

CONTROL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL Y LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA.-

Luis Fernández Arévalo.

Fiscal de Sevilla.

1.- EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD CRIMINAL Y SU ARTICULACIÓN EN NUESTRO SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO.-

El concepto de peligrosidad criminal aparece contemplado en nuestro sistema penal como equivalente a la previsión o pronóstico razonable de que un reo pueda volver a cometer nuevos delitos, definición que se extrae del art. 95.1.2º CP, que alude a *“que del hecho (delictivo) y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”*.

A su vez, el Código Penal utiliza el término pronóstico de reinserción social favorable como contrapunto al de peligrosidad criminal del delincuente¹, que vendría a representar, parafraseando el art. 95.1.2ª CP, un pronóstico de comportamiento futuro que revele la improbabilidad de comisión de nuevos delitos. Esta expresión aparece explícitamente contemplada en los arts. 36.2-III, 78.3, 90.1.c), 90.1-III, y 106.3-III CP, e implícitamente en el art. 88.1-II CP.

El concepto de peligrosidad criminal va a ser utilizado por el CP atravesando varias fases de utilidad funcional.

En primer lugar, y partiendo de la convicción inicial de que la peligrosidad criminal del reo queda neutralizada con el cumplimiento de la pena de prisión, para justificar su acceso a beneficios penales y penitenciarios, en caso de que impuesta la pena privativa de libertad, se constate en el reo, cumplidas determinadas condiciones, un pronóstico de reincidencia bajo, y para rechazar por el contrario la concesión de esos beneficios cuando el pronóstico se revela como alto y significativo. Esta línea de utilización funcional del concepto de peligrosidad criminal va a atravesar un momento posterior de objetivación del concepto sobre la base de criterios orientadores –pluralidad de procedimientos, antecedentes delictivos, gravedad del delito- que van a endurecer el acceso a esos beneficios en las reformas del año 1999 y 2003, en las que además va a ser utilizada legislativamente como justificación habilitante de la prisión provisional.

Pero además, poco a poco va a surgir nítidamente una segunda funcionalidad del concepto de peligrosidad criminal, consistente en que el legislador va a ir asumiendo una creciente convicción acerca de que la peligrosidad criminal del reo puede quedar neutralizada durante el cumplimiento material de la pena privativa de libertad, pero pervivir y reactivarse tras la excarcelación por razón de libertad definitiva. Y para tratar de controlar esa peligrosidad criminal postprisonal o postpenitenciaria va a recurrir a la figura de las penas accesorias de determinados delitos con desarrollo progresivo de este sistema en las sucesivas reformas del art. 57 CP, para acabar por introducir en el sistema de la justicia de adultos la figura de la

¹ La terminología usada puede merecer críticas desde una perspectiva penitenciaria, donde el concepto reeducación se asocia a actividades de intervención, y el de reinserción a contactos con el mundo exterior, reservando el término resocialización al retorno a la vida libre tras el cumplimiento de las penas privativas de libertad con la capacidad y la voluntad de respetar la ley penal.

libertad vigilada postprisonal o postpenitenciaria, que culmina -por el momento- este proceso.

1.1.- UTILIZACIÓN INICIAL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL PARA VEDAR EL ACCESO A BENEFICIOS PENALES O PENITENCIARIOS, Y PROCESALMENTE PARA JUSTIFICAR LA PRISIÓN PREVENTIVA.-

Al tiempo de aprobarse el Código Penal de 1995, el concepto de peligrosidad criminal se utilizó preferentemente como factor determinante de la denegación de acceso a beneficios penales o bien de concesión de los mismos en relación con el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Se trata de un fenómeno que como veremos se va a reproducir repetidamente en las distintas figuras e instituciones de la ejecución penal y penitenciaria. Pero paralelamente la trascendencia del concepto conduce a aceptar la prevención de la reiteración delictiva como finalidad constitucional y legalmente habilitante de la prisión preventiva.

1.1.1.- Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.- Así, respecto de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en todas y cada una de sus modalidades –común, especial de reos alcohólicos o drogodependientes contemplada en el art. 87 CP, y excepcional por padecimientos graves e incurables del art. 80.4 CP-, su concesión se supedita a unos requisitos o presupuestos objetivos determinados, que caso de no concurrir excluyen su aplicación, pero en última instancia a la hora de resolverse este beneficio penal debe decidirse en base a la constatación de la peligrosidad criminal, para concederlo si no existe peligrosidad criminal, y para denegarlo si se aprecia.

Así, en el texto originario del art. 80.1 CP, se disponía que *“los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”*. Es cierto que la reforma de la Ley Orgánica núm. 15/2003, de 25 noviembre cuando ha modificado el art. 80.1 CP ha agregado la noción de existencia de procedimientos penales activos –así, el párrafo segundo del art. 80.1 se viene a precisar que *“en dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”*-, pero en puridad no se modificaba sustancialmente el valor de la peligrosidad criminal, sino que se limitaba a identificar un hecho que permitía la correcta medición de esa peligrosidad criminal del reo. Este mismo fenómeno aclaratorio se va a reproducir en otras figuras penales.

En realidad la expresión peligrosidad criminal no aparece literalmente citada en el texto del art. 80.4 ni en el del art. 87 CP, pero subyace en la regulación de las modalidades -especial de drogodependientes y excepcional de enfermos graves con padecimientos incurables- ya que la concurrencia de sus presupuestos viene a justificar la concesión del beneficio, sobre la base de considerar que la superación con éxito de un programa de tratamiento de drogodependientes o la propia gravedad e irreversibilidad de la enfermedad

han aminorado la peligrosidad criminal del reo. Y cuando en la modalidad excepcional se excluye de la concesión a aquellos casos en que al tiempo de delinquir el penado disfrutaba de este beneficio excepcional, es porque se está partiendo de la premisa lógica de que el pronóstico de baja peligrosidad criminal del reo asociado legalmente a la concurrencia de la enfermedad se ha revelado como erróneo, pues la enfermedad no ha frenado la reanudación de la actividad criminal del penado. Y tampoco debe olvidarse que en su redacción originaria en el art. 87 se estableció una cautela excluyente de la suspensión especial de drogodependientes cuando el reo era delincuente habitual, concepto que en el art. 94 CP se identificaba con el hecho de que el reo hubiera cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hubieran sido condenados por ello; de este modo, el art. 87 venía a objetivar una exclusión del beneficio basada en la peligrosidad criminal del reo visualizable por su condición de reo habitual. Aun ahora en la redacción vigente del art. 87.2 CP subsiste la llamada a un especial cuidado plasmado en especial motivación de la concesión del beneficio cuando se trate de penados reincidentes.

1.1.2.- Sustitución de las penas de privativas de libertad.- El art. 88 CP no supedita explícitamente a la ausencia de peligrosidad criminal la sustitución de las penas de prisión por penas de trabajo en beneficio de la comunidad, multa y actualmente por localización permanente. Se alude a que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, expresiones que encubren la idea de la peligrosidad criminal del reo, pues en última instancia en la concesión o la denegación va a subyacer la inexistencia de un pronóstico de reincidencia significativo por parte del reo, lo que hace aconsejable la sustitución e innecesario el cumplimiento material de la pena privativa de libertad en general o de la de prisión en particular; por el contrario, si el pronóstico de reincidencia es significativo, las circunstancias que se invoquen nunca justificarán la sustitución, pues la privación de libertad es imprescindible para la inocuidad de la persona infractora, neutralizando su peligrosidad criminal.

1.1.3.- La libertad condicional.- En el caso de la libertad condicional, que podemos definir como una decisión de libertad anticipada en atención a la concurrencia de determinados requisitos objetivos, y a la formulación de un pronóstico individualizado de reinserción social favorable, tampoco se utiliza el término de peligrosidad criminal, pero sí se ha utilizado implícitamente -la expresión pronóstico de reinserción social favorable es precisamente el antónimo de la peligrosidad criminal-, y de esta suerte la existencia de un pronóstico de reinserción social desfavorable presupone una previsión de riesgo de reiteración delictiva socialmente inasumible, y viceversa, cuando el pronóstico sea favorable se está indicando que el riesgo de reincidencia es poco significativo.

1.1.4.- Peligrosidad criminal y régimen especial de cumplimiento en supuestos de fijación de máximo de cumplimiento (la mal llamada refundición o acumulación).- La figura de la fijación del máximo de cumplimiento –art. 76- constituye una regla especial del principio general de

cumplimiento sucesivo de las penas en los casos de concurso de penas –art. 75 CP-, aplicable cuando no sea posible su cumplimiento simultáneo, atendida la naturaleza y efectos de las penas. Como la regla general de cumplimiento sucesivo es una norma general de ejecución, es evidente que la regla especial del art. 76 constituye igualmente una norma especial de ejecución, y ello con independencia de que el Tribunal Supremo haya venido proclamando durante casi veinte años que es una norma de enjuiciamiento, porque dicha actividad entrañaba un juicio de conexidad, desde los AATS de 7 de abril y 14 de octubre de 1989²; y de que poco después el TS reforzase lo anterior señalando que en última instancia aparecía la fijación de una nueva pena³.

No obstante lo que el TS *decía que decía* el art. 70 CP –actual art. 76 CP/95-, la determinación del máximo de cumplimiento constituye de suyo inequívocamente una institución de ejecución⁴, lo que ha sido finalmente asumido por la STS 197/2006, de 28 de febrero (*doctrina Parot*), y así, en su FJ 4º anticipa la siguiente conclusión, que luego razona: “*el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario.*” Conviene recordar que en la terminología procesal tradicional española, cumplimiento es igual a ejecución administrativa de las penas.

² Así en el ATS de 14 de octubre de 1990, se razonaba lo siguiente: “*el Juez de Vigilancia se mueve, aparte de las atribuciones de amparo y control, en el ámbito de la ejecución de las penas, sin que pueda extenderse su función a valorar, a efectos penales, los hechos motivadores de las condenas; y precisamente, la regla 2.ª del artículo 70 citado, en el trámite de refundición promovido, exige un juicio sobre la conexidad de los hechos que han servido de base a las distintas condenas penales, sopesando, en los términos del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes dentro de una actividad declarativa o de enjuiciamiento, no la de ejecución que compete a tales Juzgados.*”

³ Así en el ATS de 25 de mayo de 1990 textualmente se afirma que “*la aplicación que del artículo 70, regla 2.ª ...como consecuencia de ello, no es un acto de ejecución de pena sino que entraña un pronunciamiento sobre la determinación última de la pena, en aplicación de una norma sustantiva que surte efectos en el seno del juicio penal, al tiempo del pronunciamiento de la sentencia, y, excepcionalmente, ex post, en méritos al instituto de acumulación arbitrado por el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley Procesal Penal.*” Y de manera mucha más explícita, la STS 8 de marzo de 1994 señala que el límite de cumplimiento establecido “*opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley como son la libertad condicional y la redención de penas*”, y añadió de forma quizá un tanto cursi pero contundente que “*la suma penimétrica es considerada como una nueva sanción*” y que “*sobre la pena resultante es sobre la que deben operar los beneficios penitenciarios*”.

⁴ Se trata inequívocamente de una institución de ejecución. En primer lugar, porque la propia dicción literal del art. 76 CP vigente –como la de la antigua regla 2ª del art. 70 CP’73- deja bien claro que constituye una especialidad o matización respecto a la regla general de cumplimiento sucesivo de penas, conforme al orden de su respectiva gravedad, en los casos de concurso real de penas. Por cumplimiento siempre se ha entendido en España la ejecución administrativa de una pena. Ergo si la determinación del máximo de cumplimiento constituye una especialidad de una regla general de ejecución, de ahí se concluye que constituye una regla especial de ejecución. En segundo lugar, la dicción del art. 76 CP vigente -tampoco la anterior de la regla segunda del art. 70 CP’73- jamás habló de la imposición de una nueva pena, sino que se *declaran extinguidas las penas que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo*: esto es, tras la declaración del máximo de cumplimiento de la condena las penas impuestas subsisten como entes reales con vida virtual propia e independiente, pues si se declaran extinguidas las que procedan desde que las ya cumplidas cubren dicho máximo, quiere decirse gramaticalmente que perviven como realidades virtuales las penas que se cumplen, y hasta el momento de que se cumpla el máximo también las penas que se declaran extinguidas una vez alcanzado dicho máximo.

Sin embargo, en 1995 las consecuencias de lo que el Tribunal Supremo decía que decía el art. 70 CP/73 -que pasó a ser el art. 76 CP/95-, habían sido tan devastadoras, y generado un rechazo social tal, que el propio legislador se sintió en la necesidad de introducir la figura un régimen especial de cumplimiento -denominada por entonces incorrectamente “*cumplimiento íntegro de las penas*”- permitiendo que, atendida la peligrosidad criminal del reo, el Tribunal podría facultativamente acordarlo en aquellos casos en los que el máximo de cumplimiento establecido fuera inferior al 50% de la suma aritmética de penas impuestas⁵. Dicho régimen especial consistía en que los beneficios penitenciarios -a los que la reforma de la LO 7/2003 agregó los permisos de salida y la clasificación en tercer grado- y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se referían a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al máximo de cumplimiento fijado, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pudiera resultar procedente.

La reforma de la LO 7/2003 vino a agregar un régimen especial imperativo para el Tribunal, en los supuestos de los límites legales especiales de 25, 30 y 40 años previstos en los párrafos a, b, c y d del art. 76.1 CP, siempre que la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas

La regulación de esta figura contempló además la posibilidad de reversión al régimen general de cumplimiento, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria motivadamente, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, y así dicho Juzgado podría acordarlo razonadamente, oído el Ministerio Fiscal -y tras la reforma de la LO 7/2003, además, las Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Esto es, la peligrosidad criminal justificaba el régimen especial de cumplimiento bajo las condiciones de cómputo de penas indicadas, y el pronóstico de reinserción favorable posibilitaba la reversión al régimen general de cumplimiento.

