

LA LIBERTAD VIGILADA APLICADA A IMPUTABLES TRAS LA REFORMA POR LO 1/2015

Autora: Pilar Otero González
Profesora Titular de Derecho penal (Acred. Catedrática)

Resumen

La LO 5/2010 introdujo en el CP la medida de seguridad de libertad vigilada. La novedad fundamental es que se aplica a imputables peligrosos y que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior una vez extinguida la pena de prisión, lo que la convierte en un tertium genus entre pena y medida rompiendo el rígido binomio establecido hasta ahora: medida de seguridad aplicable a los peligrosos inimputables frente a pena impuesta en función de la culpabilidad por el hecho, aplicable a los imputables. Se estableció la aplicación de esta medida, de forma obligatoria, a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo. La LO 1/2015 de modificación del Código Penal ha ampliado su ámbito de aplicación a delitos contra la vida, a maltrato ocasional en el ámbito familiar y a violencia doméstica habitual, si bien su previsión en estos casos es de carácter facultativo (lo que supone una diferente e incongruente regulación). Se analizarán, por tanto, las ventajas e inconvenientes de esta medida, aportándose algunas sugerencias técnicas de mejora.

1. El derecho penal de la culpabilidad versus el derecho penal de la peligrosidad delincuentes peligrosos con trastornos de la personalidad: ¿imputables o semiimputables? breve referencia a las neurociencias y responsabilidad penal

Hace un tiempo leíamos esta noticia:

“Mañana jueves sale a la calle de la cárcel Brians-1, en Sant Esteve Sesrovires (Barcelona) el llamado ‘segundo violador del ensanche’ de Barcelona, Alejandro Martínez Singul. Singul fue condenado en 1993 a 65 años de prisión por diez violaciones y otros cuatro intentos a menores de entre diez y quince años a las que siempre asaltaba en los rellanos o en el ascensor de sus viviendas. Salió de prisión en 2007 sin que se le considerara rehabilitado tras cumplir el máximo de 16 años que le correspondían de acuerdo con el antiguo Código Penal. A su salida reincidió en varias ocasiones, protagonizando nuevas agresiones sexuales creando una gran alarma social. En junio de 2008 fue detenido en su domicilio de Cardedeu (Barcelona) y extraditado a Perpiñán (Francia), donde cumplió nueve meses de prisión por exhibicionismo ante una escolar en esa población francesa. En junio de 2010, la Audiencia de Barcelona le condenó a tres años y nueve meses de cárcel por su último intento de violación a una niña de doce años, cometido mientras estaba en libertad provisional, tras recurrir otra condena de dos años de cárcel por un doble intento de violación”.

Ahora se ha sometido voluntariamente a un programa psicosocial para intentar controlar su conducta, impulsos y fantasías sexuales, y a un tratamiento farmacológico de inhibición del deseo sexual («castración química»), dentro del programa que desde agosto de 2009 ofrece la Generalitat de Catalunya a delincuentes sexuales.

No obstante, los expertos no consideran que el ex interno esté rehabilitado. El presidente de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Leopoldo Ortega-Monasterio, define la personalidad del violador como de “inmadurez neurótica de la personalidad, con una forma muy regresiva y primaria de expresar su sexualidad”, lo que impide su rehabilitación.

La puesta en libertad de este tipo de sujetos reabre continuamente el debate jurídico penal sobre las medidas que se deben adoptar ante violadores y asesinos reincidentes una vez cumplida la pena que les corresponde.

Esta tensión entre las medidas de carácter securitario “más mano dura para los que no están rehabilitados” frente a los que proclaman que por el escrupuloso cumplimiento del principio de culpabilidad deben ser puestos en libertad una vez cumplida la condena, se ha intensificado por la excarcelación en los últimos meses de determinados delincuentes peligrosos a raíz de la anulación de la Doctrina Parot por la STEDH nº 306/2013, de 21 de octubre. Enfatizado todo ello, como suele ser habitual, por los medios de comunicación.

Aunque produce un gran impacto mediático la excarcelación de terroristas, que como es sabido, se trata de uno de los supuestos para los que está prevista la libertad vigilada, en este momento voy a focalizar la atención en delincuentes con trastornos graves de la personalidad, bien con parafilias¹ consistentes en la imposibilidad de controlar los impulsos derivados de la tendencia u orientación sexual del sujeto, ubicadas, por tanto, en los “trastornos sexuales y de la identidad sexual” y estadísticamente con porcentajes muy altos de reincidencia; bien con trastornos psicóticos o con personalidad rayana en el límite de la psicopatía, incapaces de medir las consecuencias de sus actos; bien con otro tipo de dolencias como la inmadurez neurótica de la personalidad; bien con trastorno por sadismo sexual, o alguna otra patología sexual como la obsesión extrema por el sexo. En definitiva, hablamos de sujetos reincidentes altamente peligrosos.

