

# CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO AL PROCEDIMIENTO PARA DECIDIR SOBRE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ  
Profesora de Derecho Procesal  
UNED

## Abstract

En este trabajo se exponen y analizan algunos de los principales problemas de índole penal y procesal, que se pueden plantear tras la introducción en el sistema de consecuencias jurídicas del delito del Código penal español de la libertad vigilada, como una nueva medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena privativa de libertad, prevista para su imposición a sujetos imputables en aquellos casos en los que así lo establezca expresamente la Ley penal: delitos contra la libertad sexual y delitos relacionados con el terrorismo.

## I. Planteamiento general

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico-penal por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*<sup>1</sup>, de la libertad vigilada como una nueva medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena privativa de libertad<sup>2</sup>, diseñada principalmente para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos relacionados con el terrorismo, supone una reforma de tan amplio calado que, incluso, ha modificado el sistema vigente de sanciones del Código penal, consistente en penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables y semiimputables, ya que el legislador penal español de 1995 vinculaba la aplicación de las medidas de seguridad solamente a la exclusión, total o parcial, de la culpabilidad del autor<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>2</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, 1, 2009, págs. 199-212.

<sup>3</sup> Vid. CEREZO MIR, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de la responsabilidad criminal”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudio en Ciencias Penales y Criminología (ILECIP)*, 003-05, 2008, págs. 1 y 2, cuando señala que esto supone “uno de los mayores defectos de nuestro nuevo Código penal, desde el punto de vista político criminal”. En el mismo sentido, BOLDOBA PASAMAR,

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable (capaz de culpabilidad) en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.

Como no podía ser de otra forma, ante la importancia teórica y práctica de esta nueva medida de seguridad, la doctrina comienza a pronunciarse sobre su conveniencia, necesidad, eficacia, naturaleza o legitimidad, y muy especialmente sobre los problemas que se pueden plantear en el procedimiento para la adopción de la citada medida, cuestión que abordaremos con más detenimiento.

## II. Precedentes legislativos de la medida de libertad vigilada en nuestro ordenamiento

Prescindiendo de los antecedentes más remotos en los Códigos Penales de 1822 (arts 28 y 78) de 1848 (arts. 24 y 26), de 1850 (art. 42) y de 1923 (art. 107)<sup>4</sup>, sobre esta medida es un precedente interesante la regulación establecida en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, que recoge en su art. 4, como séptima medida de seguridad, la sumisión a la vigilancia de la autoridad<sup>5</sup>.

El Código Penal de 1944 coincide casi en su totalidad con el de 1932, puesto que se produce una marginación en lo que a las medidas de seguridad se refiere, manteniéndose en vigor la Ley de Vagos y Maleantes hasta su derogación y sustitución por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970 (modificada por la Ley 43/1974, de 24 de noviembre y por Ley

“Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ReCrim*, 2009, pág. 293, [http://www.uv.es/rekrim/rekrim09/rekrim09a05.pdf].

<sup>4</sup> Sobre la regulación en estos Códigos, vid. MANZANARES SAMANIEGO, “La libertad vigilada”, *Diario La Ley*, núm. 7386. Sección Doctrina, 22 de Abril de 2010, págs. 4-5.

<sup>5</sup> “Séptima. Sumisión a la vigilancia de la autoridad. La vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección. Los Delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia. La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta”.

Respecto de los supuestos de aplicación de la medida son muy numerosos y se encontraban regulados en el art. 6 de la referida norma, sin embargo, resulta interesante resaltar lo previsto en el art. 7, a cuyo tenor: “Las medidas de seguridad que los Tribunales impongan a tenor de lo prevenido en este artículo y el 3º de la presente Ley, habrán de cumplirse por el reo inmediatamente después de extinguir las penas aplicadas por el delito o delitos sancionados. Por ningún motivo se concederán los beneficios de la condena condicional y de la libertad provisional cuando se hubiere declarado el estado peligroso del culpable y en tanto no se revoque totalmente la medida de seguridad impuesta, cualquiera que sea su naturaleza”. También aparecían contempladas como medidas de seguridad quinta y sexta del art. 4, la obligación de declarar el domicilio o residir en un determinado lugar, así como la de residir en el lugar o territorio que el Tribunal establezca.