Sin embargo, la reforma de la LO 7/2003 determinó una cautela excluyente o limitativa de la facultad de reversión al régimen general de cumplimiento asociada a la peligrosidad criminal de ciertas tipologías delictivas, que básicamente se ha mantenido con leves retoques en la reforma de la LO 5/2010: “*si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:*

Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

1.1.5.- Peligrosidad criminal y medidas de seguridad.- En el caso de las medidas de seguridad el papel de la peligrosidad criminal es clave, pues actúa de fundamento para la imposición de este tipo de medidas penales, como lo

⁵ Salta así a la vista que el art. 78 CP debió ser desde una perspectiva de lógica sistemática un art. 77 CP, o incluso un apartado 3º del art. 76 CP.

revela el art. 6.1 CP, que señala que “*las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*”. Es tan clave la noción de peligrosidad criminal para la medida de seguridad como fundamento de su imposición, que ello ha justificado que el propio concepto de peligrosidad se defina precisamente en función de las medidas de seguridad –art. 95.1.2ª CP, ya examinado.

Pero además de servir de fundamento de la imposición de medidas de seguridad, la peligrosidad criminal será un barómetro de selección de la medida a imponer cuando el delito esté castigado con pena privativa de libertad. Es claro que conforme al principio de proporcionalidad cualitativa las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido –art. 6.2 CP-, pero el grado de peligrosidad criminal además actúa como elemento condicionante de la propia selección de la medida de seguridad aplicable, y así podemos hablar de un principio de control instrumental de la peligrosidad criminal como principio rector del sistema de medidas de seguridad, ya que las mismas no pueden exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor –art. 6.2 CP *in fine*- lo que va a ser a su vez objeto de sucesivos recordatorios en los arts. 101, 102 y 103, al regular los casos que justifican la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad, que sólo se podrán imponer *si fueren necesarias*, necesidad que se asocia a la imprescindibilidad para el control de la medida de seguridad. Pero además la peligrosidad criminal debe ser actual, lo que quiere decir *aquí y ahora*, pero también *luego*, y de ahí el principio de revisabilidad periódica consagrado en los arts. 97 y 98 CP, que imponen una revisión con cadencia periódica, que se fija al menos en un año en el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad y de la libertad vigilada postpenitenciaria, para reevaluar y medir la peligrosidad criminal de manera sucesiva hasta el máximo fijado de su cumplimiento.

1.1.6.- Peligrosidad criminal y prisión preventiva.- Desde el inicio del proceso penal resulta factible, una vez identificada la persona del reo, la imposición de unas medidas cautelares reales y personales, y entre las segundas encontramos la prisión preventiva. La doctrina procesal tradicional siempre ha limitado la imposición de la prisión, partiendo de la existencia de *fumus boni juris* –que en el proceso penal se materializa en la existencia de indicios racionales de criminalidad, y vinculados a delitos de una cierta entidad- y a la concurrencia además de un *periculum in mora*, y precisamente en este punto la línea más ortodoxa y tradicional ha anudado la prisión preventiva a los fines de conjurar unos riesgos racionales de elusión de la acción de la justicia – art. 503.1.3º a) LECrim: “*asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga*”-, así como a la destrucción de medios de prueba –art. 503.1.3º.b) LECrim: “*evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto*”.

Sin embargo la jurisprudencia constitucional primero –SSTC 128/1995, de 26 de julio, seguida entre otras por las 62/1996, 33/1999, 164/2000, 207/2000, y 217/2001, entre otras-, y el legislador después en la redacción

introducida por las LO 13/2003 y 15/2003 –con gran repugnancia por parte de la doctrina ‘procesal más ortodoxa, que los concibe como fines “desviacionistas”- han venido a aceptar como fundamento de la prisión preventiva la concurrencia de riesgos racionales de comisión de nuevos delitos, sea mediante ataques a bienes jurídicos del perjudicado -art. 503.1.3º.c) LECrim: “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal”-, o bien abiertamente de simple y llana reiteración delictiva en general -art. 503.2-I LECrim: “también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”.

Pero es que además la peligrosidad criminal puede llegar a rebajar el *mínimum* de gravedad de los delitos castigados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, y así en el propio art. 503.1.1º posibilita la prisión preventiva si el delito estuviera castigado con pena inferior a dos años si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso, lo que parte en cierto modo de una presunción legal de peligrosidad asociada a antecedentes penales vigentes y activos por delitos dolosos.

1.1.5.- Peligrosidad criminal y sistema penitenciario.-

1º.- Peligrosidad criminal y tratamiento penitenciario.- El concepto de peligrosidad criminal fue asumido por el sistema de individualización científica ha sido importado de la corriente de criminología clínica de Jean PINATEL, y específicamente de su concepto de personalidad criminal, que impregna la concepción clínica del tratamiento. El delincuente es un enfermo social, y como enfermo es susceptible de observación, de diagnóstico, de pronóstico y de tratamiento.

Según esta concepción, el tratamiento debe partir de la observación del delincuente mediante un estudio científico de la personalidad del penado, del que se concluye (en terminología psicológica de dicha corriente) un diagnóstico de personalidad criminal –art. 62.b) LOGP- que se traduce (en terminología jurídica formulada en el art. 64 LOGP) en un doble diagnóstico de capacidad criminal –que PINATEL derivaba de rasgos tales como egocentrismo, agresividad, labilidad e indiferencia pasiva- y de adaptabilidad social –que PINATEL desprendía de variables de personalidad tales como los rasgos relativos a la actividad, las aptitudes físicas, intelectuales y los rasgos dinámicos relativos a las necesidades instintivas y que permiten al individuo adaptarse al medio en el que vive con mayor o menor eficacia-, de cuya interacción se extraería el juicio pronóstico de peligrosidad criminal o reincidencia.

Esta doctrina encuentra su eco en el inciso inicial del art. 62.b) LOGP, que dispone que “*el tratamiento guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial...*”, y se completa en la fórmula contenida en el art. 64.2 LOGP, cuando señala que “*una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio*

científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.” Así, en el ámbito del tratamiento penitenciario, la peligrosidad criminal pasa a entenderse como sinónimo de pronóstico de reincidencia.

2º.- Peligrosidad criminal y clasificación.-

a) Peligrosidad criminal como antecedente de la propuesta de clasificación.- En el ámbito del tratamiento penitenciario, y así entendida la peligrosidad criminal –como sinónimo de pronóstico de reincidencia significativo- se maneja fundamentalmente a la hora de determinar la propuesta razonada de clasificación, que aparece como una conclusión silogística derivada de la interacción del doble diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social. Pues bien, esta valoración de peligrosidad criminal deberá ser enjuiciada como antecedente del grado de clasificación que se propone por la Junta de Tratamiento⁶. Los criterios de clasificación se formulan en los términos de los apartados 3, 4 y 5 del art. 102 RP.

b) Peligrosidad criminal y régimen cerrado.- Especial relevancia alcanza el concepto de peligrosidad en el caso del régimen cerrado, en su modalidad de departamento especial, pues se aplicará en los casos de penados de peligrosidad extrema, en base a causas objetivas establecidas en el art. 102.5 RP -tales como naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial, comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos, pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas, participación activa en motines, planes, agresiones físicas, amenazas o coacciones; comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo, e introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

⁶ Sin embargo se encomienda al jurista formular una propuesta de evaluación de dicha peligrosidad criminal, que el RP'81 denomina *propuesta global de diagnóstico criminológico*, una vez examinadas las diversas variables de clasificación enunciadas en el inciso final art. 63 LOGP y 102.1 y .2 RP. Y así, el art. 281.2 RP'81, vigente con valor de resolución del Centro Directivo, señala que corresponde al jurista *“asistir como vocal a las reuniones del equipo, participando en sus actuaciones y acuerdos y, una vez que sobre cada caso hayan informado todos los miembros del mismo, hacer la propuesta global del diagnóstico criminológico y, en su caso, de programación del tratamiento”*. De este modo el jurista interviene en dos momentos: el primero, cuando le corresponde formular el informe jurídico criminológico que sirve de antecedente juntamente con el psicológico y social, para completar el análisis de las variables de clasificación; y el segundo, cuando debe formular una propuesta de diagnóstico criminológico, que abarca un doble diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, determinante del juicio pronóstico de reincidencia, que se asimila a una evaluación de peligrosidad criminal del sujeto a tratar.

c) Peligrosidad criminal y acceso al régimen abierto mediante la clasificación en tercer grado.- Desde 1903 hasta 1968 el sistema penitenciario español se acomodó al sistema progresivo en su modelo específico irlandés o de *Crofton*, caracterizado por la división de la pena en cuatro periodos sucesivos, de observación, convivencia, confianza y libertad condicional, por los que el penado iba avanzado en función de la magnitud de la pena. En 1968⁷, inspirado en la concepción de la criminología clínica de Jean Pinatel, el RSP de 1956 experimentó una transformación esencial, consistente en que en virtud de un estudio multidisciplinar inicial, el penado podría ser asignado directamente al periodo de convivencia ordinaria e incluso al de semilibertad sin necesidad de pasar inexorablemente por el primero y segundo periodos, siempre que así lo determinaran las exigencias del tratamiento penitenciario. A partir de ese momento, nuestro sistema penitenciario había dejado de ajustarse al sistema progresivo irlandés o de *Crofton*, y pasaba a convertirse en un sistema esencialmente diferente -que en España denominamos de individualización científica-, en el que necesariamente debimos de dejar de hablar de periodos para pasar a hablar de grados y regímenes, y en el cual a través de la clasificación penitenciaria se articulaba conforme al principio de correlación entre grados y regímenes la asignación de un grado a cada penado, y derivadamente el modelo regimental asociado a dicho grado, que sería el más adecuado para las exigencias del tratamiento individualizado programado tras su observación científica. De esta suerte, el primer grado se corresponderá al régimen cerrado o de seguridad reforzada, el segundo grado al régimen ordinario o de medidas de seguridad estándar, y el tercer grado, el régimen abierto y de bajo control y medidas de seguridad atenuadas. El sistema se asumió en la LOGP en 1979, cuyo art. 72.1 señaló que *“las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.”*

Es cierto que la clasificación en tercer grado se vinculaba también a la magnitud de la pena impuesta, como una de las variables de clasificación –art. 63 LOGP-, pero al tiempo de aprobarse el RP de 1996, la única cautela establecida consistía en que si el penado no había cumplido la cuarta parte de su condena, para ser clasificado o progresado al tercer grado debería transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado –art. 104.3 RP.

Los requisitos para acceder al tercer grado penitenciario fueron endurecidos considerablemente a partir del año 2003, y entrañaron una desviación sustancial respecto del modelo tradicional propio del sistema de individualización científica puro. En el año 2003 la reforma de la LO 7/2003 introdujo -inspirada en la legislación francesa- el llamado periodo de seguridad, bien que como efecto reflejo de la ley, y no en virtud de pronunciamiento expreso del juez o Tribunal sentenciador, lo que ocasionó no pocos problemas

⁷ La reforma tuvo lugar condicionada por la incidencia de las actuaciones dirigidas por ALARCÓN BRAVO tras la creación del Gabinete Psicológico del Reformatorio de Carabanchel -1965 a 1967-, que luego se transformó en Central Penitenciaria de Observación -1967.

interpretativos sobre el alcance retroactivo de la norma, finalmente zanjados por la STS 748/2006, de 12 de junio. El llamado periodo de seguridad era en realidad un **régimen especial de cumplimiento** asociado a la magnitud de penas que individualmente excedieran de 5 años –pena grave de prisión- que impediría el acceso del reo al tercer grado en tanto no alcanzara el cumplimiento de la mitad de esa pena. De este modo latía, asociada a la pena impuesta por un delito grave, una presunción legal de peligrosidad criminal del reo. El sistema sin embargo permitía la reversión al régimen general de cumplimiento en virtud de pronunciamiento del Juez de Vigilancia penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, atendido el pronóstico de reinserción social favorable derivado de los avances del proceso de reeducación. Pero se exceptuaban de esa posibilidad de reversión los delitos de terrorismo e inscritos en actividades de crimen organizado.

La reforma de la LO 5/2010 ha establecido dos modalidades de periodos de seguridad.

En primer lugar, un periodo de seguridad facultativo para el Tribunal, que requiere un pronunciamiento expreso conforme al modelo originario francés, imponible discrecionalmente por el Tribunal. Aunque no se menciona el factor determinante de esa decisión, la lógica del sistema exige una motivación y parece que esa motivación debe vincular el pronunciamiento expreso a la peligrosidad criminal, aunque la literalidad de la ley no la contempla así, específicamente. Así resulta del art. 36.2-I CP, que dispone que *“cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.”*

Y en segundo lugar, un periodo de seguridad imperativo, que es efecto reflejo de la ley, pues no se menciona la necesidad de pronunciamiento expreso del tribunal, asociado a ciertas tipologías delictivas. Así resulta del art. 36.2-II CP, conforme al cual *“en cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.”*

En cuanto a la reversión al régimen general de cumplimiento se contempla para los casos de imposición facultativa, pero no para los casos de periodo de seguridad imperativo como efecto reflejo de la ley. Así resulta del art. 36.2-III CP, conforme al cual *“el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones*

Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.”

