes debían proporcionar un trabajo adecuado a los sujetos objeto de la medida de vigilancia, que eran los recogidos en el artículo 6.

El Delegado tenía la consideración de agente de la autoridad cuando estuviere en el ejercicio de sus funciones. Existía una obligación de prestarle auxilio por parte de autoridades judiciales, gubernativas y funcionarios públicos (art. 53 Reglamento). Su tarea consistía en estudiar el carácter, costumbres y tendencias del vigilado, potenciando sus inclinaciones favorables, y aconsejándole de manera objetiva. Y todo ello debía ser realizado prestando un particular interés en la inserción laboral del sujeto, que el Delegado debía de cuidar especialmente. Esa tarea de observación del sujeto tutelado se concretaba en unos datos de su personalidad, que eran transmitidos al Juez quien, previa comprobación, los introducía en el expediente del vigilado, y a los cuales el vigilado no tenía acceso (art. 54 Reglamento).

3.9 La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Como ya decíamos con anterioridad, la libertad vigilada no es una novedad como tal en el derecho español (37). Hemos visto la regulación de figuras similares, a lo largo de los diferentes Códigos Penales españoles, que son lejanos en el tiempo, y que podemos considerar

(36) *Vid.* JORGE BARREIRO, A., 1976, p. 126.

(37) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 166, entiende que es el antecedente de la libertad vigilada en nuestro derecho vigente, a pesar de que en la justicia de menores no sea pena ni medida de seguridad, ni se imponga a un sujeto que responda plenamente al Código Penal.

como antecedentes remotos, de igual forma que las figuras de similar contenido, *mutatis mutandis* que contenía la Ley de vagos y maleantes, y la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social. Pero como antecedente de carácter más próximo, sin ningún género de dudas, tenemos que considerar, y por tanto analizar, la figura homónima del Derecho penal de menores que ya existía en España previamente a la incorporación al Derecho penal de adultos (38). Concretamente, está regulada en el artículo 7.1 h) de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, (en adelante LORRPM).

En opinión de Luaces (39), nos encontramos ante medidas distintas, porque la del ámbito de menores consiste en un «seguimiento de la actividad» del menor por parte de un profesional encargado, que realizará un programa a seguir por el menor, con la de la medida de libertad vigilada de mayores, que consistiría únicamente en someter al reo a las obligaciones que se determine, y sin seguimiento profesional. Según Cámara (40) «si bien los orígenes de ambas figuras penales homónimas podrían tener un punto en común, lo cierto es que su desarrollo legislativo no podría haber sido más dispar».

La intervención sobre los menores ha de ser de carácter reparador o compensatorio, en palabras de Martín López (41), se trata de «estimular un proceso de cambio de conducta, ayudando al joven a sentirse responsable de sus actos y a comprender el efecto sobre los demás». Como veremos tras el análisis de esta medida de menores, la libertad vigilada, junto con otros mecanismos que pueden operar en la justicia de menores, puede ayudar mucho con sus elementos educativos, a operar cambios fuera de un entorno institucionalizado con una mejor intervención, evitando el internamiento, y que se revela, como la medida estrella de la justicia penal de menores (42).

La definición de Garrido y Gómez (43) de la libertad vigilada de menores, es precisa, y la configura como «una de las medidas educativas de que dispone el juzgado de menores». «Es la medida según la

(38) Respecto a los antecedentes históricos de la medida de libertad vigilada de menores, *vid.* MONTERO HERNANZ, T., 2010, pp. 6 y 7.

(39) *Vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., 2012, p. 545.

(40) *Vid.* CÁMARA, S., 2012, p. 72.

(41) *Vid.* MARTÍN LÓPEZ, T., 2001, p. 98.

(42) En gran parte de los casos la medida de libertad vigilada es la primera sanción judicial que se suele imponer en justicia de menores. Goza de una labilidad que la hace adecuada a un tratamiento individualizado. Es susceptible de adaptarse a las circunstancias psicosociales del menor y responde a la esencia de la jurisdicción de reforma de menores.

(43) *Vid.* GARRIDO, V. y GÓMEZ, A., 1998, pp. 224-225.

cual el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la resolución, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que aquél adquiriera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal o social.» Acale (44) mantiene al respecto que «si se analizan conjuntamente el fin de la LORRPM y la regulación legal de la medida de libertad vigilada, se constata que esta última calza perfectamente en el camino al que va dirigido aquélla».

La libertad vigilada tiene como características básicas que se trata de una medida en medio abierto, es de carácter individualizado, combina la asistencia educativa y el control en el medio familiar y social del menor, siempre a partir del mandato de un juez, y a través de una programación de entrevistas entre el profesional y el menor, que habrán de ser aprobadas por el juez, y que podrán comprender la imposición de reglas de conducta (45), o la realización de tareas socioeducativas (46).

El artículo 7.1 h) LORRPM establece que en la medida de libertad vigilada se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma, y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional, o al lugar de trabajo, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida (47). Igualmente, obliga a seguir las pautas socio-educativas que señalen la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. También queda obligado a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes, considerando, junto a Polo y Huélamo (48), que no deben entenderse estrictamente como *numerus clausus* en atención a la regla 7.^a del mismo precepto: 1. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello. 2. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profe-

(44) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, RADPP, p. 167.

(45) Vid. BERIÁN MANTECA, R., 2001, p. 154.

(46) Vid. DIEGO ESPUNY, F., 2001, p. 193.

(47) Recordemos el caso de Sandra Palo, donde su agresor menor, conocido como «El Rafita», presuntamente reincidió y por tanto, el tema de la libertad vigilada de menores se ha puesto en evidencia y se ha planteado como un fracaso.

(48) Vid. POLO y HUÉLAMO, 2001, p. 48.

sional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. 3. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. 4. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa. 5. Obligación de residir en un lugar determinado. 6. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. 7. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Respecto a su duración hay que distinguir:

1. Como medida no privativa de libertad principal y única.

A) En caso de que los hechos cometidos sean constitutivos de delito leve, sólo se podrá imponer la medida de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses (art. 9.1 LORRPM 5/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre).

B) La norma general es de una duración máxima de dos años (art. 9.3 LORRPM). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 28.5 de la LORRPM se habrá de computar el tiempo ya cumplido por el menor en la medida cautelar que se hubiera acordado, en su caso.

2. En el caso de supuestos de extrema gravedad donde se aplique como complemento a una medida de internamiento de régimen cerrado.

A) En estos casos, el juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado a la que seguirá (art. 47.5 d) LORRPM) otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de tres años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, y hasta un máximo de seis años si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad. (Art. 10.1 LORRPM 5/2000, modificada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre).

B) En el supuesto de que el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos de los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 (agresión sexual), 180 (supuesto agravado de los artículos 178 y 179 de agresión sexual) 571 a 580 (delitos de terrorismo) del Código Penal, o de otro delito que lleve aparejada una pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez impondrá las medidas siguientes (art. 10.2 LORRPM):

a) Si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá modificarse, suspenderse o sustituirse esta medida cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. También se puede imponer la medida de libertad vigilada en la suspensión del fallo como una condición, cuando se suspenda el fallo, además de la prohibición de cometer delitos durante el plazo de suspensión, el Juez también le puede imponer, de conformidad con el artículo 40 LORRPM, la aplicación de un régimen de libertad vigilada. De igual forma, en la aplicación jurisprudencial de la medida, observamos que se imponen medidas de internamiento y de libertad vigilada en el fallo condenatorio, dejando en suspenso el internamiento, condicionado al cumplimiento de la medida de libertad vigilada impuesta en sentencia, en conjunción con otras condiciones.

4. De igual forma, se puede imponer la medida de libertad vigilada como medida cautelar (arts. 28 y 29 LORRPM y Consulta de Fiscalía General del Estado 3/2004 de 26 de noviembre). Según Sanz (49), «ésta podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los artículos 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de los eventuales recursos (art. 28.1)».

4. LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA EN EL CÓDIGO PENAL

4.1 Introducción

La medida de seguridad de libertad vigilada fue introducida en nuestro Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010 que modificó el Código Penal, y con ella se estableció como una nueva consecuencia jurídica del delito, la medida de seguridad de «libertad vigilada».

(49) *Vid.* SANZ, 2002, p. 311.

La libertad vigilada, básicamente consiste en el sometimiento del condenado a control judicial. La imposición de esta medida de seguridad se va a hacer en la Sentencia condenatoria, con lo que el juzgador va a tener que realizar un juicio apriorístico de peligrosidad futura del condenado. Es decir, a la hora de imponer su sentencia, el juez o tribunal sentenciador, además de la pena, tendrá que imponer (o no) la medida de libertad vigilada y fijar su duración, con lo que estamos ya valorando previamente como ineficaz, el efecto rehabilitador y de reeducación social del sistema penitenciario, tal y como establece el artículo 25.2 de la Constitución Española.