77/1978, de 26 de septiembre), cuyo art. 5 recoge como medida 14<sup>a</sup> la medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad<sup>6</sup> en términos muy parecidos a la norma anteriormente señalada. Dicha medida se configura alrededor de los delegados especiales para la vigilancia.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, derogó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias. Sin embargo, la libertad vigilada no se encuentra entre sus medidas de seguridad, ni antes ni después de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Sin embargo, sí se contemplan las prohibiciones de residir en el lugar o territorio que se designe (art. 96.4<sup>a</sup>), de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego (art. 96.5<sup>a</sup>) y de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (art. 96.6<sup>a</sup>). Resta mencionar la pena accesoria prevista en el art. 57 CP.(con las modificaciones posteriores por LO 11/1999, 14/1999 y 15/2003).

Finalmente, debemos referirnos a la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (modificada por LO 7/2000 y 8/2006)<sup>7</sup>, donde se contempla la medida de libertad vigilada. Sin embargo, en este caso la medida en el ámbito de la justicia de menores es distinta, pues aparece como un “seguimiento de la actividad”<sup>8</sup> de la persona sometida a la medida, quedando las reglas de conducta como un complemento discrecional, mientras que la libertad vigilada se agota en el “sometimiento” del reo a determinadas obligaciones.

---

<sup>6</sup> El art. 5 Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social establece como 14<sup>a</sup> esta medida: “Sumisión a la vigilancia de la autoridad. Esta vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá el carácter tutelar y de protección. Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia. La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta.

En las medidas 9<sup>a</sup> y 10<sup>a</sup> se establece la obligación de residir en un lugar determinado y la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, con la advertencia final de que “el sujeto penado quedará obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se producen”

<sup>7</sup> Vid. art. 7 h) y el párrafo segundo de la regla 5<sup>a</sup> del art. 9, de la LO 5/2000 (modificada por LO 7/2000 y 8/2006).

<sup>8</sup> Se trata de un seguimiento muy completo de las actividades del sometido a la medida de libertad vigilada, y solo, en su caso, se imponen las reglas de conducta que el art. 7 enumera. Hay un profesional encargado del seguimiento. Vid. asimismo, la regla 4 y la letra b) de la 6 del art. 10 del Reglamento aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio. En su art. 18 subraya la importancia del profesional encargado del seguimiento en relación con las entrevistas y la elaboración de un programa.

### III. Breve referencia al Derecho comparado

Los controles ante determinados delitos tras el cumplimiento de la pena, como los contenidos en la nueva medida de “libertad vigilada”<sup>9</sup>, existen desde hace años en el Derecho comparado de nuestro entorno.

En Italia, también se cuenta con un sistema dual de reacción penal frente al delito. Se parte de lo que denominan “delincuentes por tendencia”, que de acuerdo con el Código Penal será declarado así quien sin ser aun reincidente habitual o profesional, cometa un delito contra la vida o la integridad física de las personas, siempre que revele una especial inclinación al delito, y que encuentre su causa en la índole especialmente malvada del culpable<sup>10</sup>. Además de la pena “la declaración de tendencia a delinquir”, conlleva la aplicación de medidas de seguridad, entre las que se encuentra la libertad vigilada. Esta declaración sólo puede pronunciada en sentencia de condena y se extingue por rehabilitación del sujeto<sup>11</sup>.

Las medidas de seguridad se aplican a las personas socialmente peligrosas<sup>12</sup> que hayan cometido un hecho previsto en la ley como delito. Las que hayan sido impuestas junto a una pena privativa de libertad serán cumplidas después de la extinción de la pena<sup>13</sup>. No podrán ser revocadas mientras la persona sometida a ellas no deja de ser considerada socialmente peligrosa y, para que se lleve a cabo debe haber transcurrido el periodo mínimo establecido en la ley, que en el caso de los “delincuentes por tendencia” es de cuatro años<sup>14</sup>.