Pero además de lo anterior, la LO 7/2003 modificó las condiciones de acceso al tercer grado añadiendo dos apartados al art. 72 LOGP, fijando en primer lugar la exigencia de satisfacción de responsabilidades civiles por el penado –art. 72.5 LOGP-, y exigiendo el abandono –art. 72.6 LOGP- de la disciplina del grupo terrorista o de la organización criminal, lo que en el fondo no es sino la definición de la superación de un caso especial de peligrosidad criminal. En concreto, el art. 72.6 LOGP señala que *“del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

3º.- Peligrosidad criminal y permisos.- El concepto de peligrosidad criminal late igualmente en las decisiones de concesión de permiso. A este respecto el art. 156.1 RP señala que *“el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.”*

4º.- Informe de pronóstico final y libertad condicional.- El juicio de pronóstico final evaluativo de peligrosidad criminal se contempla con carácter general en el art. 67 LOGP fechas inmediatas a la liberación del penado, haya o no libertad condicional. Así resulta del art. 67 LOGP, que señala que *“concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.”*

En relación con a la libertad condicional adquiere particular relevancia dicho pronóstico final si es favorable de reinserción social en función de la evolución del proceso reeducador experimentado por el penado durante el cumplimiento material de la pena, en el art. 90.1.c) LOGP, que señala como requisito *“que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.”*

1.3.- EL INICIO DEL RECURSO A MEDIDAS PENALES COMPLEMENTARIAS POSTPENALES COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL DEL REO: LAS PENAS ACCESORIAS DE DETERMINADOS DELITOS.-

Hasta ahora hemos examinado las figuras penales, procesales y penitenciarias tradicionales en las que late el concepto de peligrosidad criminal, y hemos visto como en el año 2003 se articulan unas reformas introducidas por Leyes Orgánicas 7, 13 y 15/2003, que en estas figuras pretendieron formular una objetivación de la peligrosidad criminal vinculándola a la existencia de historial delictivo plasmado en antecedentes penales y procedimientos penales activos -que en terminología penitenciaria suelen aludirse como causas penales pendientes de sustanciación. Pero además, en el año 2003 se comenzó a asociar en alguna de las instituciones existentes –art. 78 CP- la peligrosidad criminal a los delitos de terrorismo e inscritos en el marco de grupos de crimen organizado, lo que se ha venido a confirmar en la reforma de la LO 5/2010, asociando el periodo de seguridad –art. 36.2 CP- a ciertas tipologías delictivas, y excluyendo *a limine* la posibilidad de reversión en tales casos al régimen general de cumplimiento, lo que sin embargo, y como suele suceder dada la necesidad de pragmatismo de los sistemas penitenciarios, no cierra las vías a otros cauces, como por ejemplo el del principio de flexibilidad – art. 100.2 CP.

Sin embargo, el legislador había comenzado a captar que la peligrosidad criminal del reo no tenía por qué quedar limitada por su neutralización a través de la pena privativa de libertad, y que podría llegar a trascender a la misma, desbordando incluso el límite temporal de ésta. El vehículo inicial utilizado ha sido el de las penas accesorias, pero no el de las penas accesorias de otras penas, sino el de las penas accesorias a determinados delitos, reguladas en el art. 57 CP.

En su redacción original, se disponía que los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual –ampliada a libertad e indemnidad sexuales y derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio en la reforma de la LO 15/1999-, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el

Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.

La reforma de la LO 15/1999 extendió las penas accesorias de las prohibiciones por un período de tiempo que no excedería de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 CP.

Así las cosas, asistimos en principio a una pena embrionaria de alejamiento limitada al lugar de comisión del delito o de residencia de la víctima y de su familia. Y el plazo era un máximo de cinco años, con la consecuencia de que para penas de prisión inferiores a esa cuantía podría trascenderlas, pero no si la pena de prisión excedía de cinco años. Pero la reforma de la LO 15/1999 la amplió a otras dos modalidades interdictivas: aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, comunicación con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Llegados a este punto, la reforma de la LO 15/2003, introdujo un principio esencial que supuso un paso definitivo en esta línea de actuación: introdujo un párrafo segundo, que ha permanecido inalterado hasta la fecha, conforme al cual *“no obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”*. El paso era decisivo: las tres prohibiciones, impuestas conjunta o separadamente, trascenderían definitivamente del término final de la pena de prisión, en unas magnitudes variables significativas según que el delito fuera grave o menos grave.

En otro orden de cosas, la reforma de la LO 15/2003 añadió un apartado 2, señalando que en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (lo que se circunscribía a la prohibición de aproximación a la víctima y a su familia) por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. límite

De este modo, el texto vigente contenido en el art. 57 aparece actualmente así:

En primer lugar, se contempla en el art. 57.1-I CP la facultad del tribunal para imponer las medidas de alejamiento del art. 48 en determinados delitos: *“los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.*

En segundo lugar, el art. 57.1-II CP contempla que en estos casos, las medidas de alejamiento si concurren con pena de prisión deben trascender necesariamente la magnitud misma de la pena de prisión: *“no obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.”*

En tercer lugar, el art. 57.2 CP contempla la imposición imperativa de la pena de prohibición de aproximación a la víctima o a los familiares que el tribunal establezca en los supuestos de delitos cometidos contra cónyuge o persona que haya estado ligada por análoga relación de afectividad y a determinados parientes o persona integrada en el círculo doméstico: *“en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.”*

Y finalmente, se contempla en el art. 57.3 la facultad discrecional del tribunal de imponer las penas de alejamiento en sus tres modalidades en caso de faltas de los arts. 617 y 620 CP: *“también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no*

excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620”.

De este modo, la regulación de las penas accesorias a ciertos delitos ha sido el primer paso avanzado por nuestro Código Penal a las medidas penales postprisionales de control de la peligrosidad criminal de criminales, neutralizada a través de su inoquización mediante el internamiento prisional, pero reactivada tras el licenciamiento definitivo y la excarcelación.

El segundo paso es el constituido por la libertad vigilada postpenitenciaria.

2.- LA LIBERTAD VIGILADA EN EL DERECHO COMPARADO.-

La existencia de previsiones sobre cumplimiento de medidas postpenales no es algo inédito en el derecho comparado.

2.1.- CODIGO PENAL FRANCÉS. EL SEGUIMIENTO SOCIOJUDICIAL.-

Se contempla la posibilidad de que en los casos previstos por la ley, el órgano jurisdiccional sentenciador podrá ordenar un seguimiento socio-judicial.

2.1.1.- Contenido.- El seguimiento socio-judicial llevará consigo para el condenado, la obligación de someterse a medidas de vigilancia y de asistencia destinadas a prevenir la reincidencia, bajo el control del *Juge d'application des peines*, por el periodo establecido por el órgano jurisdiccional sentenciador. Art. 131-36-1.

Las medidas de vigilancia aplicables a la persona condenada a un seguimiento socio-judicial serán las previstas en el artículo 132-44, esto es:

1º Responder a las convocatorias del *Juge d'application des peines* o del trabajador social designado;

2º Recibir las visitas del trabajador social y comunicarle las informaciones o documentos que le permitan controlar sus medios de vida y el cumplimiento de sus obligaciones;

3º Comunicar al trabajador social sus cambios de empleo;

4º Comunicar al trabajador social sus cambios de residencia o cualquier desplazamiento cuya duración exceda de quince días y dar cuenta de su regreso;

5º Obtener la autorización previa del *Juge d'application des peines* para cualquier desplazamiento al extranjero y, si pueden obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones, para cualquier cambio de empleo o de residencia

El condenado podrá asimismo quedar sometido por la sentencia condenatoria o por el *Juge d'application des peines* al cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 132-45, a saber:

1º Ejercer una actividad profesional o seguir unos cursos o una formación profesional;

- 2º Establecer su residencia en un lugar determinado;
- 3º Someterse a medidas de examen médico, de tratamiento o de cuidados, incluso en régimen de hospitalización;
- 4º Justificar que contribuye a las cargas familiares o que paga con regularidad las pensiones alimenticias de las que es deudor;
- 5º Reparar en todo o en parte, en función de su capacidad contributiva, los daños causados por la infracción, incluso en ausencia de resolución sobre la acción civil;
- 6º Justificar que en función de su capacidad contributiva paga las sumas debidas a la Hacienda Pública como consecuencia de la condena;
- 7º Abstenerse de conducir ciertos vehículos determinados por las categorías de los permisos previstos por el código de la circulación;
- 8º No dedicarse a la actividad profesional en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción;
- 9º Abstenerse de acudir a los lugares especialmente determinados;
- 10º No hacer apuestas, especialmente en los organismos de apuestas mutuas;
- 11º No frecuentar los lugares de despacho de bebidas;
- 12º No frecuentar a ciertos condenados, en especial, a los autores o cómplices de la infracción;
- 13º Abstenerse de entrar en contacto con ciertas personas, en especial la víctima de la infracción;
- 14º No tener ni portar armas;
- 15º En caso de infracción cometida con ocasión de la conducción de un vehículo terrestre de motor, seguir, a su costa, un curso de sensibilización en materia de seguridad del tráfico;
- 16º Abstenerse de difundir cualquier trabajo u obra audiovisual del que sea el autor o coautor y que verse en todo o en parte sobre la infracción cometida y abstenerse de cualquier intervención pública relativa a la infracción; lo dispuesto en el presente apartado no será aplicables sino en caso de condena por crímenes o delitos de atentado voluntario contra la vida, agresiones sexuales o atentados sexuales;
- 17º Reintegrar a sus hijos a aquellos a quienes se haya confiado su guarda por decisión judicial;
- 18º Seguir un curso de civismo.

Podrá igualmente quedar sometido a una o varias de las obligaciones siguientes:

- 1º Abstenerse de acudir a cualquier lugar o cualquier categoría de lugar especialmente señalado, y en particular a los lugares a los que acuden habitualmente menores;
- 2º Abstenerse de frecuentar o de entrar en contacto con ciertas personas o ciertas categorías de personas, y en particular con menores, con excepción, en su caso, de los designados por el órgano jurisdiccional;
- 3º No ejercer una actividad profesional o de voluntariado que implique un contacto habitual con menores

El presidente del órgano jurisdiccional, tras la adopción de la resolución, informará al condenado de las obligaciones que resulten de la misma y de las consecuencias que implicaría su inobservancia –art. 131-36.1.

2.1.2.- Momento de inicio.- Cuando el seguimiento socio-judicial acompañe a una pena privativa de libertad sin suspensión condicional, se aplicará, por el tiempo fijado en la sentencia condenatoria, a partir del día en que haya terminado la privación de libertad. Art. 131-36.5

2.1.3.- Duración.- La duración del seguimiento socio-judicial no podrá exceder de diez años en caso de condena por delito o de veinte años en caso de condena por crimen. Con todo, en materia correccional, la duración podrá elevarse a veinte años mediante resolución especialmente motivada por parte del órgano jurisdiccional sentenciador; cuando se trate de un crimen castigado con treinta años de reclusión criminal, la duración será de treinta años; cuando se trate de un crimen castigado con reclusión criminal perpetua, la *Cour d'assises* podrá decidir que el seguimiento socio-judicial se aplique sin limitación de tiempo, quedando a salvo la posibilidad de que el Tribunal de *l'application des peines* ponga fin a la medida tras la expiración del plazo de treinta años. Art. 131-36-1.

2.1.4.- Suspensión.- El seguimiento socio-judicial se suspenderá con ocasión de cualquier detención ocurrida en el curso de su ejecución –art. 136.1.5.

2.1.5.- Quebrantamiento de obligaciones impuestas.- La sentencia condenatoria establecerá igualmente la duración máxima de la pena de prisión a cumplir por el condenado en caso de inobservancia de las obligaciones que se le hayan impuesto. Esa pena de prisión no podrá exceder de tres años, en caso de condena por delito, y de siete años, en caso de condena por crimen. Art. 131-36-1.

2.2.- CÓDIGO PENAL ITALIANO.-

2.2.1.- Los delincuentes por tendencia.- Conforme al CP italiano, será declarado delincuente por tendencia quien, aun no siendo reincidente, delincuente habitual o profesional, cometa un delito no culposo contra la vida o la integridad física de las personas, (...) siempre que (...) revele una especial inclinación al delito, que encuentre su causa en la índole especialmente malvada del culpable” –art. 108 CPI.

2.2.2.- La libertad vigilada como medida de seguridad imponible juntamente con la pena.- Además de la pena, la declaración de tendencia a delinquir determina la imposición de medidas de seguridad, entre las que se encuentra la libertad vigilada, necesariamente en sentencia –art. 109 CPI.

Las que hayan sido impuestas junto a una pena privativa de libertad serán cumplidas después de la extinción de la pena –art. 211. No podrán ser revocadas mientras la persona sometida a ellas no deje de ser socialmente peligrosa y, para hacerlo, tiene que haber transcurrido el período mínimo previsto por la ley, que en el caso de los “delincuentes por tendencia” es de cuatro años -art. 217.

2.3.- CÓDIGO PENAL ALEMÁN: LA SUJECIÓN A VIGILANCIA DE AUTORIDAD.-

2.3.1.- Presupuestos de aplicación.- El Código Penal alemán establece que si alguien por un hecho punible previsto especialmente por la ley se le impone una pena privativa de la libertad a partir de seis meses, el tribunal podrá ordenar junto a la pena la sujeción a la vigilancia judicial, cuando exista el peligro de que el cometa más hechos punibles - § 68.1.

