

LIBERTAD VIGILADA EN LA NUEVA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. PROBLEMAS PLANTEADOS

Gema Martínez Mora

Juez sustituta. Doctora en Derecho

EXTRACTO

El sistema monista tradicional en nuestra legislación penal fue objeto de una tímida revisión por la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo una medida de seguridad, la libertad vigilada, que debía ser cumplida tras la extinción de la condena por los delincuentes peligrosos. La nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, mantiene dicha medida e introduce mejoras técnicas en su regulación. El objeto del presente artículo se centra en el análisis de los aspectos no contemplados en esta nueva reforma del Código Penal respecto a la libertad vigilada pospenitenciaria que *de facto* podrán plantear problemas de aplicación, toda vez que cuando se trata de medidas de seguridad se torna imprescindible un procedimiento claro y preciso de ejecución, dada la especial naturaleza indeterminada de su contenido y duración.

Palabras claves: medida de seguridad, libertad vigilada, proporcionalidad, ejecución, competencias, duración y obligaciones.

Fecha de entrada: 19-04-2015 / Fecha de aceptación: 14-05-2015

PROBATION IN THE NEW REFORM OF THE PENAL CODE. PROBLEMS

Gema Martínez Mora

ABSTRACT

The traditional monist in our criminal law system was the subject of a shy review by the Organic Law 5/2010, introduced a measure of security, probation, which should be enforced after conviction for dangerous sex offenders. The new reform of criminal code pending parliamentary approval, maintains such a measure and introduce technical improvements in its regulation. The object of this article focuses on the analysis of the aspects not covered by this new reform regarding the probation postpenitentiary that they may in fact pose problems of application, every time when it comes to security measures a procedure becomes essential to clear and precise execution, given the special indeterminate nature of its content and duration.

Keywords: security measure, probation, proportionality, execution, competencies, duration and obligations.

Sumario

1. Planteamiento
2. Problemas planteados en la libertad vigilada posdelictual en la nueva regulación del Código Penal
 - 2.1. Ámbito de aplicación
 - 2.2. Requisitos de aplicación y contenido de la misma
 - 2.3. Ejecución y duración de la medida
3. Conclusión

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO

Las medidas de seguridad constituyen, junto con las penas, una de las consecuencias principales del delito. No obstante las posibles coincidencias que pudieran existir entre ambas, hay que tener en cuenta que la diferencia principal entre unas y otras penas y medidas radica en los conceptos de peligrosidad y culpabilidad. El fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad, mientras que el de las penas es la culpabilidad. La pena tendría una esencia eminentemente retributiva aunque también está orientada hacia fines de prevención general y prevención especial. Sin embargo, la medida de seguridad tendría una esencia preventiva, orientada esencialmente hacia fines de prevención especial. Así, mientras que las penas, podemos afirmar, que miran al pasado, al hecho cometido, las medidas de seguridad, por el contrario, miran al futuro, puesto que se establecen sobre la base de un pronóstico de peligrosidad y se mantienen en función de los resultados que su desarrollo proporcione respecto al individuo sometido a las mismas.

El sistema asumido en España para la aplicación de las medidas de seguridad, históricamente desde el Código Penal de 1848, ha sido el de un sistema de respuesta única frente al delito, sistema monista, de forma que al delincuente culpable se le impone una pena, y al sujeto no responsable que comete un delito inimputable se le podía imponer una medida de seguridad, cuando la comisión del delito había puesto de manifiesto su peligrosidad. Este «sistema monista» tendría una excepción para el caso de sujetos semimputables, a quienes se aplicaría de forma conjunta una pena y una medida de seguridad. Sin embargo, esta doble imposición no supondría doble ejecución por cuanto la pena se integraba en la medida de seguridad, a través del denominado «sistema vicarial», que da preferencia a la medida de seguridad sobre la pena; de esta forma se cumplía con el objetivo de evitar que la duración de la pena y de la medida se sumen incrementando la afflictividad de la privación de libertad, formando parte la medida de la pena.

Este tradicional «sistema monista» de nuestra legislación penal fue objeto de una primera revisión por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que introdujo la medida de seguridad denominada de «libertad vigilada», que en su modalidad post-penitenciaria para imputables debía ser cumplida además de la pena y tras la extinción de esta, por la incapacidad, en ocasiones, para que la condena de prisión consiga el fin de la reinserción, aunque la previsión de la citada Ley de 2010 lo fue solamente para el caso de delincuentes sexuales y terroristas¹.

¹ Véase Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010, artículo 106.