En Francia<sup>15</sup>, su Código Penal<sup>16</sup> admite lo que denomina “control sociojudicial”, que consiste en la obligación del condenado a someterse, bajo el control del juez que hace ejecutar la sentencia y durante un periodo determinado por el tribunal que la dictó, a medidas de vigilancia encaminadas a prevenir la reincidencia. Este periodo no puede ser superior a 10 años en asuntos correccionales (*délit*) ni de 20 años en asuntos penales (*crime*). Si la medida de control se dicta al mismo tiempo que una pena privativa de libertad, este periodo no comenzará a contar hasta que el condenado sea excarcelado.

---

<sup>9</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto, en *Diario la Ley*, núm. 7464, 9 de septiembre de 2010, pág. 5

<sup>10</sup> Vid. art. 108 Codice Penale.

<sup>11</sup> Vid art. 109 Codice Penale.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de peligrosidad social, véase, el art. 203 del Codice Penale.

<sup>13</sup> Vid. art. 211 Codice Penale.

<sup>14</sup> Vid. art. 217 Codice Penale.

<sup>15</sup> Vid. NISTAL BURÓN, “La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, de 25 de febrero de 2010, pág. 1.

<sup>16</sup> Vid. Code Penal Francés, art. 131.36.1, modificado por la Ley 98-468, de 17 de junio de 1998 (Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, relative a la prévention et a la repression des infractions sexuelles ainsi qu'a la protection des mineurs).

Si se incumplen las obligaciones resultantes de la medida de control, se castigará el mismo con pena privativa de libertad cuya duración máxima se establecerá inicialmente en el fallo condenatorio y no podrá exceder de dos años en caso de delito, ni de cinco en caso de crimen. Corresponderá al Juez que ejecuta la sentencia, si procede, ordenar la ejecución total o parcial de la condena. Junto a las obligaciones<sup>17</sup> que aparecen determinadas en el fallo condenatorio, también se prevén otras específicas<sup>18</sup> que solo podrán dictarse en los casos previstos en la Ley<sup>19</sup>.

En Reino Unido, la *Criminal Justice Act* (2003) impone penas obligatorias y mínimas y reduce la capacidad de los Jueces de adaptar la sanción a los casos particulares. Se incorporan dos modalidades parecidas a la libertad vigilada. Conforme a la Ley, la comisión de dos delitos sexuales, cuando exista riesgo de repetición futura, justifica lo que se denomina una “*extenden sentence*” o una “*indeterminate sentence*”. La primera, implica el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena, y la segunda, está pensada para los casos más graves, y puede consistir en una “*sentence for public protection*”, que tiene una duración mínima no inferior a diez años de prisión, o en la imposición de una pena de cadena perpetua “*life sentence*”.

En Estados Unidos, el equivalente a nuestra libertad vigilada sería la *life time supervision*, que se cumple generalmente tras las penas de prisión impuestas por determinados delitos y puede llegar a ser perpetua. La supervisión corresponde a un funcionario denominado *parole officer*. El reo ha de comunicar los cambios de profesión y domicilio para facilitar el control y éste puede completarse, además, mediante una serie de prohibiciones u órdenes en línea con las reglas de conducta del Derecho europeo.

Finalmente, en Alemania<sup>20</sup>, la “vigilancia de conducta” del Código Penal Alemán, consiste en una medida de seguridad no privativa de libertad que se regula con el nombre de *Führungsaufsicht*<sup>21</sup>. Permite la imposición de distintas reglas de conducta o *Weisungen*, pero con la diferencia respecto de la libertad

---

<sup>17</sup> Vid. art. 132-44 Code Penal Francés.

<sup>18</sup> Entre otras, están las que se relacionan a continuación: prohibición de aparecer en lugares habitualmente frecuentados por menores, de visitar a menores o tener relación con ellos, de ejercer una actividad profesional o voluntaria que conlleve un contacto regular con menores.

<sup>19</sup> Se imponen en los casos de homicidio o asesinato precedido o acompañado de violación, torturas o actos crueles, así como en caso de agresiones sexuales (incluida la exhibición sexual), corrupción de menores grabación de la imagen de un menor con fines pornográficos, difusión de mensajes de violencia o pornográficos y acosos sexuales de un menor.