2.3.2.- Contenido de la orden de vigilancia.- El tribunal puede imponerle al condenado durante el tiempo de la sujeción a vigilancia de autoridad (supervisión del comportamiento) o durante un tiempo corto - § 68.b)

1ª. La obligación de no abandonar el lugar de domicilio o residencia o una determinada área sin el permiso del ente de vigilancia;

2ª. La obligación de no permanecer en determinado lugar en el que se le pueda ofrecer la oportunidad o el aliciente para cometer hechos punibles posteriores;

3ª. La obligación de no emplear, educar u alojar a determinadas personas o a personas de un grupo determinado, que le den la oportunidad o el aliciente para cometer hechos punibles posteriores;

4ª. La obligación de no desempeñar determinadas actividades que de conformidad con las circunstancias pueda aprovechar para cometer hechos punibles;

5ª. La obligación de no poseer, llevar consigo o de guardar determinados objetos que le puedan ofrecer la oportunidad o el aliciente para cometer hechos punibles posteriores;

6ª. La obligación de no tener o conducir vehículos automotores o determinada clase de vehículos automotores o otra clase vehículos que él según las circunstancias pueda aprovechar para hechos punibles;

7ª. La obligación de presentarse a una determinada hora ante el ente de vigilancia o ante una determinada entidad oficial.

8ª. La obligación de avisar inmediatamente al ente de vigilancia cada cambio del lugar de residencia o de la plaza de trabajo; o,

9ª. La obligación de presentarse en los casos de desempleo a la oficina de trabajo competente u a otra entidad intermediaria de empleo admitida oficialmente. El tribunal debe determinar exactamente en su orden la conducta prohibida o exigida.

Pero además el tribunal puede imponerle al condenado por la duración de la sujeción a vigilancia de la autoridad o por un periodo corto otras órdenes particularmente aquellas que se refieran a la educación, al trabajo, al tiempo libre a la organización de las condiciones económicas o al cumplimiento de los deberes de alimentos.

2.3.3.- Ente de vigilancia, asistente durante la libertad condicional -§ 68a.-

El condenado esta bajo la competencia de un ente de vigilancia; el tribunal designará para él, por la duración de la sujeción a vigilancia de autoridad un asistente de libertad condicional, a quienes podrá impartir instrucciones, y quienes se apoyaran respectivamente para ayudar y atender al condenado; en caso de disenso, entonces el tribunal decidirá lo que proceda.

2.3.4.- Duración de la sujeción a la vigilancia de autoridad (supervisión del comportamiento) -§ 68c.- La sujeción a vigilancia judicial (supervisión del

comportamiento) dura mínimo dos años y máximo cinco años. El tribunal puede acortar la duración máxima.

No obstante, el tribunal puede ordenar que la duración máxima se sobrepase y sea indefinida cuando el condenado no acate ciertas órdenes y deba temerse un peligro para la comunidad por la comisión de posteriores hechos punibles relevantes.

El tribunal acabará con la sujeción a vigilancia de autoridad cuando sea de esperar que el condenado también sin ella no cometa más hechos punibles. La terminación solo es permitida cuando por lo menos haya vencido la duración mínima legal.

2.4.- LA LIBERTAD VIGILADA EN LOS ESTADOS UNIDOS.-

En los Estados Unidos, desde los años noventa, la situación se orientó hacia una política criminal de inocuización articulada en la exclusión del delincuente sexual de la vida social, y se ha ido generalizando a otros tipos de delincuentes reincidentes, tomando como elemento común que el delincuente que hubiera cumplido su condena, deberá permanecer privado de libertad o en libertad vigilada, por su peligrosidad para la comunidad, por tiempo indeterminado hasta que dejara de representar un peligro. Los requisitos para adoptar esa medida varían de un Estado a otro, pero por lo común basta que su conducta haya afectado a dos o más víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia.

Además, el sistema de libertad vigilada se complementa con la existencia de registros públicos, que ofrecen información a la sociedad sobre la identidad y la localización de ciertos delincuentes sexuales, clasificando a los delincuentes peligrosos en tres niveles, con una relación directa entre esta variable y la amplitud del ámbito de quienes pueden recibir información, posibilitando que en casos de mayor peligrosidad todos los ciudadanos tienen derecho a recibir Información, lo que se materializa en que los datos están disponibles en internet facilitando la identidad del delincuente, su fotografía, su domicilio y la información sobre la condena.

Para quienes pueden encontrarse interesados en la libertad vigilada en el sistema comparado de los Estados Unidos de Norteamérica, así como en el resto de sistemas penales anglosajones (Reino Unido, Canadá y Australia), constan estudios más detallados en los Informes a los Anteproyectos de Reforma del Código Penal de 2006 y 2008, así como en algunos estudios doctrinales⁸.

3.- LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA: ANTECEDENTES EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.-

3.1.- EL CÓDIGO PENAL DE 1822.-

El CP de 1822 estableció como sexta (sic) pena no corporal “*la sujecion á la vigilancia especial de las autoridades*”, agregando en su art. 78 que “*el reo*

⁸ La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal. Vicente MAGRO SERVET

á quien se imponga la sujeción á la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligación de dar cuenta de su habitación y modo de vivir á la autoridad local, y de presentársele personalmente en los períodos que esta le prevenga; la cual podrá exigirle fianza de buena conducta cuando esta se hiciere sospechosa; y si no la diere, confinarle en un pueblo o parte de él donde pueda trabajar, y aun arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero sin excederse nunca del término señalado, á la sujeción del reo bajo la vigilancia de la misma autoridad”.

Se contemplaban reglas especiales para caso de concurso con la de muerte⁹, para reincidentes¹⁰, y se contemplaba como pena especial para ciertas conductas infractoras¹¹, y además como pena conjunta a cumplir tras la oportuna privación de libertad en el caso de los cabezas del motín o tumulto en el caso de que diez o más de los amotinados se hubieren presentado con armas de fuego, acero o hierro –art. 636 CP-, para todo el que fuera condenado por robo o hurto, por plazo de uno a cinco años –art. 754-; se asignaba como pena facultativa adicional a los reos de estafa y otros engaños-, por plazo de dos a cinco años –art. 772 CP- y a los reos de diversas modalidades de daños –art. 806- por plazo de uno a seis años.

3.2.- EL CÓDIGO PENAL DE 1848.-

El CP de 1848 estableció como modalidad –art. 24- de pena correccional *“la sujecion á la vigilancia de la autoridad”*, fijando su duración de siete meses a seis años –art. 25-, y en cuanto a su contenido aflictivo, el art. 42 señalaba que *“la sujecion á la vigilancia de la autoridad pública produce en el penado las obligaciones siguientes: 1ª. Fijar su domicilio, y dar cuenta de él á la autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma autoridad, dado por escrito. 2ª. Observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije. 3ª. Adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia”*, indicando a renglón seguido que *“siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la autoridad, se dará de ello cuenta al Gobierno.”* Para casos de

⁹ Así, el art. 113 piadosamente limitaba el cumplimiento de las penas a ésta, al señalar que *“en el caso de que algun reo haya de ser sentenciado por dos ó mas delitos, de los cuales el uno tenga señalada la pena de muerte, y los demas otras diferentes, sufrirá solamente la mayor”*; y si concurría con la de deportación, igualmente quedaba absorbida, como lo delataba el art. 114 CP, que señalaba que *“si el reo en el caso del artículo anterior mereciere pena de deportación por un delito, y por otro ú otros destierro, presidio, reclusion, prision, confinamiento, arresto, sujecion á la vigilancia, ú obligacion de dar fianza, solamente se le impondrá la primera pena”*. El mismo precepto permitía sin embargo el concurso de sanciones en otros casos, y así explicaba que *“el que por un delito merezca destierro, confinamiento, sujecion á la vigilancia, ú obligacion de dar fianza, y por otro obras públicas, presidio, reclusion, prision ó arresto, sufrirá estas últimas penas respectivamente, y despues será desterrado, confinado a sujeto á la vigilancia, ú obligado á dar la fianza”*.

¹⁰ El art. 119 señalaba que para los casos de reincidencia en la imposición de la pena de sujeción a la vigilancia, la misma se impondría con tres meses de arresto; y la segunda vez, con un año de arresto

¹¹ Entre otros el pensamiento y la resolución de delinquir cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, en los casos que determine la ley –art. 9. Además, los delitos de propagación pública de doctrinas o máximas contrarias a alguno de los dogmas de la religión católica apostólica y romana, salvo que el reo fuera extranjero no católico –art. 229 CP-; la proposición de delitos de traición –art. 248-; rebeldes y sediciosos que se hubieran sometido al primer requerimiento –art. 292-, entre otros.

incumplimiento, el art. 124 señalaba que *“el sometido á la vigilancia de la autoridad que faltare á las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor.”*

Dicho Código Penal señalaba en su art. 45 que *“la gracia de indulto no produce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y derechos políticos, ni exime de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitacion ó exencion en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos.”* Y una sucesión de preceptos asignaban esta pena a otras conforme al principio de accesión¹². Se incluía además respecto de las escalas graduales del art. 79 en cuanto a la determinación de las penas superiores e inferiores en grado.

3.3.- EL CÓDIGO PENAL DE 1928.-

El Código Penal de 1928 introdujo en nuestro sistema penal el sistema de las medidas de seguridad, y en el art. 90.13^a contempló *“el sometimiento del delincuente a la vigilancia de la Autoridad”*.

Sobre su aplicación, el art. 107 CP señalaba que *“los Tribunales, en los casos en que por la gravedad del delito o condición del delincuente lo consideren oportuno, podrán acordar en las sentencias que, por los encargados de su ejecución, cuando aquél haya cumplido la pena, se advierta a las Autoridades gubernativas el peligro social que represente, por si éstas entendieren que, dentro de sus facultades, deben adoptar medidas de vigilancia especial.”*

3.4.- LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES.-

3.4.1.- Supuestos de aplicación de estado peligrosidad.- La ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933 estableció en su art. 2¹³ que podrían ser

¹² El art. 50 CP señalaba que *“la pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua, y sujecion de aquel á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida”*, y el art. 51 añadía que *“las penas de argolla y degradacion civil llevan consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua, y sujecion á la vigilancia de la autoridad, durante la vida de los penados”*, solución que se extendía a los condenados a cadena perpetua caso de obtención del indulto – art. 52- y lo propio a los condenados a reclusión perpetua –art. 53- para el caso igualmente de indulto-, así como de manera perpetua a los condenados a penas de cadena temporal –art. 55 CP- y presidio mayor –art. 56-, una vez cumplida dichas penas; y por el tiempo equivalente a la pena impuesta, una vez cumplida la misma, en el caso de las penas de reclusión, relegación y extrañamiento temporales, presidio menor y correccional y confinamiento mayor –art. 57.

¹³ “Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley, y entre otros supuestos contemplaba :

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que no justifiquen cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia de dinero o efectos que hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia.

Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados.

Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma.

Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales.

declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley, a los que observasen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales; añadiendo en su apartado 3 que también estarían sometidos a los preceptos de esta Ley:

Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal

Segundo. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente.

3.4.2.- Medidas de seguridad aplicables.- Se contemplaba además en el art. 4 un catálogo cerrado conforme a sistema de *numerus clausus* de medidas de seguridad –imponibles, revisables y cesables exclusivamente por los Tribunales (art. 5 LVM)- que podían ser privativas de libertad¹⁴ y no privativas de libertad¹⁵, entre las cuales destacaban:

En primer lugar, la obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado por el tiempo que establezcan los tribunales.

En segundo lugar, la prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designase, conforme a la cual el sujeto a esta medida quedaba además obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que experimente.

Y finalmente, la sumisión a la vigilancia de la autoridad, que en concreto se ejercía por delegados especiales, y que tenía pretendidamente un carácter tutelar y de protección, cuidando los delegados de proporcionar trabajo a los sujetos a esta medida, según su aptitud y conducta; los sujetos a esta medida debían acatar y cumplir las disposiciones acordadas por sus delegados de vigilancia, pudiendo el Tribunal acordar el internamiento en caso de incumplimiento reiterado o si se revelaba que la medida era ineficaz, sin cómputo de la medida transformada.

Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vinos o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual.

Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos u ocultaren los propios,

Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional,

Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales.”

¹⁴ Se contemplaban entre estas el internamiento en un Establecimiento de régimen de trabajo o Colonias agrícolas por tiempo indeterminado, que no podría exceder de tres años; el internamiento en un Establecimiento de custodia por tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años; y el aislamiento curativo en Casas de Templanza por tiempo absolutamente indeterminado.

¹⁵ Y además, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, multa de 250 a 10.000 pesetas, que se regulará conforme a los preceptos del vigente Código Penal, e incautación y pérdida en favor del Estado, de dinero o efectos

3.5.- LA LEY 16/1970, DE 4 DE AGOSTO, SOBRE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL.-

3.5.1.- Supuestos de peligrosidad social.- A su vez, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, establecido en su arts. 2, 3 y 4¹⁶, entre otros, los siguientes:

En primer lugar, los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la retirada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva.

En segundo lugar, los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal previa expresa declaración de su peligrosidad social.

3.5.2.- Medidas de seguridad aplicables.- Se contemplaba además en el art. 4 igualmente un catálogo cerrado de medidas de seguridad, que podían ser privativas de libertad¹⁷, o no privativas de libertad¹⁸, reproduciéndose los tres

¹⁶ Son supuestos del estado peligroso los siguientes:

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad.

Cuarto. Los que habitualmente ejerzan la prostitución.

Quinto. Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología.

Sexto. Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.

Séptimo. Los ebrios habituales y los toxicómanos.

Octavo. Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente posean las sustancias indicadas.

Noveno. Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas.

Décimo. Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva.

Undécimo. Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión.

Duodécimo. Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello.

Decimotercero. Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa.

Decimocuarto. Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos.

Decimoquinto. Los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la retirada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva.

A su vez, el art. tercero, añadía que serían de aplicación los preceptos de esta Ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono y por la carencia de tratamiento adecuado, significasen un riesgo para la comunidad.

Finalmente, el art. cuarto, concluía indicando que también podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal previa expresa declaración de su peligrosidad social.