El Informe de Moncloa sobre la libertad vigilada decía expresamente que la ley «Crea la figura penal denominada «libertad vigilada» para el control y seguimiento de terroristas y delincuentes sexuales» (50). De dicha afirmación, se deduce que nos encontraremos ante un efecto disuasorio para el delincuente, se intenta evitar que delinca de nuevo y está por tanto configurada como, una medida orientada al fin de prevención especial. Esta medida intenta mantener la inocuización que supone extender la prisión, más allá de los muros del centro penitenciario, mediante el control del sujeto.

Se ha hablado mucho sobre la constitucionalidad o no de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada. Siempre la eterna dicotomía de los derechos de libertad y seguridad es la cuestión a ponderar. En opinión de Leal (51), es una obligación del Estado la de garantizar la seguridad de todos sus miembros, prevaleciendo este derecho frente al de la libertad del delincuente que tenga un alto pronóstico de reincidencia. Como indica Gudín (52), a propósito de las palabras del Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia *BverfG* de 5 de febrero de 2004, «todo orden social necesita protegerse contra los criminales peligrosos». Sin embargo, y pese a la pretensión del legislador de actuar a veces para adaptarse rápidamente a las circunstancias cambiantes de la sociedad y a sus pretensiones, al encontrarnos en un Estado de Derecho, habrá que analizar si esa consideración política-criminal que el legislador puede estimar oportuna, es dogmá-

(50) Con la Ley Orgánica 1/2015 se amplió su ámbito de aplicación a todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. En sentido favorable a la medida MAGRO SERVET (2010) quien opina que estamos ante una realidad donde existen crímenes graves cometidos por reincidentes y donde las víctimas sufren por la impunidad de la que gozan personas con antecedentes que reinciden, por lo que, además de implementar la medida de libertad vigilada, también aboga por la creación del Registro de pedreras o delincuentes sexuales y/o de delitos contra la vida, con el fin de controlarles.

(51) Vid. LEAL MEDINA, J., 2010.

(52) Vid. GUDÍN MANGARIÑOS, 2012.

ticamente aceptable y ajustada al marco legislativo existente, en suma, ajustada a Derecho.

Nuestro texto constitucional de 1978 establece en su artículo 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Así pues, la rehabilitación y la reinserción social del delincuente van a constituir, en base a dicho precepto constitucional, el fin principal de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Entenderemos como resocialización, el tratamiento que va a reestructurar la personalidad del culpable haciéndole un sujeto respetuoso con la Ley (53).

El legislador con la medida de libertad vigilada postpenitenciaria dio entrada a la opción incoizadora en nuestro sistema, pero al contemplar un posible choque con la Constitución la estableció como medida de seguridad, ya que, al aplicarse tras el cumplimiento de la pena, la finalidad retributiva de la pena ya se habría cumplido y la fundamentación de esta medida radicaría en la peligrosidad subsistente del sujeto. La finalidad de esta medida sería, dentro del respeto al artículo 25.2 de la Constitución Española, tutelar la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, ya que éstos pueden ser víctimas potenciales del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad.

Con la aplicación de la medida de seguridad postpenitenciaria, de manera apriorística, asumimos que la reinserción social de los condenados no ha podido ser lograda con la aplicación de la pena privativa de libertad, ya en el momento del juicio, sin saber si esta pena y el tratamiento penitenciario van a surtir su efecto. Se está asumiendo el fracaso de la finalidad de reinserción de la pena privativa de libertad, solo respecto de los delitos en los que la medida es susceptible de ser interpuesta, y cuya culpabilidad habríamos agotado tras el cumplimiento de la pena, pero cuya peligrosidad subsiste (54).

(53) En palabras de GARCÍA VALDÉS, C., 1987, la reinserción consiste en una rehabilitación interno-inhibidora que le sitúa ante la ley como un ciudadano más. Hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 19/88 de 16 de febrero, respecto al contenido del artículo 25.2 de la Constitución, que si bien las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad habrán de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, éstos no serán «los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista.»

(54) Según DELGADO DEL RINCÓN, L. E., 2004, p. 34, «Para el Tribunal, el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social hayan de ser la única finalidad legítima de las penas privativas de libertad. En consecuencia, no tiene por qué considerarse contraria a la Constitución la aplicación de unas penas que, si bien no responden exclusivamente a dicha finalidad, sí se adecuan a otras finalidades

Así pues, y con respecto al artículo 25.2 de la Constitución hemos de decir que la medida de seguridad postdelictual es de difícil encaje en el marco constitucional y en el penitenciario.

Según la STC 23/1986, de 14 de febrero, la concurrencia de una pena y una medida de seguridad es contraria al principio de legalidad. El Fundamento Jurídico primero *in fine*, señala que «la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado, no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal; y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro, la «peligrosi-

de la pena de tipo preventivo o retributivo» (SSTC 19/98, de 16 de febrero, 75/1988, de 31 de marzo y 112/96, de 24 de junio). En opinión de ZAPICO BARBEITO, M., 2009, ha existido una evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional en la que en un primer momento, se consideró que el artículo 25.2 tenía un carácter de mandato orientador de la política criminal y penitenciaria, cuestionando negativamente su naturaleza de derecho fundamental, para después, perder esa naturaleza orientadora y basarse en la retención y custodia, señalando ZAPICO que «el debate acerca de la naturaleza de la reinserción social ha quedado obsoleto, abriendo paso al debate sobre la existencia mínima de la reinserción». Siguiendo esta línea político criminal tenemos la introducción de la nueva medida de seguridad de la libertad vigilada, que poco o nada responde a la reeducación y reinserción social, sino que su finalidad es la de controlar al delincuente peligroso que ha cumplido su pena privativa de libertad, la inocuización del delincuente. Para ZAPICO, 2009, p. 941: «el ideal rehabilitador no solo está en crisis, sino que ha caído bajo la preeminencia de las políticas estadounidenses de inocuización y segregación social, las cuales, dando primacía absoluta a la eficacia preventivo-especial de la pena –en la búsqueda de que el infractor no vuelva cometer delitos– lo apartan de la sociedad para evitar de ese modo, su potencial peligrosidad. Las políticas de incapacitación como fin último de la pena –totalmente contradictorias con el ideal resocializador– inspiran ya las recientes decisiones legislativas de internamiento. En lo que respecta a las decisiones legislativas la autora incluye el incremento del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión, el endurecimiento de los requisitos de acceso a los beneficios penitenciarios, a los permisos de salida y a la libertad condicional, la incorporación del «periodo de seguridad» para acceder al tercer grado y, a la introducción de la medida de seguridad postdelictual (y postpenitenciaria) para imputables [por delitos contra la vida, lesiones en el ámbito personal del 173.2 CP, de terrorismo y contra la libertad sexual, de la libertad vigilada]. Según SILVA SÁNCHEZ, J., 2001, el debate de la inocuización del delincuente ha vuelto al centro del debate político criminal en Estados Unidos, si alguna vez dejó de estarlo.

dad». En el mismo sentido encontramos la STC 21/1987, de 19 de febrero, que indica que «como se dijo en la STC 23/1986, de 14 febrero, recaída en un asunto sustancialmente igual, el planteamiento anterior cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por delito, con relevancia especial en el caso por la integración del estado peligroso del art. 2.8 Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en un «tipo de hecho» propio del campo de la pena, es decir, de «hechos» ya recogidos y sancionados por el art. 344 CP». Se entronca así la cuestión –añade la Sentencia citada– con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y también –dada la identidad de hechos definidos en los arts. 2.8 y 344 citados– con el principio *non bis in idem*, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, que impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».

Por tanto, la regulación de la medida de seguridad que hemos analizado contravendría la jurisprudencia constitucional contenida en las Sentencias 159/85, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero, que como hemos visto, establecen de manera clara, 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 (55)». El hecho de que la medida se imponga a priori por el tribunal sentenciador, puede obviar la vulneración del principio *ne bis in idem*, dado que la Sentencia condenatoria ya contiene una hipótesis futura de no reinserción/peligrosidad, y que veremos cómo se solventa en la jurisprudencia concreta.

Por otra parte, la cuestión de que si la hipótesis –de que la peligrosidad subsiste o no–, se concreta antes de permitir la puesta en marcha de la medida, tras informe de Instituciones Penitenciarias y adoptada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, hace que la presunción de fra-

(55) Las Conclusiones del Seminario Encuentro de Jueces/zas de Vigilancia Penitenciaria, Fiscales e Instituciones Penitenciarias están disponibles en internet: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Conclusiones_JV_2011.pdf [fecha última consulta 7/3/2020]. En el mismo sentido, citar a GARCÍA RIVAS, N., 2011, p. 23, quien opina que «a pesar de la opinión discordante de una parte de nuestra doctrina, cambiar la etiqueta a la restricción o privación de libertad no libera a la medida de su condición de sanción, es decir de ser la respuesta punitiva estatal a la comisión de un hecho (...)».

caso de la reinserción social de las penas privativas de libertad no sea *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, y por tanto, a nuestro entender, se salva su inconstitucionalidad con respecto al artículo 25.2 de la Constitución. Ahora bien, la medida de libertad vigilada no deja de ser restrictiva de derechos, por lo que deberá aplicarse con el cuidado debido a una medida del orden penal, con estricto respeto al principio de legalidad, al de proporcionalidad y al de intervención mínima del derecho penal. Es decir, no podrá aplicarse fuera de los casos comprendidos en la ley, cuando sea absolutamente necesario, y su duración y contenido de las medidas deberán ser adecuadas a la peligrosidad demostrada por el autor del delito, siendo el propio delito y las circunstancias que rodearon la propia comisión delictiva el mejor indicador de dicha peligrosidad. Aunque hablando de consecuencias jurídicas que pueden ser bastante restrictivas, sería interesante avanzar de forma más decidida en los métodos de gestión e identificación de riesgos de los que hemos tratado ampliamente a fin de evitar por una parte falsos positivos y falsos negativos.