<sup>20</sup> Para un desarrollo más en profundidad de la regulación en Alemania, vid. MANZANARES SAMANIEGO, “La libertad vigilada”, en *Diario la Ley*, núm. 7534, de 23 de diciembre de 2010, págs. 3-4. Sobre Derecho comparado, vid. también BELZUNEGUI, “La libertad vigilada en la última reforma del Código Penal Español”, en *Revista electrónica Derecho Penal Online* (disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>, págs. 1 a 4.

<sup>21</sup> Vid. §68.

vigilada española, de que aquella no precisa de esas reglas facultativas de conducta, si bien exige siempre, un ayudante de prueba o *Bewährungshelfer*.

Por su parte, el Tribunal sentenciador puede impartir al condenado determinadas reglas de conducta, que serán controladas por el centro de vigilancia y el ayudante de prueba. Las reglas de conducta se extraen del catálogo del §68.b y se trata entre otras, de las que se refieren al lugar de residencia, a la prohibición de permanecer en algunos lugares, a la prohibición de contactar con determinadas personas, a la prohibición de realizar ciertas actividades, a la prohibición de poseer determinados objetos, a la prohibición de tener o conducir vehículos de motor, y a las obligaciones de presentación o comunicación de los cambios de domicilio o lugar de trabajo. El Tribunal debe configurarlas detalladamente para no infringir el principio de certeza del art. 103.II de la Ley Fundamental, puesto que las reglas de conducta pueden conllevar, según el §68. I, una conminación penal. El Tribunal puede imponer además, discrecionalmente, otras reglas de conducta (§68 b II).

Existe una imposición facultativa y otra por disposición legal. Su ejecución se lleva a cabo de tal forma que el condenado a la medida queda sometido a un centro de vigilancia establecido junto al Tribunal Provincial (*Landgericht*), así como al control del ayudante de prueba anteriormente mencionado. La medida tiene una duración máxima de cinco años, mientras que la mínima se fija en dos. Su finalidad no es solo la defensa de la colectividad sino también prestar al condenado la ayuda necesaria para su resocialización. Es aplicable no solo en los delitos contra la libertad sexual (§181 b), sino también en supuestos de lesiones (§228), delitos contra la libertad de las personas (§239), robo y extorsión (§256), receptación (§262) y delitos contra la seguridad general (§321). Se impone en la misma sentencia y su cumplimiento comienza con la firmeza de la resolución.

#### **IV. Regulación legal del procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada en la LO 5/2010, de 22 de junio**

##### **A. Consideraciones generales**

Aunque inicialmente, esta libertad vigilada, había sido configurada como una pena accesoria a la privación de libertad<sup>22</sup>, el texto definitivo se decanta por reconocerle naturaleza de medida de seguridad, ya que, en propias palabras de

---

<sup>22</sup> Vid. el art. 49 bis del Anteproyecto de 2008, donde se regulaba la libertad vigilada como una pena accesoria, con una duración de entre diez y veinte años cuando el delito fuera grave y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años (art. 57 bis) y el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 25 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura), de 27 de noviembre de 2009, donde ya al igual que en la redacción definitiva del texto, se regula como una medida de seguridad..

la Exposición de Motivos, la misma actúa en respuesta a la peligrosidad, “agotada la dimensión retributiva de la pena”.

Como hemos señalado anteriormente, la libertad vigilada considerada como una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3, 3<sup>a</sup>), consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas<sup>23</sup> establecidas en el art. 106.1 CP<sup>24</sup>, consistentes en: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. 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. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Ahora bien, como puede observarse, algunas de las medidas previstas en el nuevo texto del Código Penal, y que configuran el contenido de esta medida<sup>25</sup>, ya aparecían recogidas en el Código Penal de 1995, si bien la novedad, como ya apuntábamos anteriormente, es que no sólo serán de aplicación a inimputables o semiimputables peligrosos atendiendo a su estado patológico, sino que también podrán imponerse a sujetos imputables que presenten un elevado pronóstico de peligrosidad atendiendo a la naturaleza del hecho cometido.

---

<sup>23</sup> Es preciso señalar que la lista establecida en el art. 106.1 CP tiene carácter tasado.

<sup>24</sup> Para un estudio en detalle de cada una de estas medidas, vid. ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 152 a 156.