Autores como NISTAL BURÓN², entre otros, han señalado el origen de esta institución en el Derecho comparado, sobre todo anglosajón, con instituciones próximas a la misma, tales como, en Italia, la *libertà vigilata* (arts. 238 y ss.) distinguiéndose supuestos de imposición preceptiva (art. 230) y otros de imposición potestativa (art. 229); y en Francia el *suivi socio-judiciaire* (arts. 131-36-1 y ss.), la figura de la libertad vigilada conlleva la obligación de someterse a una serie de medidas cuya duración no puede exceder de 10 años en el caso de condena por «delito» o de 20 en caso de condena por «crimen»; y en Alemania la *Führungsaufsicht* (vigilancia de conducta) que puede imponerse de manera obligatoria o facultativa, y en este último caso por determinados delitos, enumerándose hasta 11 reglas de conducta (art. 68 b StGB) siempre para delitos en los que se prevea tal medida y sancionados con pena de prisión superior a 6 meses. En España³, el antecedente más próximo de la libertad vigilada lo constituye la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, no obstante aparece por primera vez en el Código Penal español de 1822, si bien bajo la denominación de sujeción a vigilancia de autoridad. Pero, sin duda, el precedente de la medida de libertad vigilada más reciente a nuestro Derecho penal se encuentra recogido en el Derecho penal de menores⁴, si bien con diferentes objetivos y fisonomía, pero idéntica nomenclatura, aunque con regulación más parca, habiéndose generalizado también en gran parte de los Derecho penales de menores europeos⁵.

Actualmente, la regulación de la medida de libertad vigilada se encuentra recogida tanto en la legislación de menores y en el marco penal que tratamos, como en el derecho penal de adultos, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que introdujo la mencionada medida.

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 1995 fundamentó la introducción de la libertad vigilada en un triple orden de razones:

- a) La insuficiencia de la finalidad de prevención especial que han de cumplir las penas privativas de libertad.
- b) La especial peligrosidad que concurre en los autores de delitos terroristas.
- c) La dificultad de su tratamiento.

² NISTAL BURÓN, J.: «La libertad vigilada. La dificultad de su aplicación práctica», *Diario La Ley*, n.º 7.368, 24 de marzo de 2010, pág. 3.

³ GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad posdelictual de libertad vigilada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 197 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «La libertad vigilada», *Diario La Ley*, n.º 7.386; 22 de abril de 2010, págs. 5 y ss.

⁴ Esta medida se introdujo por primera vez en el Derecho penal de menores español por la Ley de 25 de noviembre de 1918, reguladora de la organización y atribuciones de los tribunales para niños.

⁵ Sobre el caso alemán, *vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «Legislación penal juvenil en Alemania», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (dir.), *Menores privados de libertad*, CDJ, 1996, págs. 92 y 95; CANO PAÑO, M. Á.: *El futuro del Derecho penal juvenil europeo: Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, 2006, pág. 85

La naturaleza de esta nueva medida de seguridad post-penitenciaria tal y como fue concebida por la referida reforma de la Ley Orgánica 5/2010 alteraba, de manera significativa, la sistemática tradicional del Código Penal sobre las medidas de seguridad, presentando dos diferencias sustanciales: se podía aplicar una medida de seguridad a personas imputables y, dicha medida, se imponía en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, es decir, que la medida de seguridad ya no se establecía con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a esta, como hasta entonces.

El Código Penal, antes de esta reforma, incluía ya tres mecanismos de respuesta complementaria frente a delincuentes peligrosos: la agravante de reincidencia; la agravación especial por reincidencia reiterada, que regulaba el número 5 del artículo 66, que ahora se deroga; y la medida de libertad vigilada que podía ser impuesta a delincuentes sexuales. La reforma de 2010 abrió así la puerta a una eventual extensión futura de la libertad vigilada post-penitenciaria a otros supuestos, tal y como se contempla en la nueva Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y que culmina la evolución iniciada por la citada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, hacia la definitiva consagración de un «sistema dualista», tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad. Este «sistema dualista», que ahora culmina esta reforma del Código Penal, permite castigar al autor de un hecho criminal con la pena establecida por la ley en función de la gravedad del hecho y de las circunstancias del autor, y además también imponerle una medida de seguridad para su cumplimiento después de la pena, cuando concurren circunstancias que evidencien la tendencia del autor al delito.

Sin duda, la principal novedad que aporta esta nueva medida de seguridad la encontramos en que resulta aplicable no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del pronóstico del sujeto siempre y cuando el legislador así lo haya previsto de manera expresa, como es en los casos de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales (art. 192) y los delitos de terrorismo (art. 579.3).

En estos casos la medida no se establece con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a esta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva en función del pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual.

Esta posibilidad de imponer por un mismo delito una pena y una medida de seguridad ofrece solución a los supuestos de peligrosidad elevada del delincuente, puesta de manifiesto en la comisión de delitos graves, en los que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor, sin que con ello se produzca una infracción del principio *non bis in idem*. Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 del CP la medida de libertad vigilada no se establece con carácter alternativo a la pena de prisión, o para su ejecución previa a esta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecu-

ción posterior a su excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después, toda vez el juez de Vigilancia Penitenciaria está obligado a elevar anualmente una propuesta de mantenimiento, sustitución, cese de la medida, o suspensión, esta última a condición de que el sujeto no delinca durante un plazo indicado.