Reincidencia que, por cierto, también ha de valorarse en su justa medida. De acuerdo con diversos estudios evaluativos², la reincidencia en los agresores sexuales es, como grupo, baja, y se estima en torno al 19%-20%. Esta cifra se reduce al 5,8% cuando se trata de cometer una nueva agresión sexual, ya que un 6,5% reincidirá en otro acto violento y un 6,2% en delitos sexuales de otro tipo. El promedio general de la reincidencia de los delincuentes -no específicamente sexuales- según los estudios anteriormente mencionados, se sitúa entre el 37,4%³ y el 50%⁴. Estos estudios rompen los tópicos que atribuyen a los delincuentes sexuales una reincidencia mucho mayor que la del conjunto de delincuentes.

No obstante, y este es el dato que debe tenerse en cuenta, la distribución de la reincidencia en el ámbito de los delitos sexuales es muy heterogénea y oscila entre un número importante de casos de un solo delito conocido (y, por tanto, no reincidentes) y, en el extremo opuesto, unos pocos delincuentes sexuales⁵ seriales, como el citado en el texto, que cometen decenas de de-

¹ Dentro de las parafilias típicas, como manifestaciones de la conducta sexual desviada, hay que destacar muy especialmente la pedofilia que, además de ser reconocida desde 1980 como enfermedad psiquiátrica (DSM-III-R, Manual de diagnóstico de los trastornos mentales), viene incluida dentro de aquéllas en el quinto lugar del catálogo DSM-IV. Al igual que ocurre con el resto de los trastornos de la personalidad, los estudios de la neurociencia de los últimos años han detectado sustratos orgánicos cerebrales que podrían estar implicados en la pedofilia, centrados en ciertos déficits en el volumen de la sustancia blanca cerebral de los lóbulos temporales y parietales, principalmente del fascículo fronto-occipital superior. *Vid.*, ampliamente, PORTERO LAZACANO, Guillermo, “La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, pp. 78-84 y bibliografía allí citada.

² Cfr., REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminología.net, ISSN: 1696-9219. Cfr., asimismo, un estudio reciente elaborado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat, que se basa en el seguimiento de todos los delincuentes sexuales liberados entre 1998 y 2003 de las cárceles catalanas, un total de 315, que han estado en prisión entre uno y quince años, en función de la gravedad del delito -desde una violación hasta un acoso sexual o exhibicionismo-. Una reseña de este último puede verse en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>. Igualmente puede consultarse PORTERO LAZACANO, Guillermo, “La libertad vigilada...”, *op. cit.*, pp. 74 y ss. Esta información puede completarse de la mano de ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Granada: Comares, 2013, pp. 44-45, quien recoge cifras de la criminalidad sexual grave de los últimos 10 años (Fuente: Instituto Nacional de Estadística www.ine.es) en los que se ha condenado a 202 personas reincidentes por este tipo de delitos, por lo que se registra un promedio de 15,88 reincidentes anuales.

³ Estudio del Centro de Estudios Jurídico y Formación especializada de la conselleria de Justicia catalana.

⁴ REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminología.net, ISSN: 1696-9219.

⁵ Entre los condenados por delitos sexuales, el riesgo de reincidencia no es siempre el mismo. Se estima que los más reincidentes son los que condenados por delitos en los que la víctima es un niño de sexo masculino. Cfr., <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>

litos a lo largo de sus carreras criminales. En este grupo se situarían los psicópatas sexuales violentos sobre los que se estima que antes de transcurridos seis años desde su puesta en libertad el 80%, en contraste con el 20% aproximadamente de los no psicópatas, han vuelto a cometer una conducta violenta, la mayoría de ellos de índole sexual⁶, por lo que puede pronosticarse entre los psicópatas sexuales un elevado riesgo de reincidencia⁷.

Si trascendemos del dato, estos delincuentes, mayoritariamente sexuales, con diversos trastornos de la personalidad, reincidentes, con pocas posibilidades de rehabilitación y, por tanto, peligrosos, ¿son imputables? ¿Este tipo de peligrosidad puede ser síntoma de una imputabilidad disminuida? ¿Puede implicar que se tenga limitada la comprensión de la ilicitud del acto? ¿Son sujetos plenamente motivables normativamente?