4.2 Definición

Siguiendo el tenor de la ley definiríamos la medida de seguridad de libertad vigilada como una medida de seguridad no privativa de libertad, aplicable tanto a sujetos inimputables y semi-imputables, como a sujetos imputables reos de delitos contra la libertad sexual, de terrorismo, contra la vida y contra la integridad física de los sujetos comprendidos en el ámbito del artículo 173.2 CP en los supuestos previstos por la ley, que consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial, que se realizará a través del cumplimiento de una o varias medidas, que se impongan por el Juez o Tribunal sentenciador, y en el caso de los sujetos imputables, se concretará, en su caso, tras el cumplimiento de la pena, en virtud de determinación del Juez de Vigilancia penitenciaria (56).

(56) Para ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p.191 es una medida de seguridad que consiste en tener vigilada la libertad del condenado, aunque sin privarle de ella. Hay que destacar que el Juez o Tribunal sentenciador tendrá que evaluar la peligrosidad *a priori*, puesto que lo tendrá que imponer en Sentencia, aunque se concrete después, una vez vista la efectividad resocializadora o no de la pena de prisión, el pronóstico futuro del condenado. El juez o tribunal sentenciador le habrá tenido a la vista durante las sesiones del juicio oral, por lo que habrá podido interactuar con él, además de estudiar el contenido de los autos y por tanto, un mejor conocimiento del caso concreto.

4.3 Naturaleza

Estamos ante un retorno a la «inocuidación» (57), así como asumiendo posturas del Derecho Penal del Enemigo (58); y ante este «delincuente no rehabilitado» o con posibilidades de no rehabilitarse, opta por decir que, a pesar de mantenerse en el esfuerzo rehabilitador, también hay que proteger otros derechos, apareciendo aquí como valores dignos de tutela la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, ya que son «potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado». El legislador asume que la dimensión retributiva de la pena se ha agotado porque ha cumplido su pena, pero, en aras a la peligrosidad todavía indeterminada, que sin embargo afirma subsistente en el sujeto, se puede aminorar o eliminar mediante una medida de seguridad.

La exposición de motivos de la L.O. 5/2010 menciona que la medida de libertad vigilada «se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común». A nuestro entender, dicha inserción no tiene nada de «natural» (59), puesto que la aplicación de

(57) Según DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., 2005, pp. 10-11, el auge de los mecanismos de inocuidación selectiva son una variante más de la gestión administrativa de riesgos, que utiliza técnicas de probabilidad para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes.

(58) Un ejemplo de Derecho Penal del enemigo, *vid.* DURÁN SECO, 2009, p. 18 es la nueva regulación en la modificación del CP del año 2010 respecto al artículo 36 CP que evita que se les pueda adelantar la obtención del tercer grado a los delincuentes sexuales. Estos delincuentes peligrosos habrían de ser considerados como enemigos y por tanto habría que aplicárseles un Derecho penal específico para ellos *vid.* MONGE FERNÁNDEZ, 2010, p. 88.

(59) De igual forma, no entendemos como natural la inserción de la medida de libertad vigilada, por cuanto introduce distorsiones, como no podía ser de otra manera por su naturaleza, en el régimen jurídico de las medidas de seguridad. Por ejemplo, en el artículo 99 del Código Penal se establece que en el caso de concurrencia de penas y medidas (como en el caso de personas semi-imputables), primero se cumplirá la medida y luego la pena, mientras que, en el caso de la libertad vigilada, artículo 106.2 del Código Penal, se cumplirá de manera posterior a la pena privativa de libertad. Igualmente, en el artículo 97 del Código Penal, se establece que cuando la sentencia se está ejecutando, y por tanto la medida, el Juez o Tribunal decidirá mantener, suspender, sustituir o finalizar la medida que se esté imponiendo, mientras que, a tenor del artículo 106.3 c) del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, antes de que la medida comience, dejarla sin efecto. FEIJOO, B., 2011, p. 213, indica que el sistema de medidas de seguridad no se ha visto alterado sustancialmente tras la reforma del Código Penal por L.O. 5/2010, de 22 de junio, salvo la imposición de medidas a los sujetos imputables peligrosos. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., CPC, 2011, p. 111, mantiene la opinión de que «la inclusión de la «libertad vigilada» como «medida de seguridad» de ejecución posterior al cumplimiento completo de la pena privativa de libertad, va a

esta medida, y ahí radica su novedad, más allá de su aplicación a inimputables o semi-imputables, esta medida también se va a aplicar a sujetos imputables, si de la naturaleza del hecho cometido, se deduce esta peligrosidad, y siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. Por tanto, su introducción no es en absoluto natural, sino que «fuerza» el concepto tradicional de medida de seguridad aplicable a personas que no entendían la ilicitud de su conducta por tener anuladas o mermadas sus capacidades intelectuales y que suponían un peligro para la sociedad (60).

Aunque, entre la primera calificación como pena accesoria y la actual como medida de seguridad, nos parece más adecuada su conceptualización como medida por cuanto atiende a la peligrosidad, no es menos cierto que realmente estamos ante una serie de reglas de conducta (61), de entre la que destacamos la obligación de estar controlado, y para otros autores como Mapelli Caffarena (62), le parece que es más similar a una libertad condicional de carácter continuado, y su calificación como medida solo es una etiqueta conveniente (63).

Si la medida hubiera contado con una figura de «Delegado» (por utilizar la terminología de nuestro Derecho Penal histórico) que sí hiciera un seguimiento personal y detallado, a modo de la figura anglosajona del *probation officer*, y este seguimiento o control de tipo formal fuera acompañado por medidas de tipo terapéutico y apoyo psicosocial, podríamos haber apuntado a un ámbito más de prevención especial

romper con el sistema de consecuencias jurídicas del delito establecido en el Título Preliminar del Código penal de 1995, admitiendo en el Derecho penal español, ya de inicio, un tratamiento diferenciado de respuesta social para delincuentes sexuales y terroristas. Considerando a estos sujetos delincuentes de «estado» a los que se les abre directamente la puerta a los postulados del derecho penal del enemigo, ante los cuales el punto de partida es una presunción de peligrosidad futura y el fracaso de la función resocializadora y rehabilitadora de la pena y del tratamiento penitenciario, que justifica la imposición de una medida coactiva (revestida como medida de seguridad) tras el cumplimiento total de la pena privativa de libertad proporcional al hecho cometido».

(60) Por su parte, ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 162-3 rechaza que exista una inserción natural, lo que se está es forzando el sistema de aplicación de penas y medidas de seguridad, limitándose a modificar la denominación de las medidas no privativas de libertad.

(61) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., 2010, p. 4.

(62) *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., 2011.

(63) Para MARTINEZ GARAY, L., 2014, p. 8, tampoco está clara la naturaleza bien como pena o como medida de seguridad. La medida de seguridad de libertad vigilada no responde a fines de prevención especial, puesto que ya parte asumiendo el fracaso resocializador de la pena privativa de libertad impuesta y cumplida ella entiende que responde a fines eminentemente retributivos y de prevención general positiva.

positiva –para intentar que el delincuente no reincida– que con la actual regulación que el legislador parece no querer modificar (ya que la medida se mantiene tal cual fue aprobada en 2010, salvo en lo que respecta a la ampliación realizada por LO 1/2015).

4.4 Duración de la medida

A tenor de lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal, la medida de libertad vigilada tendrá una duración por un tiempo no superior a cinco años con carácter general y hasta diez años de duración en los casos que expresamente lo disponga este Código Penal (arts. 192.1 y 579 bis C.P).

4.5 Procedimiento de aplicación para sujetos imputables

Para sujetos imputables, la medida de libertad vigilada se impone en Sentencia por parte del Juez o Tribunal sentenciador, en los casos en los que proceda legalmente, junto con la pena que corresponda para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, siempre que así lo disponga de manera expresa este Código (queda a salvo lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal para los supuestos de inimputables y semi-imputables). Al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad (64), el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que ha ido siguiendo el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, elevará una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que concretará el juicio de peligrosidad (65) *ex ante* que realizó en el momento de emitir la Sentencia condenatoria, para ver si subsiste peligrosidad por parte del penado. En el caso de que no subsista, a la vista del pronóstico positivo de reinserción, la medida no se ejecutará. En el caso de que subsista su peligrosidad, el Juez o Tribunal sentenciador, fijará el contenido de la medida de libertad vigilada,

(64) En el caso de que el reo estuviera condenado a varias penas privativas de libertad de cumplimiento sucesivo, hasta que no cumpla todas ellas, no comenzará a cumplirse la medida de libertad vigilada. Si el penado hubiera sido condenado por varios delitos a varias medidas de libertad vigilada que no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, por el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, se cumplirán de manera sucesiva, pudiendo el Juez o Tribunal modificar las obligaciones impuestas.