La libertad vigilada se ha configurado en nuestro ordenamiento jurídico como una refundición de las anteriores medidas de seguridad no privativas de libertad, tales como:

- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca.
- 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 del puesto de trabajo.
- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- La prohibición de residir en determinados lugares.
- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Según CÁMARA ARROYO⁶, estas medidas, que a su vez quedan contenidas en la medida de libertad vigilada, son acordadas para su cumplimiento con posterioridad a la pena de prisión, por

⁶ CÁMARA ARROYO, S.: «La libertad vigilada en adultos: Naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias», *Estudios monográficos*, La Ley, n.ºs 96-97, septiembre-octubre 2012, pág. 11.

lo que ninguna de ellas podrá tener efecto durante el cumplimiento de la privación de libertad, ni en el régimen abierto, ni en la libertad condicional, ni en ninguno de los permisos (ordinarios o extraordinarios), de los que pueda disfrutar el penado, conllevando así que la libertad vigilada se anexiona íntegramente a la pena de prisión, sin posibilidad de cumplimiento conjunto. Sin embargo, es en los momentos de cumplimiento extramuros de la pena privativa de libertad (permisos, tercer grado o libertad condicional), donde precisamente podría establecerse una vigilancia orientada a obtener un pronóstico de reinserción o peligrosidad. Tal grado de inflexibilidad se mantiene aun cuando determinados regímenes penitenciarios cumplen con total semejanza lo dispuesto en algunas obligaciones previstas en el artículo 106.1 del CP, como es el caso del régimen abierto restringido con control telemático (art. 86.4 del Reglamento Penitenciario).

En cuanto a la duración de la misma, se mantiene en general un máximo de 5 años, que es el que establecía hasta ahora el Código Penal de 1995 para las medidas de seguridad no privativas de libertad, que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello añade la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los 10 años (art. 105.2), como de hecho dispone para los delitos contra la indemnidad sexual y de terrorismo⁷.

2. PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA LIBERTAD VIGILADA POSDELICTUAL EN LA NUEVA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la parte general ha llevado a cabo una profunda reforma de las medidas de seguridad en un doble sentido: se desarrolla de un modo coherente el principio conforme al cual el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor; y se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales. La reforma que ahora se lleva a cabo culmina esa evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad.

El nuevo Código Penal fundamenta la aplicación de esta medida de seguridad no privativa de libertad a través del abandono de la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido: el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho; pero el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor. Según el texto, su contenido se ajustará a las necesidades particulares del caso, según lo previsto actualmente en el artículo 104 bis del CP, con algunas modificaciones que se incluyen en la presente reforma para mejorar la regulación y favorecer su aplicación en la práctica.

⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad posdelictual de libertad vigilada*, op. cit., págs. 208 y ss.

2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

No obstante, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal publicada el 31 de marzo de 2015, pese a las críticas recibidas, ha contado con una amplia aceptación, por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)⁸, que considera merece un juicio favorable respecto a la supresión del carácter de obligatoria imposición con la que estaba concebida en la Ley Orgánica 5/2010, en la que se conceptuaba como una medida de imperativa imposición para los condenados imputables por uno de los delitos para la que está prevista, salvo que se tratare de un solo delito menos grave contra la libertad e indemnidad sexual cometido por delincuente primario, en cuyo caso la imposición de la medida quedaba al arbitrio del tribunal.

Asimismo, uno de los cambios más llamativos que introduce la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es la ampliación de los supuestos en los que, junto con una pena, puede imponerse la medida de seguridad de libertad vigilada. Así establece que será de aplicación la libertad vigilada cuando al delincuente imputable se le haya impuesto una pena de más de un año de prisión por uno de estos delitos: contra la vida (art. 140 bis); de lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (art. 153.5); de lesiones (art. 158 ter); de detenciones ilegales y secuestros (art. 168 bis); de trata de seres humanos (art. 177 bis); contra la libertad sexual (art. 192); de hurto (art. 236 bis); de robo (242 bis); de extorsión (243.2); de utilización ilegítima de vehículo de motor (art. 244.5); defraudaciones (art. 252 bis); de recepción y blanqueo de dinero (art. 308 bis CP); contra la seguridad colectiva (art. 385); contra el orden público (580 bis).

En todo caso, la imposición de la medida de libertad vigilada en el referido texto requerirá que el sujeto haya sido ya condenado por la comisión de alguno de los delitos para los que la ley prevé expresamente la posible imposición de la medida de libertad vigilada, que se le haya impuesto por ello una pena de más de un año de prisión, y que se constate la peligrosidad de comisión de delitos futuros que es presupuesto general de todas las medidas de seguridad. Finalmente, también se prevé el recurso a la medida de seguridad tras el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad o como sustitutiva del mismo.