¹⁷ Se contemplaban así, en primer lugar, el internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo adecuado a la personalidad del sujeto peligroso dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se estableciese, por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años,

supuestos de la Ley de Vagos y Maleantes antes citados, así como las medidas antecedentes de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

3.6.- LA REGULACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 ENERO 2000, QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.-

En la regulación de la LORPM se regulan en su art. 7.1 diversas medidas que se asimilan a la libertad vigilada.

3.6.1.- Libertad vigilada.- Conforme al art. 7.1.h), *“en esta medida 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, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale 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. La persona sometida a la medida también queda obligada 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:*

1ª 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.

2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

cuando se trate de internamiento en establecimiento de custodia, y por el tiempo mínimo que fijase la sentencia o el auto de revisión y máximo de tres años, cuando se impusiera internamiento en establecimiento de trabajo; en segundo lugar, el internamiento en un establecimiento de reeducación por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años; en tercer lugar, el internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación o hasta que, en su defecto, cese el estado de peligrosidad social; en cuarto lugar, el arresto de cuatro a diez fines de semana; y finalmente, el aislamiento curativo en casas de templanza hasta la curación.

¹⁸ Se incluían la sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación, la privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a un mes ni superior a dos años, la clausura del establecimiento de un mes a un año, la obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años, la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designase por máximo de cinco años, quedando el sujeto prevenido obligado a declarar el domicilio que escoja, y los cambios que se produzcan; la prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas, durante el tiempo que se fijase, no superior a cinco años, la expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros, que no podría volver a entrar en España durante el plazo de cinco años; la reprobación judicial; la sumisión a la vigilancia de la autoridad por plazo entre uno y cinco años, que sería ejercida por delegados especiales, inspirada en principios tutelares y de protección, quedando los delegados obligados a proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia; la multa de mil a cincuenta mil pesetas; y finalmente, la incautación, en favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan.

3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

3.6.2.- Tratamiento ambulatorio.- Conforme al art. 7.1.e), “las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.”

3.6.3.- Asistencia a un centro de día.- Conforme al art. 7.1.f), “las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.”

3.6.4.- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.- Conforme al art. 7.1.i), “esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.”

3.6.5.- Realización de tareas socio-educativas.- Conforme al art. 7.1.j), 2ª persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.”

3.6.6.- Posibilidad de aplicar la libertad vigilada –en sentido estricto- como medida cautelar.- El sistema de justicia juvenil permite aplicar la libertad vigilada como medida cautelar –art. 28.1-II LOPRPM.

3.7.- EL CADUCADO PROYECTO REFORMA DEL CODIGO PENAL DE 2006.-

El proyecto de reforma del Código Penal de 2006 intentó introducir la libertad vigilada, sobre las bases siguientes:

3.7.1.- Su configuración como pena menos grave privativa de derechos y su contenido afflictivo.- El PRCP de 2006 configuró en primer lugar la libertad vigilada como una nueva pena privativa de derechos –art. 39.j) CP-, con una duración comprendida entre seis meses a un año, encuadrada entre las penas menos graves –art. 33.3.n) CP-, y configurando su contenido sobre el exclusivo deber del penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización –art. 48.4 CP-, pudiendo acordar el Tribunal que el control se realizara a través de medios electrónicos –art. 48.5 CP.

No se regulaba como pena leve, y además en su configuración como elemento de intervención sobre reos reincidentes y habituales podría alcanzar los dos años, como veremos; el informe del CGPJ la cuestionó como una pena de perfil plano y de muy escasa capacidad correctora o rehabilitadora, pues no se alcanza a ver qué influencia positiva puede ejercer una medida de contenido tan tenue en la formación de la personalidad del reo, dado que no conlleva ni un reforzamiento externo de sus habilidades sociales y adaptativas ni un control real de su conducta..

3.7.2.- Su configuración como pena sustitutiva.- En segundo lugar, el PRCP 2006 estableció además la posibilidad de su aplicación como pena sustitutiva de penas de prisión que no excedieran de 2 años –art. 88.1.c) CP.

El Informe del CGPJ censuró esta opción de pena, calificándola de sumamente desaconsejable, al implicar una volatilización de la respuesta penal, con grave detrimento de las exigencias de afirmación del ordenamiento jurídico conculcado, y anticipó que en su aplicación práctica generaría además la anormal circunstancia de que la imposición de esta pena sustitutiva de la prisión devendría menos gravosa e intervencionista que la concesión de un beneficio penal como es la suspensión condicional, que lleva aparejado cuando se aplica a la pena de prisión la posibilidad de que el Juez o Tribunal vincule su otorgamiento cuando lo estime necesario al cumplimiento de ciertas obligaciones y reglas de conducta. Sin embargo, si se la dotaba de ese contenido plural con reglas de conducta plurales, afirmaba su idoneidad, en especial respecto de penados menores de 25 años.

3.7.3.- Su configuración como medida de cumplimiento adicional a la pena de prisión reos reincidentes y habituales.- Dicho Proyecto contemplaba además en el art. 94 CP que respecto de los reos reincidentes y habituales los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal y las demás partes, les impondrían, en sentencia, alguna de las siguientes medidas: 1ª Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta; 2ª Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro

quintas partes de la condena impuesta; 3ª El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años; 4ª Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años; y 5ª, finalmente, cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código, señalando que a los efectos indicados se considerarían reos habituales los que al delinquir hubieran sido anteriormente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo; no obstante lo anterior, la habitualidad también podría ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia.

El informe del CGPJ tildó la solución como de fraudulenta, indicando que si se deseaba huir del fraude de etiquetas, resultaría conveniente llamar a las cosas por su nombre, y el que mejor cuadra a esta segunda función de la libertad vigilada es el de medida de seguridad, confrontada como aparece a un estado de peligrosidad materializado en la tendencia del culpable a la reiteración delictiva, señalando la inexistencia de obstáculos dogmáticos para una reforma legal en el sentido indicado.

3.7.4.- Su configuración como medida de seguridad.- Finalmente, el PRCP 2006 configuró la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad –art. 96.3.12ª CP.

3.8.- LA COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA EN DELITOS GRAVES (COMISIÓN MENA) Y SUS CONCLUSIONES.-

El día 22 de mayo de 2007 los Diarios El Mundo y El País informaron que el día anterior, Alejandro Martínez Singul, conocido como el 'segundo violador del Eixample' había sido excarcelado tras cumplir 16 años de condena -cinco violaciones, cinco agresiones sexuales y cuatro intentos de agresión- en el centro penitenciario de Quatre Camins, en la Roca del Vallès (Barcelona), pese a que el Departament de Justicia había alertado a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y a los Mossos de que no se encontraba rehabilitado. Durante sus 16 años de condena el penado se había sometido "sin éxito" al programa especial para la rehabilitación de delincuentes sexuales. Martínez Singul fue condenado en octubre de 1992, cuando tenía 25 años, a 65 años de cárcel en cumplimiento del antiguo Código Penal y se había beneficiado de redenciones progresivas de la pena. Según informaron fuentes de los Mossos d'Esquadra, el departamento de Justicia les había alertado de la liberación de Martínez Singul, que durante estos 16 años no ha obtenido ningún permiso ante el riesgo de reincidencia y que pese a pasar por un programa de control de conductas agresivas no se le da por rehabilitado. Según la prensa, Singul padecía una neurosis grave rayana en la psicosis que, no obstante, no afectó de forma importante a su voluntad de actuar de forma consciente en el momento de cometer los hechos, según se recogía en la sentencia en la que se le condenaba. En este sentido, el tribunal señaló en el fallo que Martínez Singul tenía la capacidad para discernir sobre el alcance y trascendencia de

sus actos, por lo que no ordenó su internamiento en un centro psiquiátrico como solicitó la defensa. Martínez Singul recibió el sobrenombre del segundo violador del Eixample porque todos los delitos por los que fue juzgado se cometieron en este barrio de Barcelona, el mismo lugar donde a principios de los años 80 se produjo una cadena de violaciones cometida por Francisco López Maíllo, el violador del Eixample, que fue condenado a 592 años de prisión.

A raíz de esta circunstancia, la fiscal jefe del TSJC y la consellera de Justicia, Montserrat Tura, acordaron crear una comisión de expertos que estudiase medidas para prevenir la reincidencia en delitos graves. Según explicó Compte durante la rueda de prensa en su momento, la medida a la que recurría actualmente la Fiscalía para prevenir la reincidencia en delitos graves era 'recordar a la Policía su función de prevención' y ordenar la vigilancia de ex reclusos con posibilidades de volver a delinquir que ya han obtenido la libertad definitiva, salvaguardando siempre sus derechos fundamentales.

En virtud de RESOLUCIÓN JUS/2362/2007, de 24 de julio, se creó la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves y se nombró a sus miembros¹⁹.

La Comisión formuló diez recomendaciones, y como sexta, señaló la conveniencia de la reforma del Código Penal en el sentido de añadir la vigilancia de conducta entre las medidas que puede acordar el juez o el tribunal a la hora de dictar sentencia condenatoria, y pese a que su naturaleza material más próxima a las medidas de seguridad, podría ser, si procede, adoptada bajo la fórmula, ya existente en el Código Penal, de las penas accesorias. Esta medida, que se impondría junto con la pena correspondiente al tipo de delito cometido, debería estar prevista legalmente de manera limitada en una lista determinada de delitos y sometida a límites precisos de duración en función de la gravedad del delito. La concreción de las obligaciones que se impondrían al condenado se debería dejar en manos del órgano judicial competente.

4.- LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA: SUS PERFILES NORMATIVOS VIGENTES.-

La regulación legal de la libertad vigilada postpenitenciaria parte de los principios siguientes:

En primer lugar, se trata de una modalidad de la libertad vigilada, y por consiguiente es una medida de seguridad no privativa de libertad –art. 96.3.3ª CP. Finalmente, no prosperaron los perfiles del APRCP de 2008 que había

¹⁹ 2. La Comisión para el estudio de medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves estba integrada por el presidente –José María MENA ÁLVAREZ- y 13 vocales -Roser Bach Fabregó, Ángel Cuquerella Fuentes, Miquel Esquiús Miquel, Ramon García Albero, Cristóbal Martell Pérez-Alcalde, Joan Carles Navarro Pérez, Milagros Pérez Oliva, Jordi Pou Fernández, Francesca Puigpelat Martí, Carlos Ramos Rubio, Eduard Ruiz Castañé, Josep M. Tamarit Sumalla, y Joan Xirau Serra, director del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, que actuó como vocal adjunto al presidente de la Comisión.

persistido en la pretensión del APRCP 2006 de configurarla como pena privativa de derechos, menos grave –de uno a cinco años- o grave .-más de cinco años- y como pena accesoria, eso sí, específicamente en los delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexuales, de uno a diez años si el delito era menos grave, y de diez a veinte si era grave.

En segundo lugar, su imposición es imperativa para el Juez o Tribunal en los casos legalmente previstos, ya que conforme al art. 106.2-I CP *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.”*

En tercer lugar, su contenido material se traduce en un control judicial al que se somete al condenado, de contenido variable, articulado en su concreción en ciertas reglas de conducta tasadas, esto es, deberes, mandatos o prohibiciones. Dichas reglas de conducta deben ser seleccionadas de entre un catálogo cerrado. Así resulta del art. 106.1 CP, conforme al cual *“la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:*

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.”

En cuarto lugar, si bien la imposición de la medida se realiza en sentencia, la concreción de las reglas de conducta se realiza en virtud de un procedimiento articulado sobre la base de una propuesta del Juez de Vigilancia, en base a la cual se adopta una resolución dictada por el Juez o Tribunal sentenciador. Así resulta de lo dispuesto en el art. 106.2-II CP, conforme al cual *“en estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda*

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

En quinto lugar, como medida de seguridad que es la libertad vigilada, se somete al principio de revisabilidad periódica, que se concreta en el sistema de propuestas con periodicidad máxima anual del Juez de Vigilancia penitenciaria y resolución del Juez o Tribunal sentenciador, asimilado al de las medidas de seguridad privativas de libertad. Así resulta del art. 98.1 CP, conforme al cual *“a los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.”*

En sexto lugar, como sucede en toda medida de seguridad, la libertad vigilada postpenitenciaria tiene un límite temporal máximo de cumplimiento, pero nada obsta para que en función de la desaparición de la peligrosidad criminal pueda acordarse su término con anterioridad, e incluso en el momento inicial previsto para la concreción de reglas de conductas –arts. 106.3.b) y c) en relación con art. 98.1 CP. Finalmente, no prosperaron los perfiles del APRCP de 2008 que había atribuido al Juez de Vigilancia la concreción de las reglas, y el control de su observancia, con posibilidad de reducción y término en caso de pronóstico favorable de reinserción social.

Y finalmente, la conculcación de las reglas de conducta determina la posibilidad de incurrir en delito de quebrantamiento de condena, sin perjuicio de la vigencia de la propia libertad vigilada postpenitenciaria, con mantenimiento o modificación de las mismas –art. 106.4 CP: *“en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.”*

4.1.- VIGENCIA DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN GENERAL Y DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA EN PARTICULAR Y LA CUESTIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD.-

4.1.1.- Vigencia de la peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad en general y de la libertad vigilada pospenitenciaria en particular.- El principio general que fundamenta la existencia de una medida de seguridad es la peligrosidad criminal del reo que ha cometido un hecho delictivo. Así resulta del art. 6.1 CP, conforme al cual *“las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”*. Dicho precepto se complementa y desarrolla en el art. 95.1 CP, conforme al cual *“las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.”*

De este principio se desprenden tres proyecciones básicas, rectoras de las medidas de seguridad en general, y que deberán ser tenidas muy en cuenta a la hora de la aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria:

En primer lugar, que la propia imposición de la medida de seguridad queda atada a la constatación de una peligrosidad criminal del reo.