(65) En opinión de ETXEBARRIA, resulta sorprendente que, a pesar de que sea esencial para determinar o no la medida, sin embargo, no exista regulación alguna sobre la forma en que habrá que realizar esa prognosis de peligrosidad de esa persona *vid.* ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2010, p. 16.

fijando las concretas obligaciones o prohibiciones de entre las enumeradas en el apartado 1 del artículo 106 del Código Penal.

De igual forma y por el procedimiento del art. 98 CP el Juez o Tribunal sentenciador podrá: modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106.3 CP).

El fundamento de esta regulación es inherente a la propia naturaleza de las medidas de seguridad, que tienen como fundamento de su imposición, la peligrosidad del sujeto; por lo tanto, es evidente que si la peligrosidad del individuo varía, la medida pueda cesar (dentro del límite establecido por el artículo 101.1 *in fine*, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad, que en dicho caso no podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable), si cesa la peligrosidad del sujeto, o ser sustituida en el caso de que se piense que otra medida pueda coadyuvar al fin pretendido: eliminar la peligrosidad del individuo.

La concreción y adaptación de esta flexibilidad en la aplicación de las medidas de seguridad para la medida de seguridad de la libertad vigilada, viene establecida en el artículo 98 del Código Penal. Cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad (66), el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (67). El Juez de Vigilancia Peniten-

(66) Con el argumento *a sensu contrario*, no habría que realizarlo en el caso de sujetos inimputables dado que esta medida no se cumplirá tras una pena, sino en todo caso, tras una medida de internamiento.

(67) De la redacción del artículo se deduce que no sólo tendrá en cuenta los informes que obren en el expediente, sino que también podrá recabar otros a fin de dictaminar sobre su mantenimiento, eliminación o sustitución. Se está dando un doble control judicial en este caso, puesto que el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará al Juez o Tribunal sentenciador y luego éste decidirá, lo que no ocurre en el supuesto del segundo párrafo del artículo 98, puesto que cuando se trate de otra medida no privativa de libertad, será el Juez o Tribunal sentenciador el que recabe directamente esos informes, sin propuesta del Juez de Vigilancia penitenciaria. Echamos de menos la

ciaria elevará esta propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, y éste resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes tras oír al penado, al Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oír así mismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado y permanezcan localizables a tal efecto (68). Como indica Plasencia, la víctima puede proporcionar información para adoptar decisiones relevantes en cuanto a cuestiones como suspensión de la ejecución o la libertad vigilada (69).

Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada.

Como crítica, hablando de su aplicación a sujetos imputables, podemos decir que la imposición de la medida no requiere habitualidad. La gravedad del delito cometido ya llevará aparejada una pena mayor, adecuada al desvalor de la acción, por lo que tenemos un plus de penalidad para el delincuente sexual o terrorista, como perfiles criminológicos a los que se va a aplicar la medida tras el cumplimiento de la pena, a los que, desde la reforma de 2015, se añaden los delitos contra la vida y de lesiones (personas del artículo 173.2 CP). En estos supuestos, Acale (70) señala que se está estableciendo una presunción *iuris et de iure* de no reinserción social del condenado.

intervención del Ministerio Fiscal que, debería haber emitido informe a este respecto al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues habrá seguido las vicisitudes penitenciarias del reo informando cuando haya sido requerido para ello.

(68) Se proporciona a las víctimas la posibilidad de dar su opinión respecto al mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad o, de la medida de libertad vigilada. Entendemos que cuando se refiere a las víctimas, se está aludiendo, a diferencia de lo que mantiene María ACALE *op. cit.* 2010, p. 165, a las víctimas del concreto delito que no se hubieran personado, ejerciendo la acusación en su nombre el Ministerio Fiscal y no de «futuras víctimas» o «grupos de víctimas» ya que el legislador hace alusión «a que no estuviesen personadas».

(69) PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., Diario *La Ley*, 2019.

(70) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 163.

4.6 Medidas u obligaciones a las que se puede someter al sujeto al que se ha impuesto una medida de libertad vigilada

La libertad vigilada va a consistir en el sometimiento del condenado a control judicial, y este control se verificará a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas del artículo 106 del Código Penal. Podemos agruparlas en función de la finalidad de las mismas como: de control físico del reo sujeto a la medida, de protección a la víctima, disuasorias o preventivas y de tratamiento (71).

a) *Entre las medidas u obligaciones de control físico o aseguramiento de la localización del sometido a la medida tenemos la de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente [art. 106.1 a)].*

Esta obligación, que parece ser la obligación principal del artículo 106 CP ya que, si la medida de libertad vigilada consiste en estar sometido al control judicial, ¿qué mejor manera que la de estar siempre localizable? Sin embargo, plantea numerosas dudas respecto a su ejecución, ya que si lo que se busca es el control del reo, y que este esté siempre localizable para su control judicial, si lo que se busca es evitar su reincidencia, esto no va a frenar al reo de cometer los delitos, podrá tener cierto efecto disuasorio, pero no se va a inocular al delincuente. Además, pueden existir fallos en el sistema, y habrá que determinar el órgano o empresa que va realizar el seguimiento, si va a ser público o privado, determinar los medios económicos y establecer un protocolo estricto a la hora de determinar los posibles quebrantamientos, precisamente en los momentos en los que hay que cargar la batería del emisor.

Se echa en falta la existencia de un agente de la libertad vigilada, o como vimos en nuestra regulación penal histórica, de un Delegado que se encargue de las relaciones con el reo sometido a la medida. Sería imprescindible que se creara esa figura de manera reglamentaria y se dotara presupuestariamente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias con el fin de realizar un auténtico seguimiento de las penas y medidas no privativas de libertad. La solución no es otra que dejar de pensar en un sistema de ejecución penal que gira en torno a la prisión y empezar a asumir que las condenas de otras penas, que

(71) *Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, RADPP, p. 193; distingue únicamente dos grupos, las prohibiciones y obligaciones que vigilan la libertad del penado y las que tienen como finalidad proteger a las víctimas. Nosotros hemos añadido las dirigidas a la reinserción, por entender que no entran en ninguno de estos grupos.*

ya son más numerosas que las privativas de libertad, deben ser prioritarias, configurando la prisión como último recurso para la delincuencia realmente grave. Además, hay que crear puestos de trabajo especializados que pueden estar ocupados por trabajadores, educadores sociales y sobre todo por criminólogos (72) que realicen, de una manera descentralizada y en oficinas creadas al efecto, las labores que vienen realizando unos servicios sociales penitenciarios desbordados.

Creando la figura del agente o delegado, este, de manera similar a lo que ocurre en Estados Unidos y a nuestra antigua regulación, puede tener información de primera mano del penado e intervenir directamente en su reeducación y reinserción social, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución, y configurando esta medida de la libertad vigilada como una nueva oportunidad para el delincuente para reinsertarse gozando de un apoyo personalizado, y no de un mero control a través de una pantalla, que no sabemos quién va a controlar.

A nuestro juicio, esta medida está pensada para su cumplimiento posterior en el caso de imputables, con la finalidad de su control y aseguramiento y parcialmente de prevención general, enviando un falso mensaje a la sociedad de un control sobre ese delincuente peligroso, que no es tal.

b) La presentación periódica en el lugar que se establezca [art. 106.1 b) CP].

Esta medida recuerda mucho a la obligación *apud acta* que se puede imponer al detenido al que se decide poner en libertad provisional con presentación en el juzgado en los habituales uno y quince de cada mes, a fin de asegurar que no se evada a la acción de la justicia y de evitar los perniciosos efectos de la prisión provisional (art. 530 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo [art. 106.1 a) CP].

En este supuesto la medida no tiene otra finalidad que la de comunicación del lugar de residencia o trabajo del reo, a efectos de control

(72) En el mismo sentido, *vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., 2012, p. 555. Por su parte, MAGRO SERVET, V., 2008, indica que el control de la libertad vigilada no ha de ser asumido por las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino que se debería encomendar a profesionales tales como criminólogos, psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales o técnicos de integración social, que unan una labor asistencial para los fines de reinserción social, con una labor de control.

y asegurativos (73). Esta obligación es también otra de las obligaciones que se imponen al imputado cuando se decreta su libertad provisional, a fin de evitar que no se presente ante el juzgado cuando sea llamado.

d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida o de un determinado territorio [art. 106.1 d) CP].