Asimismo, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del Código Penalha ha venido a modificar el ámbito de aplicación de la medida en materia de violencia de género, extendiendo así su aplicación a todo el catálogo de delitos de violencia de género, como el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, coacciones leves y amenazas, entre otros (art. 173, 172, 169, 171 del CP).

⁸ Informe sobre el Anteproyecto de reforma por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Comisión de Estudios e Informes 8 de enero de 2013, págs. 126 a 135.

El nuevo Código Penal acoge así con buen criterio la propuesta doctrinal de autores como RODRÍGUEZ CASTRO⁹, y de diversas instituciones¹⁰ que advirtieron un déficit de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al haber reducido la aplicación de la misma, en materia de violencia de género, a los supuestos de delito de maltrato ocasional, apartado 5 del artículo 153, omitiendo así su previsión para el núcleo de los delitos que son enjuiciados por los Juzgados de lo Penal (especializados en violencia de género, maltrato habitual del artículo 173.2 del CP), nuevo delito de «acoso» (con estructura muy similar al anterior) del nuevo artículo 172 ter del CP), amenazas (graves y leves) de los artículos 169 y 171 del CP y de coacciones (graves y leves) del artículo 172 del mismo código punitivo, siendo deseable su extensión a estas figuras.

2.2. REQUISITOS DE APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA MISMA

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pese al tenor de las expresiones utilizadas por el artículo 104 («1. El Juez o Tribunal impondrán...»; «2. Asimismo, se impondrá una medida de libertad vigilada...»), mantiene el carácter preceptivo de la medida siempre que se cumplan los requisitos para su aplicación, a saber, para que pueda ser impuesta la libertad vigilada al autor imputable condenado por uno de los delitos que tengan prevista en la ley penal tal medida, no basta con la comisión del delito y con que se le haya impuesto una pena superior a un año de prisión, sino que será necesario también que exista un pronóstico de peligrosidad y además que se valore la medida como necesaria. De manera que pese a estarse ante un delito que tenga prevista la libertad vigilada, el juez o tribunal podrá no imponerla si entiende que el sujeto no es peligroso o que la libertad vigilada no se presenta como necesaria para compensar tal peligrosidad.

En igual sentido, cuando se trate de una libertad vigilada impuesta a un inimputable absuelto por alguna de las eximentes del artículo 20.1, 2 y 3 del CP, o cuando se imponga a consecuencia del cumplimiento del plazo máximo de duración de otra medida de seguridad privativa de libertad impuesta. Únicamente en el caso de suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad, la libertad vigilada resulta de imperativa imposición.

Asimismo la propia Comisión de Estudios e Informes del CGPJ formuló diversas objeciones a la regulación de la libertad vigilada, relativas a la supresión de la definición legal de la libertad vigilada, la falta de regulación del momento y, en su caso, el procedimiento para su imposición

⁹ RODRÍGUEZ CASTRO, J.: «¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?», *Diario La Ley*, n.º 8008; enero de 2013, págs. 1 a 3.

¹⁰ En junio de 2013, el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad en Conferencia Sectorial de Comunidades Autónomas aprobó el Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género, cuyo principal objetivo es reforzar la seguridad de las víctimas de esta índole. Incluye el plan un elenco de 258 medidas, entre las que destaca la implantación de la libertad vigilada a los condenados por violencia de género una vez cumplan su condena (medida que hasta ahora solo era aplicada a los condenados por delitos de terrorismo y agresiones sexuales).

y para la determinación de su contenido en el caso concreto, lo que atenta contra el principio de legalidad y de seguridad de las sanciones penales, cuyo concepto y contornos han de estar debidamente determinados en la ley penal.

En este sentido, el nuevo Código Penal si bien no incluye esa pretendida necesaria definición legal, sí ha venido a modificar el artículo 104, incluyendo supuestos donde puede acordarse la libertad vigilada, y el contenido de la misma elevando las obligaciones y prohibiciones en las que puede consistir esta medida a 16. Las enumeradas en los números 1.^a a 4.^a y 5.^a a 8.^a son obligaciones y prohibiciones idénticas a las que se pueden imponer en la suspensión de la pena privativa de libertad. En cuanto al resto de las prohibiciones y obligaciones algunas ya existían y otras son nuevas como la inscripción en las oficinas de empleo. Considera la Comisión esta última obligación de dudoso efecto rehabilitador de la peligrosidad, más cuando su contenido se limita a la inscripción en la oficina de empleo, sin alcanzar la realización de cursos de formación ni desde luego a la aceptación de un trabajo, para lo que sería necesario en todo caso el consentimiento del sometido a la medida. Y en cuanto a la prohibición de consumo de alcohol, drogas o sustancias estupefacientes y sometimientos a controles de consumo de esas sustancias, advierte el CGPJ que supone una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma; considerando que sin su previo consentimiento no puede serle impuesta, pues en todo caso sería ineficaz. Al igual que la sumisión a tratamiento de deshabitación o médicos, psiquiátricos y psicológicos que exigirán el consentimiento del sometido en cumplimiento de la Ley 41/2002.