<sup>25</sup> Así, la tarea del legislador, ha consistido en su mayoría en integrar y refundir las medidas contenidas en el Código Penal de forma dispersa y aunarlas en este concepto de libertad vigilada (pensemos, por ejemplo, en las medidas previstas en el art. 105 CP, a saber, la prohibición de residir en determinados lugares, la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de acercarse a la víctima). También se han introducido nuevas medidas como la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente, la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

En el último caso referenciado, ya no estaremos ante medidas alternativas a la pena de prisión, sino que se ejecutarán una vez cumplida ésta (modalidad post-penitenciaria)<sup>26</sup>.

La Ley 5/2010 establece junto a la regulación del contenido que configura esta medida de libertad vigilada, un procedimiento para su adopción, ejecución y revisión, que no está exento de aspectos controvertidos.

## **B. Adopción de la medida de libertad vigilada**

En primer término, debemos aclarar, que la competencia para adoptar cualquier tipo de decisión sobre la medida de libertad vigilada se atribuye al Tribunal sentenciador<sup>27</sup>, sin perjuicio de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda intervenir en auxilio de dicho Tribunal. Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley, ello se establece así porque el Tribunal sentenciador “por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto” y, por tanto, es quien está en mejores condiciones para decidir sobre el curso de la medida<sup>28</sup>.

La libertad vigilada se adopta en sentencia, si bien, como antes apuntábamos, se establecerá como alternativa a la prisión en caso de inimputables o semiimputables o como medida posterior al cumplimiento de la pena en el caso de imputables (arts. 105 y 106.1 CP).

En el caso de inimputables y semiimputables la medida no puede mantenerse más de cinco años (art. 105 CP), mientras que para los imputables la Ley 5/2010 establece que la medida ha de durar de cinco a diez años si alguno de los delitos fuere grave, o de uno a cinco si se trata de delitos menos graves (arts. 192.1 y 579.3 CP). Además en este último caso, -atendiendo a la menor peligrosidad del autor-, se faculta al Juez para decidir que no impone la medida “cuando se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario” (arts. 192.1 y 579.3 CP).

Sin embargo, cabe señalar, que la adopción de la medida de libertad vigilada en sentencia presenta una cierta dificultad práctica en el caso de sujetos imputables, ya que puede distanciarse años el fin del proceso y el fin de la ejecución de la medida. Máxime si tenemos en cuenta que el art. 106.2.III CP

---

<sup>26</sup> Esta modalidad está prevista para sujetos imputables en el ámbito del enjuiciamiento de menores (art. 7.1.h) LRPM), pero la diferencia es que en este último caso, se configura como medida alternativa a la privación de libertad.

<sup>27</sup> No se establecía así en el art. 49 bis. 4) del Anteproyecto de 2008, donde la competencia para adoptar cualquier tipo de decisión sobre la medida de libertad vigilada, se atribuía a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

<sup>28</sup> Vid. GASCÓN INCHAUSTI, y VILLAMARÍN LÓPEZ, “Otras repercusiones de la LO 5/2000, en el ámbito del proceso penal”, en GASCÓN INCHAUSTI (Coord), *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 372.



establece que si pendieran sobre el sujeto varias penas privativas de libertad, habría que esperar al cumplimiento de todas ellas para proceder a la ejecución de la libertad vigilada.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que puede estar muy lejos de la realidad el juicio de pronóstico que se hizo en la sentencia para adoptar una medida, del que procedería realizar en el momento en que esta fuera a ser cumplida, lo que podría llevar a resultados injustos<sup>29</sup>. Es cierto que el Juez sentenciador puede desvincularse de su decisión inicial, reduciendo o dejando sin efecto la medida conforme establece el art. 106.3 CP, pero hubiera sido más razonable, que el legislador hubiera establecido de manera expresa en el propio art. 106.2 CP, la posibilidad del Juez sentenciador de apartarse de la decisión tomada en sentencia o, incluso, que se hubiera relegado la adopción de alguna o algunas de las medidas de libertad vigilada a este momento.