La regulación actual (74) es bastante limitativa de la libertad deambulatoria, y pese a estar prevista por el ordenamiento con anterioridad como una medida de seguridad de las que ahora se refunden como obligación o prohibición de realización de conducta dentro de la medida de libertad de seguridad, no se aplica frecuentemente, al ser más sencillo imponer la prohibición de limitar su acceso a una determinada población, que es lo que se suele hacer. Sería pues más sencillo imponer la medida prevista en la letra a), estar siempre localizable, con la prohibición de acceder a la localidad o localidades donde residiera la víctima o víctimas, establecida en la letra e) del artículo 106 CP

Esta obligación puede chocar con la finalidad de reeducación y reinserción social propugnada por el artículo 25.2 de la Constitución, ya que en la vida diaria y, por tanto, en el retorno a la normalidad y a una vida sin delitos, la movilidad es imprescindible, por ejemplo, para la consecución o mantenimiento de un puesto de trabajo que le evite al penado la exclusión social, y por tanto la mayor probabilidad de reiteración delictiva. Por tanto, la adopción de esta medida habrá de ser sopesada de manera previa a su adopción por parte del Juez a las circunstancias del caso en concreto.

No existiría vulneración del principio *ne bis in idem* al tener un fundamento de imposición distinto en la pena privativa de libertad y en la medida de seguridad de libertad vigilada, que sí se infringiría si la imposición de la medida se hiciera tras cumplir con su pena y no en

(73) Vid. CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., RODRÍGUEZ OLMOS, 2013, p. 567.

(74) En cuanto a la letra d), la prohibición de ausentarse sin autorización del tribunal del lugar donde viva, o de un determinado territorio, es similar en parte, a la medida existente en la redacción anterior que consistía en la «obligación de residir en un lugar determinado» [art. 105.1 b) y 96.3 del CP en su anterior redacción], según LEAL MEDINA, J., 2008, ésta medida era «una medida asegurativa, cuyo contenido restrictivo y aflictivo hace que la peligrosidad del sujeto sea más controlada y circunscrita a un entorno señalado». Pero a diferencia de la regulación anterior que comportaba, en positivo la obligación de residir en un lugar determinado, pero que no impedía al penado desplazarse, mientras que la actual formulación, le obliga a permanecer en un sitio o área determinada.

la actual regulación, ya que la aplicación a posteriori de la medida de seguridad de libertad vigilada está prevista de manera expresa en la sentencia condenatoria (75).

En cuanto a las medidas disuasorias o preventivas de la comisión de nuevos delitos, junto con la medida del artículo 106.1 a), ya que al estar localizado y seguido permanentemente por GPS, se sabrá si estaba en la zona donde se haya cometido otro delito y será un factor de prueba importante de cara a futuras condenas que podrá disuadir al sujeto de la comisión de nuevos delitos, tenemos también que, como su propio nombre implica, «la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza [art. 106.1 i) C.P «oportunidad» para su comisión] (76).

Respecto a las medidas de protección a la víctima contamos con la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (art. 106.1 e) CP). Como pena, el artículo 48.2 CP establece claramente su contenido. Con respecto a la prohibición de aproximación, esta consiste en «impedir al penado acercarse a dichas personas, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena».

En opinión de Leal (77), se trata de una medida de carácter estrictamente defensiva y asegurativa, cuya única finalidad es la de preservar la seguridad de la víctima.

1. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. (art. 106.1 f) CP).

En lo referente a la prohibición de comunicación el artículo 48.3 del Código Penal, en su regulación como pena, impide al penado establecer con las personas que se determine, por cualquier medio de

(75) En ese sentido *vid.* BOLDOVA PASAMAR, 2009, p. 299.

(76) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 195, entiende que nos hallamos ante una modalidad nueva, (...) cuya finalidad es ejercer un control sobre las actividades que desempeña el penado. Desde un punto de vista de la prevención especial, alejándole de las actividades que le puedan facilitar la comisión del delito, que pueden ser laborales, familiares o de ocio meramente, se controla su libertad, vigilándola y evitando la reincidencia y, por ende, el fracaso de la reinserción social.

(77) *Vid.* LEAL MEDINA, J., 2008, p. 415.

comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

2. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 106.1 g) CP). Y la prohibición de residir en determinados lugares, (art. 106.1 h) CP).

Estas medidas también existían formuladas de manera similar como medida de seguridad en la anterior redacción del artículo 96.3. 5.º y 4.º del Código Penal y como pena en el artículo 48 del Código Penal.

3. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 106.1 g) CP) parece estar pensada para sustraer al penado de los lugares que ejercen una influencia negativa sobre él y pueden inducirle a reincidir. En la regulación anterior, para personas con la imputabilidad disminuida o anulada, podríamos estar hablando de establecimientos de juego, bares, puntos de venta de droga; y con la actual regulación, podríamos estar hablando de prohibición de acudir, por ejemplo, en el caso de autores de delitos sexuales contra menores imputables, a centros escolares, parques públicos u otros lugares donde se encuentren niños, a fin de evitar la reiteración delictiva y, con ello, prevenir la comisión de nuevos delitos.

Respecto a la prohibición de residir en determinados lugares, en el artículo 48 CP, (tanto en su redacción anterior, como en la redacción actual del artículo 48.1), explica en qué consiste, en «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos».

Por su parte, Acale (78) señala que la interpretación de territorios, lugares y establecimientos plantea problemas y entiende por «territorios» el equivalente a zonas geográficas, por «lugares» serían sitios en concreto y por «establecimientos» entiende recintos cerrados como bares u otros. Para Leal (79) tiene un contenido aflictivo y que limita su libertad deambulatoria, con una finalidad asegurativa esencialmente y que refuerza la protección de los derechos de las víctimas. También puede tener un efecto rehabilitador si se le extrae de un ambiente criminógeno.

Para estas cuatro medidas, en su modalidad de penas, el artículo 48 del Código Penal en su punto cuarto permite que el Juez o Tribunal acuerde que sean controladas a través de medios electrónicos.

(78) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 197.

(79) Vid. LEAL MEDINA, J., 2008, p. 410.

4. Medidas de reinserción y tratamiento

a) Incluyo como medida de reinserción, la única de todas las medidas expuestas que tiene algo de contenido rehabilitador, como sería «La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares» [art. 106.1 j) del Código Penal].

Esta medida ya estaba contemplada en similares términos como medida de seguridad no privativa de libertad en la anterior redacción del artículo 96.3.12.º del Código Penal. También la podemos encontrar como una de las condiciones que se pueden imponer para suspender la ejecución de la pena (art. 80.1.5.ª Código Penal), y que se aplicará en todo caso, como una de las condiciones a cumplir para suspender la pena en los delitos de violencia de género (art. 80.1 in fine del Código Penal).

Establecer la obligación de participar en programas formativos para sujetos imputables, parece cuando menos poco práctico e incluso rozando la inconstitucionalidad, por ser contrario a los artículos 10.1 y 25.2 de la Constitución. En cualquier caso, la sumisión a dichos programas debería de ser voluntaria para conseguir cualquier tipo de efectividad. Y ello porque sólo de la voluntariedad se podría conseguir una participación activa y provechosa en estos programas que, caso de ser forzosos, lo único que se conseguirá es su asistencia física a las clases, sin que nada de su contenido, y por tanto su posible efecto de reeducación y reinserción social, se produzca.

Para Leal (80), la finalidad del sometimiento a esos programas es de reeducación y reinserción social y para evitar futuros delitos. Aboga por que sea la Administración quien los coordine a pesar de que se impartan en centros privados o públicos.

b) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico [art. 106.1 k) del Código Penal].

Esta medida ya estaba contemplada en similares términos como medida de seguridad no privativa de libertad en la anterior redacción del artículo 96.3.1.1.ª del Código Penal.

Respecto a esta obligación mi opinión es absolutamente clara y tajante, sólo podrá ser aplicada de manera obligatoria a sujetos inimputables y semi-imputables. En el caso de personas imputables, sería contrario a lo establecido en el artículo 10.1 y 25.2 de la Constitución

(80) *Vid.* LEAL MEDINA, J., 2008, p. 414.

Española si el penado no presta su consentimiento (81). Sería aconsejable seguir la fórmula que establece el artículo 49 del Código Penal para los trabajos en beneficio de la comunidad, que no pueden imponerse sin el consentimiento del penado. Por lo que sería necesario o bien el consentimiento previo, o bien que se hubiera establecido una cautela en la norma, que indicase que el hecho de participar o consentir en el tratamiento médico, fueran tenidos en cuenta para la reducción de la duración de la medida de libertad vigilada (82).

4.7 La medida de seguridad de libertad vigilada y el vigente sistema penitenciario español

La medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria, comenzará a ejecutarse, en su caso, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El reo ha «pagado» su pena, y la medida de la libertad vigilada no deberá conllevar un empeoramiento de la situación personal del reo dentro de los diferentes grados en los que va evolucionando un interno en un establecimiento penitenciario, y de acuerdo con los principios constitucionales a los que deben estar orientadas las penas y medidas de seguridad. Sin embargo, entra dentro de lo posible que la medida de seguridad de libertad vigilada supusiera un empeoramiento en las condiciones del reo, lo que iría totalmente en contra del artículo 25 de la Constitución Española (83).