La reforma elimina la previsión que la Ley Orgánica 5/2010 hizo sobre el incumplimiento de esta obligación de sometimiento a tratamiento médico o de continuar con el ya iniciado, que excluía del delito de quebrantamiento de medida, lo que puede dar lugar a situaciones paradójicas y podría abocar en un intolerable tratamiento médico con consentimiento viciado, en tanto que aceptado por miedo a las consecuencias de cometer un delito de quebrantamiento, lo que supone una intrusión inaceptable en los derechos personales del penado, viniendo a suponer *de facto* la imposición de un tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o de deshabitación forzoso, contrario a la Constitución.

Por último, es necesario reseñar que algunas otras condiciones pueden conllevar un elevado impacto económico por la necesidad de importantes medios materiales para su puesta en aplicación, por ejemplo la condición número 15.^a: «Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios...». Y la condición número 16.^a: «La prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos». En ese sentido, el Consejo de Estado en su informe ya advirtió sobre lo desaconsejable que sería que una extensión de la medida de libertad vigilada pospenitenciaria, tal y como se ha regulado en la nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suscitase unas expectativas sociales que no pudiesen luego cumplirse por falta de medios disponibles.

2.3. EJECUCIÓN, Y DURACIÓN DE LA MEDIDA

Respecto a la ejecución de la medida de libertad vigilada, debe tenerse en cuenta que es un punto crucial en la lucha eficaz contra todo tipo de actividad delictiva contar con un sistema punitivo coherente. Como apunta NISTAL BURÓN¹¹, entre lo que es el ámbito de la imposición de las penas y medidas de seguridad y el cumplimiento de las mismas no se puede separar la pena de la manera de cumplirla, ni en su forma ni en su duración. Por lo que afecta, en concreto, a las segundas, las medidas de seguridad de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las garantías inherentes al principio de legalidad, regulan la garantía de ejecución, proclamada en el vigente artículo 3.2 del CP, siendo este procedimiento de ejecución para dichas medidas particularmente importante, dada la especial naturaleza indeterminada de estas, tanto en su contenido como en su duración. Sin embargo, si hay alguna institución donde las normas que tienen que ver con la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos judiciales, que ya de por sí son las más inciertas de nuestro sistema jurídico, lo sean en un grado máximo, es la relativa a la ejecución de las medidas de seguridad y, en particular, las no privativas de libertad, hasta el punto de que estas fueron excluidas del ámbito competencial de la administración penitenciaria por Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, dejándolas en terreno de nadie y huérfanas de regulación, en particular, la ejecución de la medida de seguridad de la «libertad vigilada post-penitenciaria», lo que indica hasta qué punto nuestra cultura jurídica le da mucha importancia al dictado de la sentencia, pero muy poca a la ejecución de aquella.

Es necesario hacer una reflexión sobre la necesidad de un derecho de ejecución específico y claro para la medida de seguridad de libertad vigilada pospenitenciaria, que en esta nueva reforma del Código Penal adquiere un especial protagonismo, que no tenía hasta ahora.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho penal de menores en el que la medida de libertad vigilada es impuesta y controlada en su ejecución por el juez sentenciador, el juez de Menores, el Código Penal atribuye la imposición de la pena de libertad vigilada y la individualización de su duración el juez o tribunal sentenciador, mientras que será el juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, al que corresponderá concretar las obligaciones del condenado, además de controlar, como se hace con el resto de las penas, el cumplimiento de la libertad vigilada, requiriendo periódicamente de las Administraciones públicas correspondientes los informes que considere necesarios.

En consecuencia, el prelegislador introduce una bicefalia competencial en la función de individualización de la pena que no sigue el régimen general de las demás penas, introduciendo además problemas de coordinación institucional¹². Toda vez, a diferencia de las demás penas accesorias previstas en el Código Penal, el juez de Vigilancia podrá:

¹¹ NISTAL BURÓN, J.: «La "libertad vigilada pospenitenciaria" proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014, Pamplona: Aranzadi, 2014, pág. 4.

¹² A tenor de lo dispuesto en el artículo 106.2, «Al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria,

- a) Modificar la o las obligaciones que haya establecido conforme a la evolución del reo.
- b) Reducir la duración de la libertad vigilada.
- c) Dejar sin efecto la libertad vigilada¹³.

Por otro lado, no queda claro quién ha de emitir los informes y con qué periodicidad. Tampoco se establece previsión alguna sobre el personal especializado que se encargaría de controlar las obligaciones que se derivan de la imposición de la libertad vigilada y de asesorar al juez sobre su evolución y, en su caso, modificación¹⁴.