### **C) Ejecución y revisión de la medida de libertad vigilada**

En relación a la ejecución de la libertad vigilada, la misma no presenta prácticamente dificultades cuando se trata de sujetos inimputables, pues tal y como establece el art. 98.2 CP, para su imposición el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales que asistan al sujeto los informes pertinentes acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y su pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

Mayores problemas se plantean, sin embargo, cuando nos referimos a la fase de ejecución en los sujetos imputables. Si bien su ejecución comienza una vez cumplidas las penas privativas de libertad impuestas en la sentencia, el art. 106.2.II CP establece que al menos dos meses antes de su extinción, el Juez de Vigilancia Penitenciaria eleve una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador para que éste pueda concretar el contenido de la medida. Para ello, de conformidad con el art. 98.1 CP, deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al reo o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que se hayan ordenado a tal fin.

La norma prevé la necesidad de que el Juez o Tribunal sentenciador celebre una audiencia para oír al que va a ser sometido a la medida<sup>30</sup>, al Ministerio Fiscal, a las demás partes e incluso a las víctimas del delito no personadas,

---

<sup>29</sup> Vid. NISTAL BURÓN, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica”, en *Diario La Ley*, núm. 7368, 24 de marzo de 2010, pág. 4.

<sup>30</sup> Aunque nada se diga, parece que deberá estar asistido por su Letrado a semejanza de la audiencia para adoptar la prisión provisional..

siempre que así lo hubieran solicitado<sup>31</sup> y que permanezcan localizables para este fin (art. 98.3 CP).

A la vista de los informes y declaraciones efectuadas, el Juez o Tribunal sentenciador deberá decidir, de forma motivada<sup>32</sup>, que medida o medidas de libertad vigilada de las previstas en el art. 106 CP ha de imponer, o bien, resolver que ya no procede ninguna a la vista de la nula peligrosidad del sujeto tras salir de prisión, dejando sin efecto las fijadas en sentencia [art. 106.3.c) CP].

En lo referente a la revisión de las medidas de libertad vigilada, dado que las mismas se imponen atendiendo al pronóstico de peligrosidad del sujeto, es lógico que también varíen en caso de que éste cambie. Por tanto, las medidas sólo tienen sentido en tanto en cuanto contribuyan a la mejor rehabilitación del sujeto, y claro ejemplo de ello, son algunas, como la obligación de participar en programas formativos, laborales culturales, de educación sexual o similares (art. 106.1.j) CP); o en la controvertida obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (art. 106.1.i CP)<sup>33</sup>, o

---

<sup>31</sup> La Ley no deja claro como y cuando deben solicitarlo

<sup>32</sup> Parece que la necesidad de motivación obliga a que la resolución sea un auto y la posibilidad de recurrir el mismo. Sobre el derecho a los recursos, véase, GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal. Adaptado a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal y a la Ley 13/2009, de reforma de la LECrim sobre la Oficina Judicial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2010, págs. 74 a 76. También resulta interesante, aunque referido al incidente de revisión, el criterio 8 de la *Circular 3/2010, de la Fiscalía General del Estado, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, al establecer que “la Ley Orgánica 5/2010, al igual que las que abordaron precedentes reformas del Código Penal, no recoge en ninguna de sus disposiciones los recursos que cabe interponer frente a las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que deciden sobre el incidente de revisión. Atendiendo a las pautas fijadas en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004, que a su vez adoptan la solución acogida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo, así Auto de 14 de marzo de 1984, o Sentencia núm. 626/1995, de 5 de mayo, la resolución que se dicte al respecto será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. De forma que, si la resolución fue dictada por el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, será procedente recurso de apelación. Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial, serán susceptibles de recurso de casación. En los supuestos competencia del Tribunal del Jurado cabrá recurso de apelación o casación.

<sup>33</sup> La doctrina ha detectado que puede plantear problemas la obligación de someterse a algún tipo de tratamiento médico, prescindiendo del consentimiento del penado, tal y como se prevé en la Ley, tratamiento que en base a esa obligatoriedad de prestar el consentimiento, el penado ha podido rechazar mientras cumplía la pena privativa de libertad. Creemos que hay un patente contrasentido, además de que la obligación de someterse a tratamiento médico impuesta al sujeto imputable vulnera lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. En el Derecho comparado, podemos hacer referencia a Francia, donde si mediante peritaje médico se determina la conveniencia de que el acusado se someta a tratamiento médico, el órgano jurisdiccional podrá pronunciar un mandamiento de atención médica. En caso de homicidio o asesinato de un menor, precedido o acompañado de violación, torturas o actos crueles, el peritaje deben practicarlo dos expertos. En un Decreto de fecha 18 de mayo de 2000, se contemplan las condiciones de ejecución de esta nueva medida que supone la participación de un médico coordinador, la selección por el condenado de un médico de cabecera y el control de la medida, por parte del Juez que debe ejecutar la sentencia. El condenado no podrá ser sometido