Los avances de las neurociencias de la última década, fundamentalmente los realizados a través de técnicas de neuroimagen, han demostrado que estas patologías relacionadas con una menor capacidad inhibitoria y con una tendencia a la conducta antisocial –psicópatas-, se deben a ciertas anomalías generadas en la zona orbito frontal del cerebro⁸ -donde se aloja el cumplimiento de las normas morales y sociales-, bien porque se ha lesionado, bien porque no ha madurado lo suficiente, identificada o no neurológicamente la causa, pero que se manifiesta de forma análoga a la zona orbito frontal de un adolescente, que tiene una menor capacidad de inhibición en la medida en que esa parte del cerebro todavía no ha madurado al completo. El cerebro de una persona con rasgos psicopáticos⁹ carece de actividad en la zona de los lóbulos frontal y temporal, que son las regiones responsables de la empatía y el autocontrol. Ello implica que esas personas no son capaces de razonar moralmente ni de controlar sus impulsos.

Anteriormente a este progreso científico, las conductas de estos sujetos se conceptuaban como actuaciones violentas libres de la persona. En cambio, desde la neurociencia se constata que no hay nada que no pueda explicarse en términos científicos conforme a las reglas de la causalidad.

⁶ Ampliamente NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 105, III, Época II, diciembre 2011, p. 148.

⁷ *Ibidem*, p. 150.

⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario, "Neurociencia, libertad y culpabilidad penal", *XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, conferencia pronunciada en la Universidad rey Juan Carlos, 13 de marzo, 2013; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal", en *Indret Penal 2/2011*, p. 16: "En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal". Véase, asimismo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "Trastornos de la personalidad respuesta penal frente a los nuevos avances neurológicos sobre las disfunciones ejecutivas del cerebro", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 24 (vol. 2), 2010, pp. 27-28. Igualmente sobre el factor biológico-genético de los psicópatas, véase, LEAL MEDINA, Julio, "La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo. La interacción de los factores biológicos, genéticos y ambientales en el juicio de imputabilidad. Un nuevo enfoque hacia la prevención del delito, el derecho a la seguridad y la reeducación del sujeto", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 10, vol. II, 2003, pp. 158-162. A mayor abundamiento, NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía...", op. cit., pp. 145-146, señala que dentro de la corteza prefrontal, encargada de controlar los impulsos agresivos, las tasas de actividad baja se presentan en los asesinos afectivos mientras que en el caso de los asesinos depredadores (de sangre fría) tienen un buen funcionamiento prefrontal lo que les permite controlar su comportamiento. Conforme a esta distinción, en opinión de esta autora, sólo en el caso de los asesinos afectivos, ante esa falta de control, es posible hallar respuesta a sus posibles delitos en la circunstancia 1ª del art. 20 CP (por no poder actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho).

⁹ Dentro de la psicopatía, siguiendo a James FALLON (FALLON, James, "El mal está dentro de mí", en *XL el Semanal*, 22 de junio de 2014, pp. 38-40), neurocientífico de la Universidad de California en Irvin (EEUU) hay que distinguir, a su vez, entre los psicópatas primarios y los secundarios. Los psicópatas primarios, con una puntuación de 40 en la lista de verificación de Hare (cuestionario que valora estos aspectos dentro del contexto biográfico del paciente) son muy peligrosos, realmente son irrecuperables (por ejemplo, los depredadores sexuales), por lo que lo único que se puede hacer con respecto a ellos es neutralizar parte de su cerebro. Nacen así. No necesitan influencias externas negativas. De niños ya suelen presentar patrones de conducta distintos. En su opinión, la terapia no puede funcionar. Con este perfil, por un lado de ausencia de sentimientos de culpa y, por otro, del escaso miedo que sienten en general, y al castigo en particular, debemos concluir (también NAVARRO FRÍAS, Irene, "Psicopatía...", op. cit., p. 152) que nos hallamos próximos a la idea de la incorregibilidad. Lo único que queda para estos casos extremos es la prevención: diagnosticar a los psicópatas lo antes posible, teniendo enfermeros y médicos formados en ese campo capaces de reconocer las señales: si un niño mira con total frialdad como si no estuvieras ahí, se debe hacer el esfuerzo en confirmar la existencia a esa predisposición desde una edad muy temprana y prevenir que ese niño sufra malos tratos o que sea objeto de acoso, circunstancias que pudieran ser posteriormente las desencadenantes de su conducta delictiva violenta (FALLON, James, "El mal...", op. cit., p. 40).