(81) En el mismo sentido, PORTERO LAZCANO, G., 2009, p. 72, indica que, si deseamos «que un tratamiento médico sea eficaz, es preciso que sea voluntario, o por lo menos, no impuesto».

(82) En el informe del Consejo General del Poder judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal (página 50) se proponía el modelo promocional no coactivo que se aplica en Alemania, donde se establece para ciertas clases de delitos y sujetos activos una doble vía: libertad vigilada de determinada duración si el sujeto se somete a tratamiento médico, o de duración más prolongada si no se somete. Debe subrayarse que la segunda opción no es una sanción por negarse al tratamiento médico.

(83) El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de 2008 planteaba que, «la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión». Así pues, tal y como indica dicho informe, «allí donde el progreso individual del sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería poder ser más gravosa que éstos, si no concurren nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión».

A. En lo que respecta a los permisos penitenciarios ordinarios (arts. 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento penitenciario), estos permisos sirven para preparar la vida en libertad. El legislador nada ha contemplado respecto a estos días de permiso con respecto a la libertad vigilada, lo que no deja de ser un contrasentido y pone de manifiesto que la finalidad de la medida nada tiene que ver con reeducación o reinserción social, puesto que el delincuente puede salir, cumpliendo los requisitos y sin control de GPS alguno, sí con la medida de alejamiento impuesta en Sentencia, si la hubiera, de cumplimiento simultáneo de la pena.

B. Respecto al *régimen abierto*, si el penado accede al mismo será porque existe un pronóstico favorable de buena conducta, por lo que será difícil compadecerlo con un empeoramiento de la aplicación de la medida de seguridad vigilada tras el cumplimiento de la condena.

C. Libertad condicional. El hecho de que se pase de una libertad condicional [en la que el Juez de Vigilancia Penitenciaria «puede» imponer por parte, de manera motivada según el artículo 90.2 del Código Penal, la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas de los artículos 83 (entre las que se encuentra la de vigilancia de conducta (84) en el artículo 83.4.^a del Código Penal y que consiste en «comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas», y la medidas de seguridad del artículo 96.3 del Código Penal entre las que se encuentra la libertad vigilada] a otra situación, de libertad vigilada que puede ser más gravosa para el reo que las condiciones que venía sufriendo el penado.

5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIDA

5.1. Desarrollo de la medida

El desarrollo reglamentario de la medida de libertad vigilada se realiza por parte del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro

(84) GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., 2009, pp. 18-19, indica que, en base a ese artículo, Instituciones Penitenciarias desarrolló varios programas de seguimiento vía GPS a internos en libertad condicional.

penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas. La reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio suprimió la intervención del Juez de Vigilancia en la dinámica del procedimiento revisor de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dando así acogida al criterio establecido por el Tribunal Supremo, que a su vez asumió en este sentido, anteriores advertencias doctrinales, y de los propios Jueces de Vigilancia. Tan solo se ha conservado su presencia en la custodia familiar y en relación con la libertad vigilada postpenitenciaria, atendida en este último caso la inmediata relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias a las que se confió el cumplimiento material de la pena de prisión, tras cuyo término se activa esta modalidad de libertad vigilada. En lo que se refiere a la libertad vigilada postpenitenciaria, se establece en el artículo 23 que la Administración Penitenciaria, tres meses antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Las comunicaciones se realizarán al establecimiento penitenciario en el que estaba ingresado, no al servicio de gestión de penas y medidas alternativas donde resida el penado (art. 24).

La Secretaría General del Instituciones Penitenciarias elaboró la Instrucción 19/2011 –cuya modificación se está estudiando en estos momentos– sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración penitenciaria. A ese respecto establece que, el informe que elaborará la Junta de Tratamiento, contendrá la propuesta motivada que hay que aplicar al interno, que esta realice respecto a las medidas concretas del artículo 106 del Código Penal, atendiendo al pronóstico de peligrosidad actual del interno. Si el condenado tiene varias penas privativas de libertad de cumplimiento sucesivo, habrá que esperar a determinar su implementación cuando el penado obtenga el licenciamiento definitivo de la totalidad de las penas que se le hayan impuesto (85).

El Real Decreto 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior, atribuye a la Direc-

(85) Instrucción 19/2011, Secretaría General de IPPP. Disponible en internet [fecha última consulta: 9-3-2020] http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/CIRCULAR_19-2011.pdf

ción General de Ejecución Penal y Reinserción social el seguimiento y control de la medida de seguridad de libertad vigilada post-penitenciaria (art. 6.1 letra i) (86).

Aunque el Reglamento todavía no pudo prever la ampliación de los supuestos a los que se aplica la medida de seguridad de libertad vigilada en el año 2015, en su artículo 25 se establecía la coordinación de la Administración penitenciaria con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género en el caso de que la medida de seguridad se haya impuesto por lesiones en el ámbito de la violencia de género.

5.2 Algunos datos estadísticos

Existen pocos datos publicados con respecto a la aplicación real de la medida de libertad vigilada en nuestro país. El Consejo General del Poder Judicial no realiza estadísticas sobre la imposición de medidas de seguridad en sentencias, tampoco vienen recogidas en el Instituto Nacional de Estadística, ya que son datos de condenados de datos del Registro Central de Penados y Rebeldes.

Según datos de Instituciones Penitenciarias, recabados a fecha de diciembre de 2018, la medida de seguridad fue aplicada en 852 casos en el intervalo comprendido entre los años 2010 y 2019. En los años 2010 a 2013 los casos en los que se impuso fueron escasos, tenemos que pensar que los procedimientos penales en los que era susceptible su aplicación, eran delitos muy graves: terrorismo y delitos contra la libertad sexual, que suelen tener una instrucción que se dilata en el tiempo. Por lo tanto, no sorprende que no empezaran a tener un recorrido judicial hasta cuatro años después.

Tabla 1. *Condenas en las que figura la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada desglosada por año y tipo de delito.*

Delitos	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Abusos sexuales					5	12	36	34	43	3	133
Abusos sexuales de violencia de género						1	1		2		4

(86) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., 2020, quien entiende que la Administración penitenciaria únicamente tiene que ejecutar la libertad vigilada postpenitenciaria stricto sensu, y no la que se aplique a sujetos inimputables o semiimputables o la que el autor denomina como postpenal, porque no hayan pasado por un Centro penitenciario.

Delitos	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años				10	15	26	38	72	80	3	244
Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años					1	5	9	18	48	2	83
Actos sexuales con engaño a mayores de 13 y menores de 16								1			1
Agresión sexual		1	2	2	13	19	39	36	54	5	171
Agresión sexual de violencia de género					1	1	5	9	10	1	27
Amenazas de violencia de género				1	1	1		2			5
Asesinato			1	1	2	2	1	4	10		21
Asesinato de violencia de género								2	6	1	9
Detención ilegal de violencia de género								2			2
Exhibicionismo o pornografía de menor de 13 años						1	4	1	2	1	9
Exhibicionismo o pornografía de menor de edad o discapaz				2	3	5	5	12	14	4	45
Exhibicionismo y provocación sexual						1	1	3	2		7
Hacer presenciar o participar en actos sexuales a menores de 13 años									1		1
Homicidio	1			1	2	2	6	12	19		43
Homicidio de violencia de género				1				4	5		10
Malos tratos de violencia de género						5	1	2	5	1	14

Delitos	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Prostitución de menor de edad o con discapacidad						1	2	2	5		10
Prostitución de menor de 13 años								3	1		4
Terrorismo								3			3
Violación									2		2
Violencia habitual de género							2	1	1		4
Total general	1	1	3	18	43	82	150	223	310	21	852

Fuente y elaboración: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

No sorprende la escasez de condenas en el año 2019, ya que los datos se recabaron a finales de 2018 y la información fue aportada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias el 19 de febrero de 2019.

Como vemos de los datos aportados, los tres tipos de condenas donde se impone judicialmente la medida de seguridad de libertad vigilada y que son tres cuartas partes de las condenas son, en primer lugar: los delitos sexuales contra menores de 13 años (hasta 2015) y hasta mayores de 16, con 327 condenas en total (38,38%). En segundo lugar, en los supuestos de agresiones sexuales existen 171 condenas y 27 más en el ámbito de la violencia de género, entendemos que sucedidas en el seno de una relación conyugal o análoga, lo que haría un total de 198 condenas (20,07%). En tercer lugar en los supuestos de abusos sexuales con 137 condenas, cuatro de ellas por violencia de género, con un total de 140 condenas (16,43%).