bien para garantizar la seguridad y libertad de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente, por lo que las mismas deberán ser modificadas si no atienden a estos fines e incluso habrá que ponerles fin si ya no se consideran necesarias.

Teniendo en cuenta que con estas medidas se están imponiendo restricciones más o menos amplias a quien ya ha cumplido su condena<sup>34</sup>, el legislador ha tratado de ser cauteloso al regular la revisión de dichas medidas y, con este

---

a ningún tratamiento sin su consentimiento. No obstante, si se niega, se podrá ejecutar la sentencia de privación de libertad pronunciada por el Tribunal.

<sup>34</sup> Pueden generarse problemas en cuanto a la compatibilidad de la medida de libertad vigilada con la libertad condicional (regulada esta última en los arts 90 a 93 del CP), la misma consiste en el acceso al disfrute de la libertad con anterioridad al cumplimiento de la totalidad de la pena con la condición de no volver a delinquir o de observar las reglas de conducta impuestas en su concesión. Para acceder a la misma, el interno deberá encontrarse en tercer grado penitenciario, haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta y haber desarrollado una buena conducta y tener un pronóstico favorable de reinserción social. Pese a que el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 (Informe del CGPJ en sus páginas 38 y siguientes), señalaba que “sería incompatible con el régimen progresivo penitenciario, que se basa en el modelo constitucional diseñado en el artículo 25.1 de la Constitución, que la libertad vigilada pudiese suponer una obligación legal para el Juez de Vigilancia Penitenciaria de imponer al penado un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, en caso de que el condenado haya accedido al mismo, es decir, un viaje hacia un régimen más restrictivo que ésta o, incluso, más restrictivo que el tercer grado penitenciario”, concluyendo 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”, entendemos que le asiste la razón cuando el condenado presenta un buen pronóstico de reinserción. En estos casos, si el criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, informado por los responsables de Instituciones penitenciarias considera que el interno ha mostrado una buena conducta, demostrando así un pronóstico favorable de reinserción social, es de sentido común que al no existir un pronóstico de peligrosidad criminal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria acceda a otorgar el tercer grado y cuando cumpla el resto de requisitos legales, otorgar la libertad condicional.

El problema, reside en el supuesto contrario. El Informe del CGPJ sostiene que “Deben, pues, considerarse condiciones imprescindibles para la ejecución de la pena de libertad vigilada, en primer lugar, que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los requisitos correspondientes, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión, y, en segundo lugar, con el mismo fundamento y con la misma salvedad, que se excluya la posibilidad de ejecutar esta pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, en caso de que el penado haya accedido a él”. Por tanto, parece que pese a que el Código Penal, tras la reforma de 2010, establezca la competencia del Juez o Tribunal sentenciador, parece claro que salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión, cuando el Juez de Vigilancia Penitenciaria niegue al interno la libertad condicional, cumplirá de forma imperativa la medida de libertad vigilada impuesta en la sentencia. Sobre una posible solución para evitar que esto ocurra, véase, SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dirs), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Volumen I, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pág. 709.

fin, establecer la necesidad de llevar a cabo un examen periódico de estas. Así, el art. 98.1 CP impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria la obligación de elevar “al menos anualmente” una propuesta de “mantenimiento, cese, sustitución o suspensión” de las mismas, para cuya elaboración deberá recabar los mismos informes a los que ya hicimos referencia con anterioridad. A la vista de las propuestas formuladas, el Juez sentenciador deberá resolver motivadamente<sup>35</sup> y respetando el procedimiento contradictorio<sup>36</sup> previsto en el art. 98.3 al que hicimos referencia al tratar la ejecución de la medida.