No es el lugar de profundizar en un problema tan complejo como es poner en cuestión el fundamento de la culpabilidad en Derecho penal¹⁰, simplemente conviene resaltar que aunque sea un hecho constatable desde las neurociencias que las decisiones se vinculan a procesos neuronales no conscientes, esto no significa que, como consecuencia de ello, el fundamento de la construcción de la culpabilidad jurídico penal haya de desecharse por completo, en la medida en que nuestra discusión anida y se desarrolla en otro plano; no en un sistema empírico sino en un sistema social. En otras palabras, a pesar de los avances neurocientíficos, debemos seguir actuando conforme a patrones estrictamente normativos que nos permitan determinar “el nivel de disposición *jurídica* exigible a los ciudadanos”¹¹ partiendo del presupuesto, eso sí, de lo que evidencian las neurociencias a través de sus avances.

Más aún, como afirma CANCIO¹², desde la perspectiva del concepto funcional de la culpabilidad, la fundamentación de ésta viene determinada por las necesidades de la prevención general positiva por lo que es inmune a las dudas sembradas por las neurociencias en torno a si los seres humanos están plenamente determinados por procesos neuronales inconscientes.

Sí será útil, en cambio, para afinar la relación entre determinadas afecciones y su grado de imputabilidad. Es decir, con estos avances se ha diluido la frontera entre el ser responsable y el irresponsable.

A pesar de todo ello, la Jurisprudencia¹³ no ha sido permeable a estos avances, pues suele mantener la imputabilidad¹⁴ tanto de los delincuentes psicópatas como de los que sufren otro tipo de trastornos de la personalidad rayanos o no en la psicopatía, en la medida en que, sigue afirmando, que pueden comprender racionalmente la ilicitud del acto. A no ser que presenten junto a este déficit de la personalidad algún otro factor, endógeno o exógeno, que pueda afectar siquiera de modo parcial al entendimiento y la voluntad del sujeto, por lo que en estos casos, se aplicará bien una eximente incompleta (en supuestos más graves de trastorno de la personalidad unido a alguna otra patología¹⁵), bien una atenuante analógica¹⁶.

¹⁰ Sobre el debate en torno al concepto dogmático de la culpabilidad en la actualidad, véanse, entre otros, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Bilbao/Granada: Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y editorial Comares, 2004, pp. 23 y ss. Cfr., FRISCH, Wolfgang, “Sobre el futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 22 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012, p. 229. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias”, en Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias*, Madrid/Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 261-265.

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho Penal de la culpabilidad y Neurociencias”, op. cit., p. 251.

¹² CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal...”, op. cit., p. 264.

¹³ Cfr., sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, SÁNCHEZ GARRIDO, Francisco, “El tratamiento jurisprudencial de la psicopatía. Comentario de la STS 1391/1988, de 29 de febrero. Ponente Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 7, enero 2012, pp. 347-366. Vid., SSTS nº 423/2007 de 23 de mayo; nº 439/2004 de 25 de marzo. Igualmente para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia véase, NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatía y medidas de seguridad...”, op. cit., pp. 138 y ss. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica...*, op. cit., pp. 315 y ss.

¹⁴ STS 4 de abril de 1984 (RJ 1984/2312), 13 de junio de 1985 (RJ 1985/3005); 18 de enero de 1986 (RJ 1986/150) y 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8496).

¹⁵ SSTS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986/2437); 17 de mayo de 1991 (RJ 1991/3695), 5 de octubre de 1991 (RJ 1991/7005), nº 1272/1995, de 19 de diciembre; nº 768/1996, de 23 de octubre, nº 1414/1997, de 7 de abril; nº 1416/1997, de 24 de noviembre; nº 243/1998, de 20 de febrero; nº 1357/1999, de 1 de octubre; nº 179/2000, de 4 de febrero, entre otras. SAP de Málaga, nº 5/2001, de 29 de enero: se apreciará la atenuante analógica “cuando el hecho cometido estuviera en relación causal psíquica con la desviación caracterológica advertida”, y la eximente completa o incompleta cuando “por coexistir la personalidad psicopática con otra enfermedad mental o concurrir circunstancias excepcionales, quedase eliminada o más seriamente afectada su inteligencia y voluntad”. Vid., ampliamente, SALVADOR CONCEPCIÓN, Rosa, “La inimputabilidad por «anomalía o alteración psíquica». Tratamiento jurisprudencial actual”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 33, 2014, pp. 63-64. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal...* op. cit., pp. 318-321. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Trastornos de la personalidad...”, op. cit., pp. 25-27.