Para la citada modificación de las obligaciones que hubiera impuesto el juez de Vigilancia Penitenciaria no se exigen, expresamente, la audiencia preceptiva, aunque no vinculante, del Ministerio Fiscal ni del condenado.

Autores como SANTANA VEGA¹⁵ consideran que ante esta omisión cabría dar dos soluciones:

- a) Considerar que tal modificación es una mera consecuencia del proceso dinámico de individualización de la pena, así como del control y seguimiento de la misma llevada a cabo por el juez de Vigilancia. Todo ello sin perjuicio de que, facultativamente, el juez de Vigilancia pueda oír al Ministerio Fiscal y/o a quien crea conveniente.
- b) Estimar que, desde un punto de vista de interpretación contextual, habiendo establecido el pre-legislador tal requisito de la audiencia preceptiva, pero no vinculante, del Ministerio Fiscal para la imposición de las obligaciones, resultaría lógico considerar que tal requisito será también necesario, en todo caso, para acordar su modificación.

En los supuestos en los que se trate de reducción de la duración de la libertad vigilada o cuando se trate de dejar sin efecto la misma se exige un triple orden de requisitos:

por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado».

¹³ Artículos 97 y 98 del CP.

¹⁴ A tenor del artículo 98 del CP, cuando se trate de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos, anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, debiendo valorar para formular dicha propuesta los informes emitidos por los facultativos profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad o por las Administraciones públicas competentes, y en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

¹⁵ SANTANA VEGA, D. M.^a: «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pág. 467 y ss.

- a) Audiencia preceptiva, pero no vinculante, del Ministerio Fiscal.
- b) Oír al condenado.
- c) Pronóstico positivo de reinserción social que acredite que es innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas, dado que ellas son consustanciales a la existencia y duración de la libertad vigilada.

Ello nos obliga a cuestionarnos la oportunidad del papel otorgado al juez de Vigilancia en los procedimientos revisorios tal y como se definen en el artículo 98.1 del CP, en un rol que viene circunscrito a la elevación de la propuesta anual, sin que en ningún caso se le encomiende explícitamente una función de supervisión del cumplimiento de las reglas, a diferencia del modelo francés.

Sin duda la propuesta revisoria por parte del juez de Vigilancia tendría sentido si, tal y como sucede en el incidente de concreción inicial, se encuentra en inmediato contacto con las instituciones penitenciarias, pero no cuando las instituciones penitenciarias no intervienen, como sucede en el caso de la libertad vigilada pospenitenciaria, en la que el único cometido que se ha asignado a la institución es la remisión del informe técnico, a diferencia del control y seguimiento que se le atribuye en la libertad condicional o de otras medidas alternativas, por ejemplo, el trabajo en beneficio; y además cuando no existe un profesional o entidad específicamente asignado al seguimiento de la libertad vigilada, tal y como sucede en el modelo de justicia español o el modelo alemán. Pero es que además las mismas reglas de conducta de la libertad vigilada común deben ser periódicamente revisadas por el juez o tribunal sentenciador sin necesidad de intervención intermediaria del juez de vigilancia; luego para asumir este planteamiento de propuesta revisoria, el juez de Vigilancia debe aportar al mecanismo institucional ideado un plus del cual carece el juez o tribunal sentenciador, ya que si lo que hace el juez de Vigilancia puede hacerlo por sí el juez o tribunal sentenciador, el juez de Vigilancia va a convertirse en un intermediario postizo, innecesario y retardatario, colmando además recursos de su tiempo en demérito del adecuado ejercicio de sus restantes funciones.

Conforme a principios generales, quien ordena las reglas de conducta es quien debe disponer su cumplimiento, y más cuando se trata del propio órgano encargado de la ejecución de la sentencia, que lo será de los pronunciamientos acordados en la sentencia y en sus propias resoluciones complementarias, como sin duda lo son los autos de concreción. Y a mayor abundamiento, algunas de estas reglas de conducta son de control inmediato por el propio juez o tribunal, por ejemplo, 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, y la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal, teniendo por destinatarios de las comunicaciones y de las autorizaciones al propio juez o tribunal. El juez de Vigilancia se convierte así en una figura postiza y retardataria, pues hasta para alguna de las medidas tiene más intervención directa el propio tribunal, y en general en todas indirecta, pues las víctimas están en inmediato contacto con el juez o tribunal sentenciador, directamente y a través de sus letrados, si fueron parte en el proceso; la existencia de la medida, su duración, y las concretas reglas de conducta le son comunicadas por el secretario del juez o tribunal *ex* artículo 990 de la LECrim. Ni tan siquiera se ha contemplado, como suce-

de en las medidas de libertad vigilada impuestas por la jurisdicción de menores, un profesional encargado del seguimiento, designado por la entidad pública –art. 7.1 h) LO 5/2000– de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores.