En segundo lugar, que la selección de las reglas de conducta en que se articula la libertad vigilada, debe anudarse al control de la peligrosidad criminal del reo.

Y finalmente, que la vigencia de las reglas de conducta, y de la propia libertad vigilada, se asocia a la pervivencia de una peligrosidad criminal del reo.

4.1.2.- La cuestión de su constitucionalidad.- Se ha dicho que la configuración de la libertad vigilada subsiguiente a la pena de prisión dada por la LO 5/2010, contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional derivada de las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero, que establece que un único hecho no puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad²⁰.

Esta conclusión no puede actualmente compartirse.

La STC 159/1985 no proscribió que un único hecho 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, pues conforme a esa afirmación sería inconstitucional la previsión del art. 104 CP. Lo que esta STC dice es que el principio *non bis in idem* impide que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancionen repetidamente la misma conducta, porque ello dejaría abierta la posibilidad, contraria a aquel

²⁰ Conclusiones del Seminario Encuentro de jueces/zas de vigilancia penitenciaria, fiscales e instituciones penitenciarias (Madrid, 13, 14 y 15 de abril de 2011).

derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado²¹.

La STC 23/1986 tampoco proscribió que un único hecho puede ser causa de una pena y una medida de seguridad –aunque es cierto que se desliza la afirmación, fuera del contexto de la *ratio decidendi*- sino que lo que rechazó la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal²².

La STC 21/1987, de 19 de febrero, tampoco proscribió que un único hecho puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sino que reitera básicamente lo anterior, señalando que la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal²³.

²¹ La STC 159/1985 señala textualmente: “El principio «non bis in idem», al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\21), fundamento jurídico cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la norma fundamental. Es cierto que la regla «non bis in idem» no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancionen repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)”.

²² La STC 23/1986 señala textualmente: “Este planteamiento cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por razón del delito; y adquiere en el caso actual una relevancia especial al estar integrado el supuesto de estado peligroso del art. 2.º 8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en un «tipo de hecho» propio del campo de la pena. Se está contemplando en el mencionado precepto «hechos» ya recogidos y sancionados por el Código Penal en su art. 344. Se entronca la cuestión con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y, en el caso, dada la identidad de tipos definidos en los arts. 2.º 8 y 344 mencionados, con el principio non bis in idem, principio que aunque no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, nada impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, como hemos dicho últimamente en la Sentencia del 27 de noviembre de 1985 -publicada en el «Boletín Oficial» del 17 de diciembre (RTC 1985\159)-, porque el principio en cuestión está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 de la Constitución. La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem , íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hechos igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».”

²³ La STC 21/1987 señala textualmente: “Como se dijo en la Sentencia 23/1986, de 14 de febrero, recaída en un asunto sustancialmente igual, el planteamiento anterior cuestiona, en términos generales, la

Ni los dos informes del CGPJ ni los del Consejo Fiscal han cuestionado la constitucionalidad de la medida, y cuando la doctrina ha abordado este problema, aun sin ciertas críticas a algunos aspectos²⁴, tampoco se ha cuestionado seriamente su inconstitucionalidad, sin que sea factible invocar la STEDH de 17 de diciembre de 2009 -caso M. contra Alemania-, ya que la misma se refiere la figura del internamiento en custodia de seguridad, regulado en el § 66 del Código Penal Alemán²⁵, que se refiere a una medida privativa de

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

²⁴ LA LIBERTAD VIGILADA Y EL DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD, Nicolás GARCÍA RIVAS, RGDP 16 (2011) 1-27 lustel.

²⁵ **§ 66. Internamiento en custodia de seguridad.-**

(1) Si alguien ha sido condenado por un hecho punible doloso a pena privativa de la libertad de dos años como mínimo, entonces el tribunal ordenará junto con la pena la internación en custodia de seguridad, cuando:

1. el autor haya sido condenado dos veces a una pena privativa de la libertad de dos años mínimo, por hechos punibles dolosos cometidos con anterioridad al nuevo hecho,
2. el autor haya cumplido por lo menos dos años de pena privativa de la libertad por uno o varios hechos antes del nuevo hecho, o cuando se haya encontrado cumpliendo una medida de privación de libertad de corrección y seguridad; y,
3. de la valoración en conjunto del autor y de sus hechos resulta que como consecuencia de su inclinación para cometer hechos antijurídicos relevantes, especialmente aquellos en los que la víctima resulte perjudicada gravemente síquica o corporalmente o causen graves perjuicios económicos y es peligroso para la comunidad.

(2) Si alguien ha cometido tres hechos punibles dolosos por los que haya incurrido en cada caso en pena privativa de la libertad de por lo menos un año y siendo condenado por uno o más de estos hechos a pena privativa de la libertad temporal de tres años mínimo, entonces el tribunal puede ordenar bajo los presupuestos indicados en el inciso primero numeral tercero junto a la pena la custodia de seguridad, incluso sin anterior condena o privación de la libertad. (inciso primero numerales 1 y 2).

(3) Si alguien por un crimen o por un hecho punible conforme a los §§ 174 hasta 174c, 176, 179 inciso 1 a 3, § 180, 182, 224, 225 inciso 1 o 2 o según el § 323a, por cuanto el hecho se ha cometido en embriaguez constituye un crimen o uno de los hechos antijurídicos anteriormente citados y ha sido condenado a una pena privativa de la libertad temporal de por lo menos dos años, entonces el tribunal puede ordenar junto con la pena la custodia de seguridad, cuando el autor por uno o más de tales hechos punibles que ha cometido antes del nuevo hecho ha sido condenado ya a una pena privativa de la libertad de por lo menos tres años y se llenan los presupuestos precisados señalados en el inciso primero numeral segundo y tercero. Si alguien ha cometido dos hechos punibles de los mencionados en la primera frase y ha incurrido a través de ellos en cada caso en una pena privativa de la libertad de por lo menos dos años y ha sido condenado por uno o más de esos hechos a pena privativa de la libertad temporal de por lo menos tres años, entonces el tribunal puede imponer bajo los presupuestos establecidos en el inciso primero numeral tres junto a la pena la custodia de seguridad también sin una condena anterior o sin una pena privativa de la libertad. Los incisos primero y segundo quedan invariables.

(4) En el sentido del inciso primero numeral primero se aplica una condena a pena global como única condena. Si se abona una prisión preventiva u otra pena privativa de la libertad a la pena privativa de la libertad entonces vale como pena cumplida en el sentido del inciso primero numeral segundo. Un hecho anterior permanece fuera de consideración cuando entre él y el hecho siguiente han pasado más de cinco

libertad, y en su fundamentación jurídica, el TEDH señala que el art. 5.1 a) del Convenio preve la legitimidad de la privación de libertad únicamente si tiene como antecedente “una sentencia dictada por un Tribunal competente”, y entiende que no existía esa relación de causalidad entre la condena de 1986 y la prolongación de la custodia de seguridad en 2001, porque esta última no habría tenido lugar sin una reforma legal realizada en 1998, que en este caso se aplicaba retroactivamente en contra del reo. Este pronunciamiento -que ha sido reiterado hasta en tres nuevas sentencias del TEDH²⁶- ha determinado reformas legales por vía de urgencia, porque el Tribunal Constitucional Alemán, en sentencia de 4 de mayo de 2011, ha derogado la normativa sobre la custodia de seguridad considerándola lesiva de derechos fundamentales, contradiciendo la sentencia de 5 de febrero de 2004, anunciando ahora que dicha posibilidad sólo se aplicará cuando el sujeto sufra una grave enfermedad mental²⁷.

4.2.- LAS INNOVACIONES PRINCIPALES EN EL SISTEMA PENAL DERIVADAS DE LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA.-

Ya hemos visto como la libertad vigilada postpenitenciaria se ha configurado como una medida de seguridad no privativa de libertad, pero su regulación va a representar dos innovaciones en nuestro sistema penal: la primera, que rompe el principio de que la medida de seguridad se aplica en supuestos de peligrosidad criminal exclusivamente asociados a causas de exclusión de la culpabilidad, o de limitación muy considerable de la misma; y la segunda, que en caso de concurrencia con penas, ya no existe vicariedad con cumplimiento priorizado de la medida de seguridad, con abono de su duración –a la vista de la vicariedad- al de la pena.

4.2.1.- La superación del principio de correlación peligrosidad criminal asociada a la exclusión o limitación muy considerable de la culpabilidad.-

La novedad principal representada por la libertad vigilada postpenitenciaria es la ruptura de la ecuación causa de exclusión de la culpabilidad es igual a fuente potencial de peligrosidad criminal, y concretada la existencia de la misma, causa de imposición de medidas de seguridad. Esta concepción está claramente asentada en los arts. 101 a 105 CP, ya que al regular a quien se aplica las medidas de seguridad y cuáles deban imponerse, siempre se asocia a la concurrencia de exención de responsabilidad de los arts. 20.1º, 2º y 3º CP para aplicar medidas de internamiento –arts. 101 a 103 CP-, o de semiexención de responsabilidad para aplicar medidas de internamiento –art. 104 CP- o bien medidas no privativas de libertad –art. 105 CP.

años. En el plazo no se incluirá el tiempo en el que el autor este custodiado en un establecimiento por una orden oficial. Un hecho que haya sido tribunal fuera del ámbito de validez de esta ley se equipara a un hecho tribunal dentro de este ámbito cuando éste fuera según el derecho penal alemán un hecho doloso en los casos del inciso tercero, uno de la clase de hechos punibles señalados en el inciso tercero frase primera.

²⁶ Las tres sentencias son de 13 de enero de 2011: Kallweit c. Alemania, Mautes c. Alemania y Schummer c. Alemania.

²⁷ LA LIBERTAD VIGILADA Y EL DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD, Nicolás GARCÍA RIVAS, RGDP 16 (2011) 1-27 lustel.

Esta ecuación o regla queda dinamitada con la libertad vigilada postpenitenciaria. Conforme al art. 106.2-I CP, *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.”*

La libertad vigilada postpenitenciaria presupone la existencia de una pena, y las penas se imponen a las personas culpables de delitos y faltas. Luego la libertad vigilada es una medida de seguridad imponible no ya solo a personas exentas o semiexentas de responsabilidad por exclusión o limitación considerable de su culpabilidad, sino en el caso específico de la libertad vigilada postpenitenciaria a personas que pueden ser –y lo son- perfectamente responsables de sus actos, perfecta y plenamente culpables de los delitos que cometen, y en definitiva, si se imponen es porque la propia comisión del delito en sí mismo considerado conlleva una presunción legal de peligrosidad criminal, lo que obliga a imponer en sentencia *a priori* este control de la persona del reo tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Esto nos obliga nada menos que a reconsiderar la propia definición de las medidas de seguridad, si queremos incluir la libertad vigilada postpenitenciaria, y la misma tan solo queda atada ya a la peligrosidad criminal del reo, y no a la exclusión o limitación considerable de la culpabilidad del reo.

Hasta el 23 de diciembre de 2010 podíamos definir en el sistema penal español las medidas de seguridad como aquellas consecuencias jurídicas penales principales, previstas por la ley frente a la comisión de un hecho delictivo, en cuya virtud se priva de un determinado derecho al sujeto, no en función de su culpabilidad –porque carece de ella en absoluto, o bien la conserva pero notablemente limitada o reducida- sino en base a su peligrosidad criminal -exteriorizada con la comisión de ese delito- apareciendo en todo caso la privación del derecho como imprescindible en orden a controlar esa peligrosidad criminal.

Desde el 23 de diciembre de 2010 tenemos que definir las medidas de seguridad como aquellas consecuencias jurídicas penales principales previstas por la ley frente a la comisión de un hecho delictivo en cuya virtud se priva de un determinado derecho al sujeto, no en función de su culpabilidad sino en base a su peligrosidad criminal -exteriorizada con la comisión de ese delito- apareciendo en todo caso la privación del derecho como imprescindible en orden a controlar esa peligrosidad criminal.

4.2.2.- La superación de la ecuación concurrencia de penas y medidas de seguridad-prioridad de cumplimiento de la medida de seguridad-abono de cumplimiento a la pena por vicariedad de la medida de seguridad.- En el sistema penal español se suele afirmar que asistíamos no a un sistema dualista sino vicarial, con cumplimiento priorizado de la medida de seguridad cuyo cómputo sería abonable a la pena, por su vicariedad. Aunque esta afirmación es cierta conforme al art. 104.1 CP, es mucho más que dudoso que fuera correcta en los casos de concurrencia de penas y medidas de seguridad impuestas en distintas causas penales.

La afirmación era perfectamente asumible en los casos de aplicación del art. 104.1 CP, complementado con el art. 99 CP. Conforme al art. 104 CP, *“en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.”* A su vez, el art. 99 CP dispone que *“en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.”*

Conviene dejar claro así que la vicariedad quedaba afirmada respecto de la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, y que nada se decía de las no privativas de libertad. Pero además la aplicación biológica real del precepto siempre lo ha limitado a los supuestos del art. 104.1 CP, esto es, penas y medidas de seguridad privativas de libertad impuestas en una misma sentencia, de suerte que en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad impuestas por distintos tribunales, o incluso por un mismo tribunal en distintas causas, lo usual es que se haya seguido el principio general de cumplimiento sucesivo según mayor onerosidad –primero, medidas penales privativas de libertad, y luego las demás- y a igualdad de privaciones de libertad, el principio de cumplimiento conforme al orden de recepción de los mandamientos y liquidaciones de condena. De este modo, es muy usual en nuestros Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios que, cumplida una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, y pendiente el cumplimiento de una pena de prisión, se haya solicitado la aplicación del art. 60 para la pena sobrevenida tras el inicio de la medida de seguridad.