¹⁶ SSTS nº 338/1994, de 16 de febrero; nº 564/1995, de 7 de abril; 22 de febrero de 1997 (RJ 1997/1369), 12 de marzo de 1985 (RJ 1985/1627), 17 de marzo de 1985 (RJ 1985/2035), 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986/185; 1986/3869; 1986/7968) entre otras. Vid., GUIASOLA LERMA, Cristina, *Reincidencia y Delincuencia Habitual. (Regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 150. CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual peligroso”, en *Revista Penal*, nº 31, enero de 2013, p. 19. NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatía...”, op. cit., p. 119, nota a pie nº 4 destacando la STS de 9 de noviembre de 2000. URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal...*, op. cit., pp. 320 y ss.

Ello demuestra que los penalistas no hemos sido permeables a los matices que la ciencia psiquiátrica nos proporciona sobre las distintas tipologías de estas patologías¹⁷, reduciéndolas a tres grandes categorías para encasillar a estos delincuentes. Y si simplificamos una realidad tan compleja¹⁸ como es la mente lo que se consigue es deformar o pervertir dicha realidad impidiendo alcanzar una solución adecuada a estos casos. En otras palabras, se ha simplificado en exceso la compleja realidad de aquellos sujetos que, sin llegar a ser declarados como «enfermos mentales», es decir, sin ser inimputables, tienen demostradas, por ejemplo, unas tendencias sexuales de obsesión extrema que determinan una reincidencia incontrolable a la hora de cometer los delitos relacionados con su patología. A éstos se les ha calificado como imputables conforme a los parámetros que utilizamos porque no hay más que tres categorías, pero quizá haya que asumir una cuarta entre los imputables y los semiimputables a modo de *quartum genus* o semiimputabilidad *sui generis* en la que se encuadrarían este tipo de sujetos.

En efecto, merecen, al igual que los tradicionalmente catalogados como semiimputables, una atenuación de la pena¹⁹. Son, en este sentido, próximos a ellos. Es necesario, por tanto, replantearse el propio concepto de inimputabilidad, esto es, aun cuando las facultades afectadas no sean la intelectual o la volitiva, “la afectación de otras facultades también puede dar lugar a una disminución de la imputabilidad del sujeto”²⁰, porque, en definitiva, son incapaces de comprender *emocionalmente*²¹ lo que está bien y lo que está mal, un grupo por incapacidad de *sentir* (los psicópatas) y otro (sujetos con otros tipos de trastornos de la personalidad) por incapacidad de *controlar sus impulsos* –normalmente sexuales–, por lo que sus acciones delictivas podrían encontrar acomodo en el art. 20.3 CP²² (*alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que supongan una alteración grave en la conciencia de la realidad*), principalmente a través de la eximente incompleta.

Sin embargo, esta atenuación no se compagina bien con la peligrosidad de estos sujetos por lo que la misma debe ser compensada con medidas de seguridad orientadas a la prevención especial. En este marco tiene sentido la figura de la libertad vigilada.

Al imponerse esta medida de seguridad junto a la pena, parece que *de facto*, se confiere a estos sujetos un tratamiento próximo a los semiimputables, sin embargo, siguen siendo impu-

¹⁷ Las sucesivas ediciones del *DSM Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM)* de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (American Psychiatric Association, o APA) van incorporando nuevos trastornos; en ocasiones, son meras subdivisiones de trastornos identificados desde antiguo; otras veces, son “nuevos” trastornos desgajados de un tronco común y menos preciso que los englobaba previamente. Sea como fuere, lo cierto es que la psiquiatría nos ofrece una variedad nosológica sorprendente que, a mi modo de ver, la ciencia penal ha simplificado en exceso.

¹⁸ “Hay que alejarse de maniqueísmos simplistas”: GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Trastornos de la personalidad...”, op. cit., p. 18.

¹⁹ Sin embargo, el Derecho penal actúa ante este tipo de sujetos, a mi modo de ver, de forma contradictoria. En efecto, como indica DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal...”, op. cit., p. 16: “Lo curioso es que el Derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficit psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga más severamente cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado asimismo empíricamente problemas mentales de considerable importancia”.

²⁰ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento...”, op. cit., p. 19. En este sentido, añade (p. 20) “sería conveniente la creación de una atenuante a incluir en el art. 21 que recogiera la relevancia de una alteración o trastorno mental que afectara a facultades del sujeto que no incidieran en las capacidades intelectual y volitiva. (...) como por ejemplo la facultad afectiva también puede provocar una disminución en la culpabilidad del individuo”, permitiendo así la aplicación de una medida de seguridad frente a un grupo específico de sujetos imputables. Igualmente, MATEO AYALA, Eladio José, *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español*, Madrid: EDERSA/Instituto de Criminología de Madrid, 2003, pp. 390-393.