Tabla 2. *Libertades postpenitenciarias implementadas en la práctica tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad por año y tipo de delito.*

Delito	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Abuso sexual			1	4	6	
Agresión sexual		1	3	2		1
Exhibicionismo			1			
Asesinato		1			1	
Lesiones		1				

Delito	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Tia	1					
Tenencia pornografía infantil					1	
Amenazas vg					1	
Prostitución y corrupción de menores					2	
Provocación sexual				1		
Total	1	3	5	7	11	1

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Ahora bien, también surge la cuestión de cuántas de estas medidas que han sido acordadas en sentencia han sido realmente implementadas. Pues bien, hasta febrero de 2019 y desde su incorporación al ordenamiento español en 2010, solo han sido implementadas 28 medidas de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria. Ninguna de ella en los años 2010 a 2013. Se han implementado principalmente 11 medidas por condenas de abusos sexuales, y 7 por agresión sexual. Entendemos que las condenas en las que se impone, las penas privativas de libertad son muy largas, y la medida no se valorará si se implementa o no, hasta su cumplimiento.

Así pues, el presente de la medida va desarrollándose, y será interesante desarrollar una investigación sobre su desenvolvimiento en los próximos años. Estamos hablando de delitos con penas privativas de libertad largas, cuyo cumplimiento prácticamente íntegro es probable, y que hay que esperar hasta su finalización para determinar si la implementación de la medida es necesaria. Parece normal que se esté viendo su implementación en delitos como los abusos sexuales, que tienen una pena privativa de libertad menor que la de otros delitos en la que es de aplicación. Parece un error en la mecanización de los datos estadísticos que se nos han proporcionado sobre la aplicación real de la medida en el año 2015 con un caso de asesinato, ya que fue ese año cuando se introdujo la ampliación de su ámbito de actuación a los delitos contra la vida.

Igualmente han surgido cuestiones sobre la competencia territorial de la libertad vigilada postpenitenciaria que ha quedado acordada en caso de ingreso en centro penitenciario, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al centro. Según se acordó en el encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2017, si no entra a prisión, será competente el del domicilio y una vez realizada la propuesta ini-

cial, el Juzgado de Vigilancia penitenciaria que la realice seguirá siendo competente, aunque el penado cambie de domicilio. En caso de recibirse la comunicación del sentenciador con anterioridad a la finalización del plazo de suspensión, se devolverá a aquél para que lo remita tres meses antes de la expiración del plazo, dada la posibilidad de que la competencia del JVP o las circunstancias concurrentes (revocación) hayan variado. También se aplicará en el caso que el sentenciador haya remitido dicha comunicación sin que haya procedido suspensión previa.

6. CONCLUSIONES

La medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada ha venido para quedarse en nuestro sistema, no la queríamos y posiblemente, no la necesitábamos, porque se podría haber implementado la utilización de otras medidas o las mismas reglas de conducta que la componen a cumplir sucesivamente tras el cumplimiento de la pena. No obstante, está en nuestro sistema, y hay que pensar en la mejor manera de utilizar esta medida en nuestro ordenamiento.

En primer lugar y pese a las presuntuosas aspiraciones del legislador, tener a alguien sometido a libertad vigilada no va a impedir que este cometa otros hechos delictivos. Podrá estar más o menos localizado, o sometido a diversas obligaciones o prohibiciones, pero ello no va a ser óbice para eliminar el riesgo de que cometa los mismos o diferentes delitos. Ningún Estado puede asegurar un riesgo cero a sus ciudadanos.

Respecto a la naturaleza de la medida de libertad vigilada, ¿es la libertad vigilada una pena o una medida de seguridad? El debate, que fue importante y polémico en el Anteproyecto de 2008, quedó zanjado con la configuración, acorde con su naturaleza, como fue expuesto por la doctrina, de medida de seguridad, atendiendo a que responde a la peligrosidad del individuo. Con su modificación y configuración como medida de seguridad, hace posible aplicarla a inimputables y semi-imputables, además de a los imputables peligrosos que fue para quienes esta medida de seguridad fue ideada.

Las decisiones apresuradas en materia criminal, y sin evidencia científica que la soporten, conlleva que se ocasionen fricciones o mal adaptaciones con otros órdenes como el constitucional y el penitenciario, como ya hemos visto. Habría que contemplar la imposición de la medida de libertad vigilada, acorde con la finalidad de prevención especial, a los periodos que el penado disfrute de permisos penitencia-

rios y tercer grado, pudiendo quedar sujeto el periodo de libertad condicional a esta medida, vía artículo 90.3 del Código Penal. De la misma forma, entendemos que, si el condenado ha accedido a un tercer grado o a una libertad condicional sin controles similares a los de la libertad vigilada, esto sería difícilmente compatible con una regresión de grado *de facto* que supondría una imposición de libertad vigilada cuando estuviera en libertad, puesto que hay que atender a la peligrosidad de ese momento. Entendemos que, de la regulación de la libertad vigilada y de la legislación penitenciaria, parece deducirse que, la libertad vigilada sólo va a aplicarse a sujetos que no sean merecedores del régimen abierto ni de la libertad condicional (salvo que, habiendo disfrutado del régimen abierto o de la libertad condicional, hayan cometido algún delito en ese periodo que modifique su pronóstico favorable de reinserción social), por lo que se estaría reconociendo *de facto*, el fracaso resocializador de la pena privativa de libertad.

Entendemos que debería darse una (mayor) intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria. El Ministerio Fiscal, con su conocimiento de la trayectoria del delincuente, podría solicitarla (o no, si es potestativa) en su escrito de acusación, dependiendo del estudio del asunto y a la vista de la hoja histórico penal de delincuente. E igualmente, en el momento de la concreta ejecución de la medida, podría informar sobre la necesidad, o no de su implementación, a la vista de la evolución del interno y de los informes que obren en el expediente.

De la misma manera, entendemos que la medida de libertad vigilada se ha quedado desaprovechada, podría haber gozado del talante eminentemente educador que tiene en la jurisdicción de menores y que, tal y como el Consejo General del Poder Judicial indicaba en su informe, se podría haber aplicado a delincuentes juveniles, mayores de edad, hasta los veinticuatro o veinticinco años de edad, en calidad de sustitutivo de la pena de prisión, con lo que evitaríamos la potencia criminógena de la prisión en delincuentes juveniles primarios. Igualmente, podría haber sido aplicada a penados con la pena de prisión suspendida para dificultar su reincidencia teniendo la pena suspendida, al establecer mayores condiciones de control positivo que mantengan al sujeto alejado de la comisión de ilícitos penales, más allá de la espera del transcurso del plazo sin delinquir.

Por los delitos a los que se aplica, delincuentes sexuales, terroristas, homicidio y lesiones en el ámbito personal del artículo 173.2 del Código Penal, parece que se están estableciendo perfiles criminológi-

cos que identifican a estas personas como peligrosas y supone un giro hacia un derecho penal de autor que no es deseable.

La construcción de la figura, la medida de seguridad de libertad vigilada, es a nuestro juicio artificiosa. Se trata de una medida de seguridad creada *ad hoc* para situaciones puestas de manifiesto en asuntos con nombre y apellidos. Técnicamente, no habría sido necesario el artículo 106 del Código Penal en lo relativo al contenido de las medidas que pueden ser impuestas en la libertad vigilada, sino que añadiéndose las de nueva creación, podrían haber formado parte del catálogo que existe en el vigente Código Penal, en lugar de sustituir todas estas medidas por la medida de libertad vigilada.

La precipitación en la puesta en práctica de la medida que nació primero como pena es evidente, puesto que no se ha implementado mecanismo alguno, o agencia que se vaya a encargar de que la medida se cumpla, como sí ocurre en otros países. La medida solo se ha establecido en sentencia en 852 condenas (sí se observa en la tabla 1 un incremento paulatino en el número de sentencias en las que aparece), e implementado únicamente en 28 ocasiones hasta febrero de 2019 (en los delitos que llevan una menor pena aparejada, y en lo que pueden ser errores informáticos dado que la medida no estaba disponible para esos delitos en el año en el que se implantaron según los datos estadísticos). Igualmente, sería necesario que se creara un cuerpo de agentes, preferiblemente independientes de instituciones penitenciarias que, a modo de un servicio de *probation*, se encargaran de llevar a cabo el control de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, y de suspensiones de ejecución de las penas privativas de libertad, de cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de otras penas alternativas –y que podría ser un fantástico nicho de empleo para el gran número de graduados en Criminología que están generando nuestras universidades–, y dejando a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo relativo a las penas privativas de libertad o medidas de seguridad que conlleven internamiento en centro penitenciario psiquiátrico.

Respecto al caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, a los condenados a pena de prisión en cuya condena constara la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, el Tribunal Supremo en STS 756/2014, de 11 de noviembre de 2014 (Id. Cendoj: 28079120012014100735), revisando un caso de la Audiencia de Barcelona que condenó a un hombre que cometió dos abusos sexuales a menores (dos niñas de diez, y doce años) por los que fue condenado a un año de prisión por cada uno de ellos, pena cuyo cumplimiento suspendió por ser una pena inferior a dos años y no estableció la libertad

vigilada. El Ministerio Fiscal recurrió el fallo ante el Supremo, y el alto tribunal dictaminó que hay que imponer esta medida, aunque se suspenda el ingreso en prisión. El alto tribunal recuerda además que el Código Penal no incluye a la libertad vigilada entre los supuestos susceptibles de ser suspendidos ya que es una medida de seguridad, no una pena. En estos supuestos el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no sería competente, por lo que debe ser remitido al Tribunal sentenciador (art. 98.2 CP) (87).