Pues bien, la libertad vigilada postpenitenciaria como se ha visto supone concurrencia de pena y medida de seguridad; y la clave de orden de cumplimiento es precisamente el inverso: prioridad de la pena, y por supuesto, inexistencia de vicariedad.

4.3.- SUPUESTOS DE IMPOSICIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA.-

Hemos examinado cómo la libertad vigilada postpenitenciaria es una medida de seguridad que parte de la responsabilidad del reo, pero que se impone en base a la peligrosidad criminal del reo. La previsión del art. 106.2-I CP –*“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”*- presupone que la libertad vigilada postpenitenciaria es una medida de seguridad no privativa de libertad, que la imposición de la misma debe hacerse en sentencia como consecuencia del

principio de postdelictualidad del art. 6.1 CP, que responde a su vez a una exigencia de nuestro sistema constitucional, en concreto del art. 25.1 CE, como tuvo ocasión de establecer la STC 23/1986, de 14 de febrero, anatemizando de futuro las medidas de seguridad predelictuales, que aun en aquellas fechas existían con cobertura en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

Sentado lo anterior, los términos del precepto examinado sujetan su imposición en sentencia a supuestos expresamente contemplados en el Código Penal, en donde inexorablemente de sancionarse penalmente, el Juez o Tribunal sentenciador deberá imponer esta medida de seguridad. Luego hemos de concluir que en estos casos, como el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal del reo, la propia ley penal en su selección de casos establece una afirmación de peligrosidad criminal del reo *ipsa natura rei*.

4.3.1.- Condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexual.- La reforma de la LO 5/2010 establece en su art. 192.1 CP que *“a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”*

El primer supuesto legalmente tasado es el de los condenados a penas de prisión por uno o más delitos comprendidos en el Título VIII del Código Penal, esto es, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Del texto del precepto examinado se desprenden varias conclusiones.

1ª.- No basta con que el reo haya sido condenado por delito contra la libertad o indemnidad sexual; se requiere además que haya sido condenado a pena de prisión. Así pues, si el reo es declarado exento de responsabilidad criminal conforme a los supuestos establecidos en los arts. 101 a 105 CP, se impondrán las medidas de seguridad procedentes, que nunca jamás podrán concurrir con esta medida de seguridad específica. Y lo propio sucede caso de que se impongan penas de multa. Se requiere como presupuesto ineluctable la condena a pena de prisión.

2ª.- La imposición es imperativa en caso de condena por un delito grave, o varios menos graves.

3ª.- La imposición es discrecional en caso de condena por un solo delito menos grave en atención a la menor peligrosidad del autor.

4ª.- En cuanto a la duración de dicha medida de libertad vigilada – conviene precisar: duración máxima- será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si fuere menos grave.

4.3.2.- Condenados a penas privativas de libertad por delitos relativos a las organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo.- La

reforma de la LO 5/2010 establece en su art. 579.3 CP que *“a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”*

El segundo supuesto legalmente tasado es el de los condenados a penas privativas de libertad por uno o más delitos comprendidos en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, esto es, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.

Del texto del precepto examinado se desprenden varias conclusiones.

1ª.- No basta con que el reo haya sido condenado por delitos relativos a las organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo; se requiere además que haya sido condenado a pena de prisión. Así pues, si el reo es declarado exento de responsabilidad criminal conforme a los supuestos establecidos en los arts. 101 a 105 CP, se impondrán las medidas de seguridad procedentes, que nunca jamás podrán concurrir con esta medida de seguridad específica. Se requiere como presupuesto ineluctable la condena a pena privativa de libertad.

2ª.- La imposición es imperativa en caso de condena por un delito grave, o varios menos graves.

3ª.- La imposición es discrecional en caso de condena por un solo delito menos grave en atención a la menor peligrosidad del autor.

4ª.- En cuanto a la duración de dicha medida de libertad vigilada – conviene precisar: duración máxima- será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si fuere menos grave.

4.3.3.- ¿El futuro?.- Las claves legales son claras de futuro: el sistema de crimen tasado por la ley deja abierta la puerta de la ampliación del catálogo cerrado actual, y cabe preguntarse el tiempo que tardará en fijarse la aplicación del modelo a otras categorías criminales -particularmente en el caso de la criminalidad multirreincidente de género, doméstica, contra la salud pública, y seguridad vial, por citar tan solo algunas categorías-, o bien recurrir a su aplicación al criminal por tendencia, en terminología italiana, o incluso a reos de perfil criminológico muy específico –psicópatas.

4.4.- EJECUCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA POSTPENITENCIARIA.-

Conforme al art. 106.2-I CP, el cumplimiento de la libertad vigilada postpenitenciaria es subsiguiente a la pena privativa de libertad impuesta, y debe iniciarse el siguiente al de la fecha de licenciamiento de la pena privativa de libertad.

Ahora bien, cabe la posibilidad de concurrencia de penas de prisión, en cuyo caso rigen las reglas de cumplimiento sucesivo, conforme a orden de gravedad –art. 75 CP- y en su caso límite máximo de cumplimiento –art. 76 CP-

con eventual refundición de condenas a los efectos del art. 193.2 RP. El día inicial de cumplimiento de la libertad vigilada queda aplazado al término de cumplimiento de las penas privativas de libertad, como lo avala el art. 106.2-III CP cuando establece que *“si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas”*.

Además cabe la posibilidad de varias medidas de libertad vigilada en caso de concurso real de delitos. Para este supuesto establece el art. 106.2-IV que *“asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.”*

Curiosamente no se ha regulado la concurrencia con penas accesorias de término de cumplimiento postprisonal, pues sin duda podrán darse casos de delincuentes sexuales con criminalidad de género o doméstica, y la situación descrita se puede producir con concurrencia de penas accesorias de alejamiento y reglas de conducta de alejamiento fijadas en el auto de concreción inicial. Mientras se resuelve este caso por el legislador, parece que debe regir el principio de cumplimiento simultáneo, activando reglas de conducta complementarias a las penas de alejamiento en el caso de la libertad vigilada, y activando *a posteriori* las reglas de conducta de alejamiento homogéneas a las penas, una vez se produzca el licenciamiento de éstas.

4.4.1.- El procedimiento de concreción inicial de la peligrosidad criminal para confirmar la aplicación las reglas de conducta.- Una peculiaridad de la ejecución de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria es no obstante lo anterior que se inicia con un incidente previo para la definición de la peligrosidad criminal del reo *hic et nunc*, en orden a definir si puede dejarse sin efecto la propia medida, y subsidiariamente desplegar su ejecución concretando cuáles son las reglas de conducta en las que se debe materializar. Así resulta del art. 106.2-II CP, conforme al cual *“en estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.”*

10.- El informe técnico de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de destino del penado, o al que se encuentra adscrito el liberado condicional.- Para articular esta propuesta inicial, y toda vez que el reo se encuentra *todavía* cumpliendo una pena privativa de libertad, el art. 23 RD 840/2011 que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de

penas, dispone que *“en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.”*

En relación con este precepto conviene hacer algunas precisiones, a saber:

En primer lugar, que del tenor del precepto se da a entender que el informe técnico que debe elevar la Junta de Tratamiento al Juzgado de Vigilancia se supedita a un previo requerimiento del Juez de Vigilancia penitenciaria, lo que no se corresponde con el principio de oficialidad que debe regir en el sistema de ejecución de penas y con el deber de colaboración que nuestro sistema de ejecución atribuye a las Instituciones Penitenciarias. La existencia de la libertad vigilada postpenitenciaria consta en el expediente penitenciario, pues figura en la sentencia. En consecuencia la remisión del informe debiera reinterpretarse en el sentido de una preceptiva remisión al Juzgado de Vigilancia penitenciaria, sin necesidad de una previa solicitud del Juzgado.

En segundo lugar, que ese informe técnico es inequívocamente en realidad una proyección del informe de pronóstico final contemplado en el art. 67 LOGP, conforme al cual *“concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”*. A la luz de este precepto, y conocida por la Junta de Tratamiento la existencia de una medida de seguridad postpenitenciaria, en donde como seguidamente examinaremos, y en este incidente, lo que se trata de evaluar *“los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad”*, el informe de pronóstico final del art. 67 LOGP a a todas luces el informe técnico aludido por el art. 23 RD 840/2011.

En tercer lugar, que si el reo se encuentra en libertad condicional, es la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario al que se encuentra adscrito la que debe realizar el informe y elevarlo al Juzgado de Vigilancia penitenciaria correspondiente.

2º.- Juzgado de Vigilancia penitenciaria competente para la elevación de la propuesta al Juez o Tribunal sentenciador.- El art. 106.2 CP no determina cuál es el Juzgado de Vigilancia competente para elevar la correspondiente propuesta. A la luz de lo dispuesto en los principios generales que definen las competencias de los Juzgados de Vigilancia, es claro que corresponderá al Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria en relación con

los delitos competencia de la Audiencia Nacional –art. 94.4 LOPJ-, lo que inequívocamente le defiere la competencia en los casos de terrorismo.

En los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la cuestión es aparentemente más incierta, ya que el Juzgado de Vigilancia competente será generalmente uno territorial. Pero esto nos suscita nuevas dudas: podría ser el Juzgado de Vigilancia territorial correspondiente a la sede del Juez o Tribunal sentenciador, el correspondiente al lugar donde vaya a residir el liberado, el correspondiente al Centro Penitenciario de destino o al que se encuentra el reo adscrito en los casos en los que se encuentra actualmente disfrutando la libertad condicional, y hasta el propio Juez que aprobó la libertad condicional, si el reo se encuentra disfrutando de la misma. Hay argumentos a favor de cada posible solución.

La opción del Juez que aprobó la libertad condicional tiene la ventaja de que conoce la evolución penitenciaria del penado, que aprobó la libertad condicional y ha conocido las incidencias del penado durante el disfrute del beneficio; en contra, que no establece un criterio fijo cuando no ha existido libertad condicional, y que no se trata de ejecutar la libertad condicional, sino una medida penal postprisonal diferente a la pena sobre la que se concedió el beneficio. La del Juzgado de Vigilancia correspondiente al Centro de destino o al que está adscrito el liberado, la asignación de la competencia en función de una conexión territorial muy tradicional en el sistema de actuación del Juez de Vigilancia penitenciaria. La del Juez de vigilancia correspondiente al Tribunal sentenciador tiene como ventajas la inmediación para la audiencia a las partes acusadoras personadas, y en su caso a las víctimas, con las que estará en contacto el Tribunal y su Secretario Judicial. La del domicilio del reo, el seguimiento inmediato de varias de esas obligaciones. Personalmente y en ausencia de una clara atribución competencial legal explícita, me inclino por el criterio de que el Centro Penitenciario de destino del reo y del liberado determine la competencia a efectos de elevación de la propuesta de concreción inicial. Esta circunstancia además viene a robustecer la convicción de la reinterpretación del art. 23 RD 840/2011 en el sentido de remisión de oficio por la Junta de Tratamiento, pues en el caso en que nos estamos cuestionado la competencia ese Juzgado de Vigilancia, al no ser el que aprobó la libertad condicional y el que consecuentemente resuelve sus incidencias, en ningún momento puede conocer la existencia de una medida penal pendiente de ejecución, como lo es la libertad vigilada postpenitenciaria.

Una vez fijada la competencia para la concreción inicial, parece que la competencia revisoria debe mantenerse a favor de ese Juzgado, conforme al principio *perpetuatio jurisdictionis*, sin cambio competencial dimanante de cambios de domicilios del reo, pero ni aun eso esa asegurado legalmente.

3º.- Posibilidad de acordar práctica de diligencias por el Juez de Vigilancia antes de elevar la propuesta.- Recibido el informe técnico, el Juez de Vigilancia puede acordar la elevación de la propuesta o acordar diligencias recabando informes complementarios. Así se desprende del art. 98.1 CP *in fine* –al que se remite el art. 106.2 CP para el procedimiento de concreción inicial-, conforme al cual, *“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.

4º.- Contenido de la propuesta de concreción de la libertad vigilada.- Recibido el informe técnico de la Junta de Tratamiento se suscita la cuestión del contenido de la propuesta del Juzgado de Vigilancia al Juez o Tribunal sentenciador. Así se desprende del contenido del art. 106.2-II CP, conforme al cual *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.”*

En puridad, la propuesta, a la vista del informe técnico, puede tener un contenido doble, ya que todo lo que se puede acordar se puede proponer. Y en este sentido, en primer lugar, si se puede concluir racionalmente la inexistencia de peligrosidad criminal -y en este sentido puede ser clave el informe de la Junta de Tratamiento- no existirá ningún obstáculo para que pueda proponerse que se deje sin efecto la propia libertad vigilada: así resulta de lo dispuesto en el art. 106.3.c) CP, que permite al Tribunal poner fin a la libertad vigilada postpenitenciaria en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas, inclusive en el momento de concreción de las medidas. Se trata de una consecuencia lógica de la naturaleza de medida de seguridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, ya que al encontrar su fundamento en la peligrosidad criminal del reo, si se contrasta como desaparecida tal peligrosidad, no debe cumplirse, cesando así incluso antes de su iniciación.

Y en segundo lugar, la propuesta puede encaminarse a señalar una o varias de las reglas de conducta fijadas en el art. 106.1 CP, pero no cualquiera, sino aquella o aquellas que incidan en la peligrosidad criminal del reo.

Sea cual sea la propuesta, por su propia naturaleza no parece que sea susceptible de recurso, el cual en todo caso resultará factible contra la resolución final de Juez o Tribunal competente para la ejecución.