²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal...”, op. cit., p. 264. Ilustrativa al respecto la frase que destaca LEAL MEDINA, Julio, “La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 157: “Sabía lo que hacía pero no lo sentía”, con la que se concluye muchas sesiones judiciales donde forenses psiquiatras y psicólogos informan a los Tribunales de Justicia acerca de la conducta, comportamiento y facultades mentales de los psicópatas.

²² Así, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Psicopatía y Derecho penal”, op. cit., pp. 281-282. Por su parte, LEAL MEDINA, Julio, “La psicopatía y su incidencia...”, op. cit., pp. 168-175, es partidario de incardinar estas conductas por la vía del art. 20.1º CP integrándose así la psicopatía como anomalía o alteración grave que exige tratamiento, con la consiguiente imposición de la medida de seguridad adecuada a su patología. Igualmente, consideran apreciable en estos casos la eximente incompleta (o, en la mayoría de los supuestos, la atenuante analógica) en relación con la eximente de anomalía psíquica, GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia/SÁNCHEZ VILANOVA, María, “Trastornos de personalidad, in/imputabilidad penal y medidas de seguridad” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 34, 2014, p. 162.

tables desde el momento en que se les impone la totalidad de la pena que les corresponde conforme al hecho cometido. Esta afirmación de la plena imputabilidad es la que debe cuestionarse partiendo de la constatación de su falta de capacidad afectiva o de la afectación de su capacidad inhibitoria, lo que indica una disminución de su culpabilidad a la que debe responderse, insisto, con una atenuación de la pena.

2. La nueva medida de libertad vigilada como respuesta

2.1. Naturaleza jurídica

Para supuestos, entre otros, como estos, la medida de seguridad de libertad vigilada fue introducida en el CP en virtud de la reforma operada por LO 5/2010. La novedad fundamental de esta medida en relación con el resto de medidas de seguridad que conocemos es que la misma resulta aplicable no sólo a los inimputables o semiimputables, sino también y de forma obligatoria (con una matización que comentaremos) a los sujetos imputables pronosticada su peligrosidad en función de la naturaleza del delito cometido (limitados en la LO 5/2010 a los delitos sexuales y de terrorismo), y siempre que el Legislador así lo haya previsto en un precepto de manera expresa²³.

La LO 1/2015, tras muchos avatares, lo que produce respecto a esta figura, según su propia Exposición de Motivos, es una ampliación de su ámbito de aplicación a todos los delitos contra la vida, y a los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (si bien se impone de forma facultativa. “Se les podrá imponer” rezan los preceptos correspondientes).

Se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior a ésta, y se hará o no efectiva precisamente cuando se vuelva a actualizar ese pronóstico de peligrosidad, en el momento de extinción de la pena, previa propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, elevada anualmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 98.1 CP). Por tanto, se cumple cuando ya se hayan extinguido todas las penas impuestas, incluida la última fase de libertad condicional.

En resumen, *tertium genus*, un híbrido²⁴, entre pena y medida, rompiendo el rígido binomio²⁵: pena-imputables, medida de seguridad/irresponsables, salvo que nos replanteemos, como he sugerido, el concepto de inimputabilidad, por lo que, entonces, esta figura ya no sería tal *corpo extraño*. Independientemente de la naturaleza jurídica otorgada, sí conviene resaltar que al ejecutarse una vez cumplida la pena principal, por un lado implica que no está sometida a los criterios generales de aplicación de las medidas de seguridad, y por otro, subyace a esta medida la prolongación de la consecuencia penal impuesta al sujeto peligroso, enmascarándose bajo el amplio paraguas de la medida de seguridad lo que no es sino una pena accesoria de control, en la mayoría de los casos de carácter meramente asegurativo.

²³ Ampliamente, DÍAZ SASTRE, Cristina, “Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 25, vol. 1, 2011, pp. 46 y 54. CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, en *La Ley Penal*, Nº 96-97, Septiembre-Octubre 2012, p. 9.

²⁴ Prueba de este carácter híbrido ha sido la mutante naturaleza jurídica de esta figura en los distintos anteproyectos que dieron lugar a la LO 5/2010. El Anteproyecto de modificación del CP de 2006 le confirió la doble naturaleza de pena y medida. El Anteproyecto de reforma del CP de 2008 le otorgó la naturaleza de pena. La LO 5/2010 optó por catalogarla dentro de las medidas de seguridad. Sobre la mutante naturaleza jurídica de esta pena, *vid.*, CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada en adultos...”, *op. cit.*, pp. 2-6. Igualmente, puede consultarse al respecto mi trabajo, *La libertad vigilada aplicable a ¿imputables? Presente y futuro*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 51-56 y bibliografía allí citada.