En este sentido, autores como MANZANARES SAMANIEGO han sostenido duras críticas en torno a la figura de la libertad vigilada, al haber omitido la regulación sobre la misma al agente de libertad vigilada, imprescindible para el buen fin de la ejecución de la misma, garantizando el cumplimiento de las obligaciones inherentes a esta, tal y como han mantenido entre otros los países anglosajones a través de los respectivos informes emitidos por esta imprescindible figura al juez a través de la *Probatio officer spetrial* y *probation report*¹⁶.

Parece así necesaria una regulación específica sobre el ámbito competencial en la ejecución de las libertad vigilada, actualmente dual en su ejecución y supervisión por el juez de Vigilancia y por el juez ejecutor y sobre medios personales imprescindibles para el buen fin de la ejecución de la misma, garantizando el cumplimiento de las obligaciones inherentes a esta, ya bien sea mediante la figura del agente de libertad vigilada¹⁷ dependiente de la Administración penitenciaria.

Asimismo, la reforma trata de dar una solución al problema que se plantea en la práctica con la suspensión de la pena y la libertad condicional, que pueden ir acompañadas de prohibiciones u obligaciones, disponiendo el artículo 106.4 que se incluyan en la libertad vigilada las mismas obligaciones que en la suspensión, no pudiendo ser el plazo de la libertad vigilada inferior al de la suspensión. No obstante lo anterior, el CGPJ, en su informe del Anteproyecto de Código Penal (ACP) de 2008, advirtió que la libertad vigilada sería incompatible con el régimen progresivo penitenciario, por cuanto podría suponer retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad vigilada¹⁸. La mayor parte de la doctrina entiende acertadamente, siguiendo la línea anterior, que la libertad vigilada en su modalidad pospenitenciaria no deberá acordarse finalmente cuando el penado, bajo un pronóstico de reinserción favorable, haya tenido acceso a uno de estos dos regímenes¹⁹, toda vez ello comporta un nuevo elemento en contra del juicio de

¹⁶ MAGRO SERVET, V.: «La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal», *Diario la Ley*, año XXIX, n.º 7074, 11 de diciembre de 2008, pág. 16.

¹⁷ Un buen número de las obligaciones y/o prohibiciones que conlleva consigo la medida de la libertad vigilada pospenitenciaria que corresponde a la administración penitenciaria, a través de los servicios de gestión de penas, suponen verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria la imposición de la medida e informar al Juez de Vigilancia penitencia al respecto, pues es dicha administración penitenciaria quien tiene más datos para valorar la peligrosidad del sujeto, al haber seguido la trayectoria penitenciaria del mismo durante el cumplimiento de la pena. En otras de las condiciones de la medida serán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las encargadas de su seguimiento a los efectos de informar del adecuado cumplimiento de las mismas al juez de Vigilancia, y en algunas habrá que precisarlas reglamentariamente ante la falta de pronunciamiento expreso en el Código Penal.

¹⁸ *Vid.* Informe del CGPJ al ACP 2008, págs. 38 y ss. www.poderjudicial.es.

¹⁹ NISTAL BURÓN, J.: «La libertad vigilada. La dificultad de su aplicación práctica», *Diario La Ley*, número 7.368, 24 de marzo de 2010, pág. 9.

peligrosidad objetivo realizado en el momento de la sentencia. Tal postura encuentra un poderoso argumento en la idea de que el presupuesto principal de la libertad condicional, pronóstico favorable de reinserción (art. 67 LOGP), es precisamente, la misma condición que dejaría sin efecto la aplicación pospenitenciaria de la libertad vigilada (art. 106.3 CP). De este modo la libertad vigilada pasa, en los supuestos tasados de delincuencia sexual y terrorista a sustituir a la libertad condicional como cuarto grado penitenciario. Se introduce así un nuevo paradigma en la filosofía del sistema de ejecución: Mientras que la libertad condicional encuentra su fundamento en la confianza del penado, la libertad vigilada comporta un juicio de desconfianza en él.

Respecto a la duración de la medida de libertad vigilada resulta muy discutible que frente a los límites actuales de 5 a 10 años cuando se ha condenado a una penas graves y 1 a 5 años cuando son penas menos graves, el nuevo Código Penal incluyendo un nuevo artículo 74 ter establece un plazo mínimo de 3 años y máximo de 5 años, pero prorrogable por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin establecer un límite en el número de prórrogas, lo que de facto advierte, podría llevar a una libertad vigilada de por vida, lo que resulta inaceptable en cuanto se opone al mandato del artículo 25 de la CE.