4º.- Procedimiento contradictorio.- Recibida la propuesta del Juez de Vigilancia, y conforme al art. 98.3 CP, se inicia un procedimiento contradictorio, en que antes de resolver el Juez o Tribunal deberá oír a la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Además se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

5º.- Resolución del Juez o Tribunal competente para la ejecución de la medida y recursos.- Conforme a los principios generales la resolución revestirá forma de auto –art. 141-III LECrim-, y al no establecerse que se encuentra exenta de recursos, será susceptible de recurso conforme a los principios generales por las partes personadas, esto es, recurso de reforma y

de apelación cuando se trate de Juzgado Penal, y recurso de súplica cuando el órgano competente sea la Audiencia Nacional.

4.4.2.- Examen especial de las reglas de conducta que pueden imponerse en el auto de concreción de la libertad vigilada postpenitenciaria.- El Juez o tribunal competente para al ejecución puede acordar alguna o varias de las reglas de conducta establecidas en el art. 106.1 CP. Como el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal, rige el principio de imprescindibilidad de la medida para el control de la peligrosidad criminal, de tal suerte que la peligrosidad criminal debe regir no solo el inicio de aplicación de la libertad vigilada, sino además la propia selección de las reglas de conducta que se determinen en el auto de concreción, que seguidamente examinaremos.

1ª.- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.- La medida cuenta como antecedente la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo, contempladas en la pena de localización permanente –art. 37.4 CP-, lo que ahora nos suscita un tema interesante, pues el RD 840/2011 ha desconectado –y nunca mejor dicho- a las Instituciones Penitenciarias de este marco competencial, y además, al regular la libertad vigilada postpenitenciaria limita su intervención a la emisión del informe técnico inicial –art. 23 RD 840/2011. Ello no quiere decir que Instituciones Penitenciarias no dispongan –que si dispone de los mismos- de recursos mecánicos o electrónicos, que viene aplicando pero en los solos casos de régimen abierto en la modalidad prevista en el art. 86.4 CP y eventuales asimilados vía art. 100.2 RP.

Existe un vacío competencial, pues se trata de una cuestión que no entra en el marco competencial del Ministerio de Justicia -Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia-, ni tampoco claramente en el del Ministerio del Interior -Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior-, y desde luego no parece que sea materia asumida por las Comunidades Autónomas: por poner el ejemplo de Andalucía, en su Estatuto se contempla la ejecución de las medidas de justicia juvenil, pero no las medidas penales de adultos.

La presente obligación puede asimilarse al control electrónico establecido por Instituciones Penitenciarias en la modalidad del art. 86.4 RP, lo que en su momento levantó críticas desde el CGPJ en su informe al APRCP de 2008, señalando la incompatibilidad de una medida postprisional más endurecedora que la propia libertad condicional, que retrotrae al reo a una situación incluso anterior a ésta, avalando críticas doctrinales a la posible incompatibilidad de la libertad vigilada con la libertad condicional²⁸, lo que puede parecer un contrasentido, pero presenta habilitación legal, guste o no, y puede justificarse en función de la evolución actual, aquí y ahora, de la peligrosidad criminal del reo.

2ª.- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. Esto es, control de presentaciones, sea en

²⁸ La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. Francisco Javier NISTAL BURÓN.-.

oficinas judiciales o ante Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Existen antecedentes de equivalencia en las obligaciones *apud acta* de presentación de personas encartadas en procedimientos penales en libertad provisional –art. 530 LECrim-, en la regla de conducta homónima en los casos de suspensión de la ejecución de la pena –art. 83.1.4ª CP- y en la medida cautelar de extranjeros sometidos a procedimientos administrativos sancionadores donde pueda llegar a recaer la expulsión –art. 61.1.a) LOE. Se corresponde además parcialmente con la regla de conducta contemplada en el art. 7.1.h) 6ª de la Ley 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores.

3ª.- 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. Clara restauración del contenido de las obligaciones de los sujetos a vigilancia de los Códigos decimonónicos y de las medidas de seguridad de la legislación de 1934 y 1970. Implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contempla en el art. 96.3.4 CP -la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe; en este caso, el sujeto quedaba obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan. Perfectamente controlable policialmente, de manera periódica.

4ª.- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. Vale lo antes comentado, y coincide además con la regla de conducta homónima en los casos de suspensión de la ejecución de la pena –art. 83.1.3ª CP. Se corresponde además con la regla de conducta contemplada en el art. 7.1.h) de la Ley 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores. Y además, implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contemplada en el art. 96.3.3ª CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 -obligación de residir en un lugar determinado. Perfectamente controlable policialmente, de manera periódica.

5ª.- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedentes inmediatos la pena privativa de derechos del art. 48.2 CP, la regla de conducta del art. 83.1.2ª CP, prevista en la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Perfectamente controlable policialmente, puede contarse con la colaboración interesada de la víctima y grabable en archivos informáticos de acceso policial.

6ª.- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la pena privativa de derechos del art. 48.3 CP. Y además, implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contemplada en el art. 96.3.10ª CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 -prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Perfectamente controlable policialmente, puede contarse con la colaboración interesada de la víctima y grabable en archivos informáticos de acceso policial.

7ª.- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la pena privativa de derechos del art. 48.1 CP, la regla de conducta del art. 83.1.1ª CP, prevista en la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Se corresponde además con la regla de conducta contemplada en el art. 7.1.h) 3ª de la Ley 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores. Y además, implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contemplada en el art. 96.3.5ª CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 -la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego. Perfectamente controlable policialmente, puede contarse con la colaboración interesada de la víctima y grabable en archivos informáticos de acceso policial.

8ª.- La prohibición de residir en determinados lugares. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la pena privativa de derechos del art. 48.1 CP. Implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contempla en el art. 96.3.4 CP -la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. Perfectamente controlable policialmente, puede contarse con la colaboración interesada de la víctima y grabable en archivos informáticos de acceso policial.

9ª.- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la pena privativa de derechos del art. 45 CP -la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. Perfectamente controlable policialmente, y grabable en archivos informáticos de acceso policial.

10ª.- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la regla de conducta del art. 83.1.2ª CP, prevista en la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Y además, implícitamente encuadrada en la antigua medida de seguridad no privativa de libertad contemplada en el art. 96.3.12ª CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 -el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares. Se corresponde además con la regla de conducta contemplada en el art. 7.1.h) 2ª e implícitamente 1ª de la Ley 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores.

Desde una perspectiva penitenciaria, como no podía ser de otro modo, se ha dicho²⁹ que resulta llamativo que el art. 61 LOGP y 112 RP establezcan la voluntariedad del Tratamiento penitenciario y por otro lado el contenido del mismo (participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares) pueda ser impuesto coactivamente en la

²⁹ Conclusiones del Seminario Encuentro de jueces/zas de vigilancia penitenciaria, fiscales e instituciones penitenciarias (Madrid, 13, 14 y 15 de abril de 2011).

libertad vigilada subsiguiente a la pena de prisión, so pena de incurrir en un delito del art. 468 CP, lo que resultaría aplicable a los tratamientos terapéuticos propios de los internamientos de los arts. 101 a 104, o al tratamiento ambulatorio que seguidamente examinaremos, valiendo la observación formulada en su día por el CGPJ que reseñaremos.

11ª.- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico. Se trata de una regla de conducta que tiene como antecedente inmediato la antigua medida de seguridad no privativa de libertad de tratamiento ambulatorio, contemplada en el art. 96.3.11ª CP en su redacción anterior a la LO 5/2010 -la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario. Se corresponde además con la medida de justicia juvenil –diferenciada de la libertad vigilada- contemplada en el art. 7.1.e) de la Ley 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores. Fue criticada por el APRCP de 2008 en su informe por el CGPJ, por incompatible con el principio de consentimiento al tratamiento, postulando infructuosamente un modelo promocional no coactivo -que se aplica en otros países, como 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.

4.4.3.- La liquidación del máximo de cumplimiento de la libertad vigilada postpenitenciaria.-

La ejecución de las medidas de libertad vigilada postpenitenciarias como cualquier medida de seguridad, deben sujetarse a una liquidación judicial de condena, que como cualquier liquidación de medida de seguridad es una liquidación de máximo de cumplimiento de la medida, y que conforme a las reglas generales se definirá por la persona que actúe como Secretario judicial – art. 990-IV LECrim-, que se aprobará en su caso previa audiencia de las partes por el Juez o Tribunal sentenciador –arts. 985 y 990-II y III LECrim, aplicable el segundo analógicamente-, y al constituir una resolución que puede afectar a la seguridad de víctimas y testigos, el Secretario judicial, aparte de la notificación a las partes, la deberá poner en su respectivo conocimiento.

4.4.3.- La necesidad de comunicación del auto inicial de concreción y de la liquidación de la medida al Juez de Vigilancia penitenciaria competente.- El auto de concreción inicial y la liquidación de la medida deben ser remitidos por el Juez o Tribunal sentenciador al Juez de Vigilancia competente, pues es lo cierto que no podrá elevar una propuesta revisoria si desconoce la propia resolución que especifica las reglas de conducta que dan contenido a la libertad vigilada.

4.4.4.- El procedimiento de revisión periódica de la peligrosidad criminal para revisar la aplicación las reglas de conducta.- Como hemos señalado, la fundamentación de la medida de seguridad en la peligrosidad criminal se proyecta en varias facetas: su imposición inicial, la selección de la medida, que en el caso de la libertad vigilada postpenitenciaria se concretará en la selección de la regla de conducta, y la propia continuidad de la medida de seguridad,

pues si desaparece o se modifican los perfiles de la peligrosidad criminal del reo, debe cesar o modificarse la medida de seguridad elegida y en el caso de la libertad vigilada, las reglas de conductas establecidas.

El principio de revisión periódica se consagra con carácter general en el art. 97 CP, conforme al cual *“durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones: a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta. b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida. d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.”*

A este efecto existen dos procedimientos revisorios diferenciados en el art. 98 CP; el correspondiente a las medidas de seguridad privativas de libertad y libertad vigilada postpenitenciaria –con intervención del Juez de Vigilancia, art. 98.1 CP-, y el de las restantes medidas de seguridad no privativas de libertad –sin intervención del Juez de Vigilancia, art. 98.2 CP.

Conforme al art. 98.1 CP, *“a los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma.”*

Sin embargo, aunque en principio parece que el Juez de Vigilancia tiene abierta la posibilidad de proponer la sustitución o la suspensión de la libertad vigilada, ello no tiene sentido, atendida la identidad de las medidas no privativas de libertad alternativas, contenidas en el art. 96.3 CP: inhabilitación profesional, expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, custodia familiar, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Es más, si aceptamos esta posibilidad, quedaría abierta la imposición de medidas de seguridad que no se contemplan legalmente, inclusive las privativas de libertad, lo que repugna todos los principios penales.

Lo que procederá será elevar propuestas de modificaciones de las reglas de conducta especificadas en el auto de concreción inicial y de los autos sucesivos, proponiendo acortamientos y términos. Existe un precepto especial que así lo establece, que es el art. 106.3 CP, conforme al cual *“por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá: a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas. b) 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.”

4.4.5.- Examen crítico de la función del Juez de Vigilancia.- 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 art. 98.1 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. Pueden formularse las siguientes advertencias. Y a tal efecto, la propuesta revisoria –no se alude a la propuesta de concreción inicial- debe aportar algo especial utilidad respecto de la revisión de oficio por parte del Juez o Tribunal sentenciador. Efectivamente, la propuesta revisoria por parte del Juez de Vigilancia tiene 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 postpenitenciaria, 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 tiene 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 art. 990-V

LECr. Ni tan siquiera se ha contemplado, como sucede 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-, infructuosamente reclamada en su informe al APRCP de 2008 por el CGPJ.

Todas estas razones abundan en el sentido de que debe ser el Juez o Tribunal sentenciador quien resuelva sin necesidad de propuesta del Juez de Vigilancia, o bien alternativamente –como se establecía en el propio Anteproyecto de 2008, que el Juez de Vigilancia concrete las reglas, las controle, y limitando su relación al Juez o Tribunal sentenciador a proponer el cese de la medida de seguridad.

Pero entre tanto se reconsidera esta actuación del Juez de Vigilancia en los procedimientos revisorios, la ley debe cumplirse, ya que es inequívoca. ¿Cómo puede hacerse? Sencillamente a través de un mandamiento a los responsables provinciales de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad para que en cumplimiento de su responsabilidad de velar por la seguridad ciudadana –arts. 1, 11.a), b), e), f) y h) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, supervisen la observancia de las medidas y se emita anualmente un informe sobre riesgos para la seguridad pública por parte del reo, sin perjuicio de cualquier incidencia que pueda representar un incumplimiento grave de las reglas de conducta establecidas al amparo de lo establecido en los apartados a) a j) del art. 106.1 CP; y peticiones de informes con periodicidad máxima anual al servicio médico o de salud responsable del tratamiento ambulatorio, sin perjuicio de la anticipación de eventuales incidencias. Todo ello atendido que el Juez de Vigilancia antes de elevar su propuesta tiene competencia para recabar los informes oportunos, ya que conforme al art. 98.1 *in fine* CP, “*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.*”

4.4.- INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA.-

Conforme al art. 106.4 CP “*en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.*”

En relación con este precepto conviene precisar que la previsión inicial establecida como consecuencia del incumplimiento es en principio la modificación de las reglas de conducta, salvo que el incumplimiento se reputa grave o reiterado, en cuyo caso el incumplimiento no impide la continuación de la medida, sin perjuicio de que pueda deducirse testimonio por el eventual quebrantamiento de condena. A estos efectos el art. 468.2 CP tras la reforma

de la LO 5/2010 establece que *“se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”*