²⁵ Sobre las consecuencias de este nuevo escenario, *vid.*, URRUELA MORA, Asier, “¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho Penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, 2015, pp. 119-160.

2.2. Fundamentación

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010, fundamenta esta medida en supuestos de especial gravedad en los que “ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. Sin cejar en el esfuerzo rehabilitador hay que adoptar ciertas medidas que permitan conciliar el fin de prevención especial con otros valores, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”.

Se pueden destacar varias incongruencias al respecto. En primer lugar, la alusión a “casos de especial gravedad” es incoherente con el texto del articulado, pues tanto el art. 192 CP como el 579.3 CP (regulado conforme a la LO 5/2010) prevén la aplicación de la libertad vigilada cuando el delito o la pena, respectivamente, hayan sido “graves” o “menos graves”²⁶. Incongruencia no subsanada en la LO 1/2015 en relación con el art. 192 CP ni en la LO 2/2015 con respecto al art. 579 bis.2 CP.

En segundo lugar, se reconoce el fracaso de la rehabilitación pero no se ceja en el esfuerzo rehabilitador, a modo de advertencia simbólica²⁷, porque, a pesar de ello, en el texto del articulado se observa que esta incidencia es secundaria pues no se alude en ningún momento a ningún tratamiento para la reinserción. La mayoría de las medidas en que consiste la libertad vigilada son de carácter asegurativo. Todo ello deriva, en relación con este tipo de sujetos, en el retorno de la inocuización²⁸, parece que sin ninguna otra finalidad añadida.

Se trata, pues, de una medida de seguridad postdelictual, en principio fundamentada en la peligrosidad, pero sin tener necesariamente en cuenta la reincidencia, que sería uno de los criterios que deberían sopesarse para calibrar la peligrosidad -pues se afirma en el texto que se aplicará²⁹ cuando se hayan cometido “uno o más delitos”- luego puede aplicarse cuando se haya delinquido una sola vez-, y atendiendo al falso entendimiento de que la mayor gravedad de ciertos injustos conlleva la mayor peligrosidad del autor³⁰. En efecto, sólo se tiene en cuenta la peligrosidad en el último inciso del 192.1 y del 579 bis.2 CP -delincuente primario- al que se le podrá imponer o no la libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

La cuestión ahora consistirá en resolver si, efectivamente, esta medida es la menos grave de entre aquellas que pueden resultar suficientes para prevenir la peligrosidad del autor, esto es, si es eficaz y si es proporcionada en todos los casos para los que se ha previsto.

2.3. Ámbito de aplicación

2.3.1. LO 5/2010: de carácter obligatorio a delitos sexuales y a delitos de terrorismo

La LO 5/2010 estableció la aplicación de esta medida de forma obligatoria a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192) y a

²⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “la nueva medida de seguridad de «libertad vigilada» aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del «derecho penal del enemigo» por la LO 5/2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, I, Época II, mayo 2011, p. 118.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto” en *Diario La Ley*, Nº 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 2. Véase también, -DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 63, 2009, p. 34.

²⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, eds. Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 699 y ss.

²⁹ Salvo en el caso de la violencia doméstica habitual donde no se especifica nada.

³⁰ De hecho, el art. 192.1 y el 579 bis.2 CP determinan distinta duración de la medida si el delito (o la pena) fuera *grave* o *menos grave*. Como desarrollaré más adelante, la *gravedad del injusto* cometido por el sujeto sólo podrá tomarse en cuenta, en mi opinión, para modular el concepto de *peligrosidad* basado, entre otros parámetros, en la reincidencia. Es decir, *la gravedad del hecho* no es un parámetro para conformar la *peligrosidad* del sujeto sino sólo para desechar del concepto de *peligrosidad* determinados casos de reincidencia.

los condenados a pena *grave*³¹ privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo (art. 579.3)³². Ambos tipos penales han sido retocados, respectivamente, por las LO 1/2015 y 2/2015³³, manteniendo idéntico contenido en lo que respecta a la libertad vigilada.

La introducción de la medida de libertad vigilada aplicable a **delincuentes terroristas** responde a la crítica e indignación de una parte de la opinión pública ante algunos casos de excarcelaciones de condenados por terrorismo, lo cual carece de fundamento pues si la razón de ser de la libertad vigilada, tal como expresa la Exposición de Motivos, es luchar contra la peligrosidad subsistente del sujeto, en el caso de los delitos de terrorismo, fundamentalmente los pertenecientes a ETA, es prácticamente inexistente si tenemos en cuenta el bajo índice de reincidencia en este ámbito³⁴.