Por último sería necesaria la distinción del juicio de peligrosidad subjetivo y objetivo como fundamento de aplicación de la libertad vigilada: toda vez si la finalidad perseguida con la aplicación de esta medida pospenitenciaria es la evitación de la reincidencia, queda vacío de contenido, al imponerse esta medida en sentencia y no en su debido tiempo, es decir, cuando el condenado haya cumplido su condena y el juicio de peligrosidad subjetivo sea realmente acertado, a través de los informes que en tal sentido puedan emitir la Junta de Tratamiento penitenciaria, con lo que a su vez se salvaría la incompatibilidad existente entre la libertad vigilada con el régimen progresivo penitenciario, debiendo dejarse sin efecto cuando el penado, bajo un pronóstico de reinserción favorable, haya tenido acceso a uno de estos dos régimen de la libertad condicional cuyo presupuesto principal es el pronóstico favorable de reinserción. La aplicación automática de la libertad vigilada sin esperar al juicio de peligrosidad tras el cumplimiento de condena contradice el sistema de beneficios penitenciarios toda vez mientras que la libertad condicional encuentra su fundamento en la confianza del penado, la libertad vigilada comporta un juicio de desconfianza en él.

3. CONCLUSIÓN

El ordenamiento jurídico español, ha introducido importantes cambios en materia de medidas de seguridad, postdelictuales, al incluir en nuestro articulado en virtud de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de reforma del CP, la figura de la libertad vigilada que en su modalidad post-penitenciaria para imputables debía ser cumplida además de la pena y tras la extinción de esta, por la incapacidad, en ocasiones, para que la condena de prisión consiga el fin de la reinserción, aunque la previsión de la citada ley de 2010, lo fue solamente para el caso de delincuentes sexuales y terroristas.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 24 de septiembre de 2013, publicada en fecha 31 de marzo de 2015 y que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, conforme establece su disposición final octava, adolece de lagunas en lo referente a la aplicación práctica de la misma, siendo deseable mejoras relativas a la necesaria regulación específica sobre el ámbito competencial en la ejecución de la libertad vigilada, actualmente dual en su ejecución y supervisión por el juez de Vigilancia y por el juez ejecutor, y sobre medios personales imprescindibles para el buen fin de la ejecución de la misma, garantizando el cumplimiento de las obligaciones inherentes a esta, como es la figura del agente de libertad vigilada. El régimen concreto de cumplimiento de la medida carece actualmente de un desarrollo pormenorizado reglamentario, toda vez que parece acertado que sea competencia de la Administración penitenciaria la ejecución de muchas de las condiciones, que supone esta medida, con el propósito de que la libertad vigilada cumpla con la finalidad para la que ha sido establecida, siendo conscientes de que ante la dificultad de predecir con certeza si los condenados volverán o no a delinquir sigan siendo peligrosos dada la imposibilidad de prever las muchas circunstancias que esperan al infractor fuera de prisión, es posible que en la práctica la ejecución de esta medida de libertad vigilada pospenitenciaria acabe teniendo como única finalidad un objetivo meramente asegurativo, en vez de la orientación rehabilitadora que la naturaleza de esta medida demanda, lo que *de facto* se advierte en la indeterminación del plazo de duración de la medida con el sistema de prórrogas establecido en esta nueva reforma del Código Penal.

Son así evidentes las carencias estructurales de nuestro sistema de administración de justicia, que con sus disfunciones e incapacidades actuales no facilita visualizar un modelo eficaz de control y aplicación de esta clase de medidas, como ya se ha referido en el caso de la actual libertad vigilada y las modificaciones previstas en el nuevo texto del Código Penal.

Bibliografía

- CÁMARA ARROYO, S. [2012]: «La libertad vigilada en adultos: Naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias», *Estudios monográficos*, La Ley, n.º 96-97, septiembre-octubre, pág. 11.
- CANO PAÑOS, M. Á. [2006]: *El futuro del Derecho penal juvenil europeo: Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, pág. 85.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. [2012]: *La nueva medida de seguridad posdelictual de libertad vigilada*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 197 y ss.
- MAGRO SERVET, V. [2008]: «La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal», *Diario la Ley*, año XXIX, n.º 7.074, 11 de diciembre, pág. 16.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. [2010]: «La libertad vigilada», *Diario La Ley*, n.º 7.386, 22 de abril, págs. 5 y ss.
- [1996]: «Legislación penal juvenil en Alemania», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (dir.), *Menores privados de libertad*, CDJ, págs. 92 y 95.

NISTAL BURÓN, J. [2014]: «La "libertad vigilada pospenitenciaria" proyectada en la reforma del código penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014, Pamplona: Aranzadi.

– [2010]: «La libertad vigilada. La dificultad de su aplicación práctica», *Diario La Ley*, número, 7.368, 24 de marzo, pág. 9.

RODRÍGUEZ CASTRO, J. [2013]: «¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?», *Diario La Ley*, n.º 8.008, enero, págs 1 a 3.

SANTANA VEGA, D. M.^a [2009]: «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, pág. 467 y ss.