A nuestro juicio, en 2015 se echó a perder una magnífica oportunidad de reestructurar de manera lógica y homogénea la medida de seguridad de libertad vigilada, bien eliminándola (al fin y al cabo solo se ha implementado en 28 ocasiones desde su creación en 2010), o bien mantenerla pero con un cuerpo jurídico metodológicamente bien armado (88), orientado al precedente triunfador de su homónima en la legislación de menores, centrada en la rehabilitación del delincuente y no en un mero control sin acompañamiento ni refuerzo psicosocio-educativo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822», *Cuaderno de la Política Criminal*, 1978.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., CANCIO MELIÁ, M., CASTRO MORENO, A., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., GARROCHO SALCEDO, A., GUERRA, M., *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del código penal, ley de seguridad privada y L.O. del poder judicial (jurisdicción universal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ANTÓN ONECA, J., «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (3), 1965.
- «El Código penal de 1870», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XXIII, fascículo 2, 1970, pp. 229-252.
- BARROSO Y ARRIETA, J. M., *Código Penal vigente. Texto, orígenes y doctrina legal; tablas de penalidad*, Barcelona, J. Casamajó, 1907.
- BASTERO ARCHANCO, J., *La libertad vigilada. Sus problemas*, Zaragoza, Talleres editoriales de «El Noticiero», 1943.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Madrid, Tecnos, 2008.

(87) GÓMEZ-ESCOBAR MAZUELA, P., 2019, p. 4.

(88) Respecto a problemas técnicos en su aplicación *vid.* SÁEZ MALCEÑIDO, E., 2019, pp 8-23.

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «La nueva «medida de seguridad» de «libertad vigilada» aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: la admisión de los postulados del «Derecho penal del Enemigo» por la LO 5/2010» *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, pp. 95-132.
- BENITO FRAILE, E., «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», *Foro*, Nueva época, 41-68, 2008.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., «Derecho penal, concepto y funciones», en: Berdugo Gómez de la Torre, I., *Introducción al Derecho penal*, tomo I, Iustel, Madrid, 2015.
- BERIÁN MANTECA, R., *Ejecución de medidas judiciales con menores en la comunidad de Madrid*, en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 141-160), Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M., «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de Valencia*. Obtenido de www.uv.es/recrim, 2009.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- BUENAVENTURA SELVA, N., *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, Imprenta española, 1870.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I* (3.ª ed.), Madrid, Tecnos, S.A., 1990.
- Código Penal español, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.
- Código Penal Reformado, Madrid, Imprenta del Ministerio de Justicia y Gracia, 1870.
- CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., y RODRÍGUEZ OLMOS, F., «Peligrosidad criminal y perfiles de ADN: Una propuesta *de lege ferenda*», en E. Demetrio Crespo, *Neurociencias y Derecho Penal* (pp. 547-573), Barcelona, Edisofer S.L., 2013.
- CORTES EXTRAORDINARIAS 1821, Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821, Discusión del Proyecto de Código Penal, tomo II, Madrid, Imprenta Nacional, 1821.
- DE CASTRO Y OROZCO, JOSÉ, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel (1848), *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, Imprenta de D. Manuel Sanz, 1848.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista jurídica de Castilla y León*, 339-369, enero de 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- *Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.
- «La Constitución y el sistema de sanciones», en F. Fernando Velásquez, R. Vargas Lozano, *Derecho Penal y Constitución* (pp. 71-130), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

- DIEGO ESPUNY, F., «Los programas para menores en conflicto en Castilla la Mancha», en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 187-216), Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 2001.
- DÍEZ RIPOLLES J. L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, 2005, pp. 10-11.
- DURÁN SECO, I., «La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008», *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (63), 2009.
- ETXEARRIA ZARRABEITIA, X., «Las medidas de seguridad como instrumentos de reinserción», *SEPIN*, 1-31, 2010.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, pp. 213-239, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- GARCÍA ALBERO, R., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Aranzadi Doctrinal* (6), 2010, 183-196.
- GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel (16), 1-27., 2011.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la Pena*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARRIDO GENOVÉS, V., GÓMEZ PIÑANA, A., *Diccionario de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La insoportable gravedad del Código Penal (I)», *El Mundo*, 22 de enero de 2009.
- GÓMEZ-ESCOBAR MAZUELA, P., «La ejecución de la libertad vigilada postpenal», *Diario La Ley*, 9527, 2019.
- GONZÁLEZ, T., MONTIEL, I., JIMÉNEZ, C., CARBONELL, E., «Grado de acuerdo de la población con la aplicación de diversas penas y medidas propuestas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la integridad física y psíquica, contra la integridad moral y contra la libertad», en E. Orts Berenguer, *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, (pp. 717-766), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios del Código Penal de don Joaquín Francisco Pacheco, o sea el nuevo código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, Imprenta de M. Tello, 1870.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MANGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- JORGE BARREIRO, A., *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, Madrid, Civitas Monografías, 1976.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Por un derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrador y sancionador», en VV.AA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 587-626, 2005.

- LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2008.
- «La Pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal. Una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves», *Diario La Ley*, 2010.
- LÓPEZ-REY, M., «La reforma del Código Penal Español», Madrid, *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1932.
- LÓPEZ REY, O., «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 347-401, 2017.
- LÓPEZ SIERRA, M. D., *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada»: *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2011, (pp. 543-555), A Coruña, Universidade da Coruña, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal», *Diario la Ley* (7074), 2008.
- «La medida de la libertad vigilada para los hechos de violencia de género y su exclusión en la ley 5/10 de reforma del código penal. Una forma de proteger a las víctimas cuando el agresor ha cumplido su pena de prisión», *Sepin*, monográfico de abril, 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J., «La libertad vigilada», *Diario La Ley*, 2010.
- MAPELLI CAFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas el delito (5.ª ed.)*, Madrid, Civitas-Thompson, 2011.
- MARCO FRANCIA, M. P., *Los agresores sexuales de menores: aspectos criminológicos y tratamiento jurídico penal*, UCLM, tesis doctoral inédita, 2015.
- MARTÍN LÓPEZ, M. T., «Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado», en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 67-104), Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- MARTÍNEZ GARAY, L., *La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la Führungsaufsicht del derecho penal alemán*, 2014.
- MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Iustel, 2011.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», *Revista de derecho y ciencias penales Universidad San Sebastián* (Chile) (15), 85-103.
- MONTERO HERNANZ, T., «La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil», *Revista general de Derecho Penal IUSTEL*, 1-22, mayo de 2010.
- MORENO Y MORENO, M., «Libertad vigilada», Soria, *Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Soria*, 1952.
- NISTAL BURÓN, J., «La libertad vigilada: la dificultad de su aplicación práctica». *Revista La Ley*, 2010.

- NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento», *Revista de actualidad jurídica Aranzadi* (793), 2010.
- «La libertad vigilada post-penitenciaria. De la teoría de su imposición a la práctica de su cumplimiento», *Revista La Ley Penal*, n.º 142, 2020.
- PECES-BARBA DEL BRÍO, G., *Ley de Vagos y Maleantes*, Colección «Lex», Leyes del Pueblo para el Pueblo, tomo VII, Madrid, 1933.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Violencia de género y ejecución penal», *Diario la Ley*, n.º 9429, 2019.
- PORTERO LAZCANO, G., «La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta», en VV.AA., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos* (pp. 71-102); *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 6, Deusto Publicaciones, 2009.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J., HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *La Nueva Ley Penal del Menor*, Madrid, Colex, 2001.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J., «¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?» *Diario la Ley*, 2013.
- RODRÍGUEZ DRANGUET, A., *Defensa social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de Vagos y Maleantes, Ley y Reglamento*, Biblioteca de Derecho, Sociología y Política (1.ª ed.), Madrid, Góngora, 1935.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Desenlazando las medidas de libertad vigilada», *Diario la Ley*, n.º 9515, 2019.
- SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: Especial referencia a la libertad vigilada*, Universidad de Lleida, Derecho Público, Área de Derecho Penal, Lleida, Tesis Doctoral, 2014.
- «La libertad vigilada», en Quintero Olivares, *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 203-212), Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2015.
- «Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano», *Revista penal* (36), 182-206, 2015.
- SÁNCHEZ-LÁZARO, F. G., «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la custodia de seguridad», *Revista Penal* (17), 2006.
- «Alarma social y Derecho penal», *InDret*, 2008.
- «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 1-26, 2010.
- SANZ HERMIDA, Á., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.
- SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «El Retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales», en Berdugo Gómez de La Torre y Arroyo Zapatero, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam* (pp. 699-710). Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

- TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y estado de Derecho*, Madrid, Akal Universitaria, 1981.
- TORRES ROSELL, N., «Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-45, 2012.
- ZAPICO BARBEITO, M., «¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (13), 919-947, 2009.