En los apartados tercero y cuarto del art. 106, se puntualizan las posibles decisiones que puede adoptar el Juez sentenciador durante el cumplimiento de las medidas. Así, se establecen las siguientes opciones:

a) La modificación de las obligaciones y prohibiciones impuestas, bien sea porque han cambiado las circunstancias y se considera más oportuna la adopción de otra distinta o de la misma en condiciones diversas, o bien porque el sujeto ha incumplido una o varias de las obligaciones.

b) La reducción de la duración de la libertad vigilada

c) La finalización de la medida si el pronóstico positivo de reinserción hace innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

d) Apertura de diligencias penales por un presunto delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)<sup>37</sup> en caso de que el incumplimiento fuera reiterado y grave, “revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas”.

Finalmente, debemos hacer referencia a un elemento importante, hasta tal punto, que de él pudiera depender la efectividad de esta nueva medida, se trata del efectivo control de la libertad vigilada<sup>38</sup>. El art. 106 hace referencia al sometimiento del condenado a “control judicial” a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas que se le puedan imponer. Evidentemente, el Juez podrá determinar si el condenado está cumpliendo o no la medida y las obligaciones impuestas, pero no podrá realizar directamente la vigilancia del condenado, debiendo encargarse esta vigilancia a personal

---

<sup>35</sup> Parece que al igual que para la ejecución, la resolución que debe dictar el Juez sentenciador será un auto motivado, que podrá ser recurrido, conforme al sistema general de recursos establecido.

<sup>36</sup> Al igual que expusimos anteriormente, parece que deberá estar asistido de su Letrado.

<sup>37</sup> SANZ MORÁN, “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: Arts 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GÓZALEZ CUSSAC (Drs) y MANJÓN-CABEZA OLMEDA y VENTURA PÜSCHEL (Coords), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de Modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 141 a 144.

<sup>38</sup> Vid. MAGRO SERVET, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 7074, 11 de diciembre de 2008, págs. 1 a 12.

especializado en la reinserción de los delincuentes<sup>39</sup>, ya que sino los Jueces se verán abocados a imponer la obligación de presentarse periódicamente en algún lugar determinado o la de estar localizable, junto con alguna medida de alejamiento, lo que puede poner en peligro la eficacia de la medida.

De este modo, nada se establece en la Ley en torno a los agentes de libertad vigilada<sup>40</sup>, que deberían ser, en definitiva, las personas especializadas que vigilan y controlan la libertad del penado<sup>41</sup>, sin perjuicio, claro está, de que el órgano judicial esté siempre informado. Entendemos pues que la omisión de esta figura (salvo previsión reglamentaria al respecto) hace recaer sobre el Juez, con el auxilio de la policía, directamente el control de la libertad vigilada y de las prohibiciones u obligaciones que lleve impuestas, lo que a todas luces, va a dificultarlo y puede llevar aparejado el efecto criminógeno de que la falta de control efectivo, vacíe de contenido a la nueva medida de seguridad<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Aspecto este ya apuntado por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de 2008, cuando señalaban que “esa función jurisdiccional [se refiere el informe al control judicial de la medida] es de imposible cumplimiento racional si el juez no cuenta con medios personales que le faciliten los informes necesarios.”

<sup>40</sup> El legislador se encuentra ante la oportunidad idónea para ofrecer una salida profesional a los recientes licenciados y graduados en Criminología, mediante la creación de un cuerpo de agentes de libertad vigilada, al modo de los *probation officer* o *parole officer* norteamericanos, que no sólo se dedican a la vigilancia de la medida de libertad vigilada por el condenado, sino que además le ofrecen apoyo y asistencia ante las innumerables dificultades con que los condenados a esta medida se van a enfrentar tras un largo periodo de privación de libertad. También podría trasladarse esto al ámbito del Derecho penal de menores.

<sup>41</sup> Tal y como analizó el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2008, la vigilancia orientadora es una forma de libertad vigilada que exige la designación judicial de un establecimiento de vigilancia y de un asistente o agente de la vigilancia, que tienen por función supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas. Cfr. Informe CGPJ Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, pág. 31.

<sup>42</sup> Así, ACALE SÁNCHEZ, “Libertad vigilada”, op. cit., pág. 152.