Es complicado, en todo caso, establecer los parámetros adecuados para determinar el índice de reincidencia en los delitos de terrorismo por la complejidad, extensión y, a la vez, ambigüedad, del propio concepto de *terrorismo*³⁵. Si ponemos el foco de atención en ETA, evidentemente no es lo mismo –y no debe ser equiparable a efectos de conformar la reincidencia– causar la muerte de una persona perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con esta organización terrorista (art. 573 bis.1.º CP) que realizar actos de *Kale borroka*, es decir, actos de violencia callejera por militantes o simpatizantes del entorno de la izquierda abertzale y de la banda terrorista ETA. Actos que, precisamente, han sido calificados como *terrorismo de baja intensidad*, lo que indica la abismal diferencia entre las distintas conductas que pueden ser calificadas de “actos terroristas”.

Por otro lado, es fácil augurar que el índice de reincidencia en los delitos de terrorismo será aún más bajo si tenemos en cuenta otro parámetro: la larga duración de las penas impuestas en esta clase de delitos³⁶, lo que conlleva inevitablemente que se hayan convertido en ancianos al término del cumplimiento de sus condenas: “antes los condenados por terrorismo pasaban en prisión un máximo de 20 o 25 años, pero ahora van a pasar 40. Y si sabemos de una circunstancia que disminuye la reincidencia es precisamente envejecer”³⁷.

A todo ello, hay que añadir otro dato: la entrada en vigor de la LO 5/2010, en diciembre de ese año, coincide prácticamente en el tiempo con el anuncio por parte de ETA del cese definitivo de su actividad armada (el 20 de octubre de 2011), por lo que el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables impedirá aplicar la libertad vigilada a los delincuentes que pertenecieron a esta banda terrorista y que abandonaron la lucha armada antes de la

³¹ La diferente redacción entre ambos preceptos indica que la medida resulta más fácilmente aplicable en los delitos sexuales porque se exigen menos requisitos para su imposición –pena de prisión– que en terrorismo –pena *grave* privativa de libertad–.

³² Con la matización referida a los delitos menos graves reflejada en el último inciso de ambos preceptos, donde se señala que se *podrá imponer o no* en atención a la menor peligrosidad del autor.

³³ Conforme a la LO 2/2015, la previsión de la libertad vigilada en delitos de terrorismo se encuentra ahora en el art. 579 bis.2 CP.

³⁴ Ampliamente, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en *La ley: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 86, octubre, 2001, pp. 27-28; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7 (enero), 2012, pp. 25-26; PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, “La orientación político criminal del Proyecto de reforma del CP”, en Diego Díaz-Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (Coords.), *De los delitos y de las Penas, hoy: La nueva reforma del CP*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 20.

³⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “La introducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?”, Ponencia pronunciada en Madrid, dentro de las XXXII *Jornadas organizadas por la Abogacía General del Estado. El nuevo Código Penal*, los días 17 y 18 de noviembre de 2010, pp. 1-16. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342418143?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_%C3%8D%C3%B1igo_Ortiz_de_Urbina_Gimeno.PDF, pp. 11-12 afirma que la reincidencia varía en función de los distintos grupos terroristas que consideremos. Así, en los años 80, el índice de reincidencia de los GRAPO era muy elevado, pero sus miembros suponen un número muy reducido de la totalidad de terroristas que han actuado en España y actualmente su índice de reincidencia está en niveles próximos a cero. En el caso de los miembros de ETA, su índice de reincidencia es asimismo muy bajo y, si reincidieran, los delitos que cometen no suelen ser de la misma naturaleza que los que cometieron en el pasado.

³⁶ En virtud de la modificación del CP por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “La introducción de la libertad...”, op. cit., p. 12. Igualmente, HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 127.

implantación efectiva de esta medida. En consecuencia, en el caso de los etarras, sólo podrá imponerse esta medida a los que delinquieron entre diciembre de 2010 y octubre de 2011. Por tanto, por mucho que se haya previsto su aplicación, su efectiva ejecución en estos casos es pura ficción, lo que demuestra que nos encontramos ante una nueva manifestación del derecho penal simbólico.

Es cierto que el terrorismo no termina con ETA y que el yihadismo islámico continúa siendo una amenaza constante. Pero no nos engañemos, cuando el Legislador pensó en implantar esta medida en el ámbito de los delitos de terrorismo lo hizo para “compensar” la excarcelación de algunos casos de terroristas de ETA que escandalizó a gran parte de la opinión pública. Hecho que no guarda relación con la fundamentación de esta medida, pues no hay que olvidar que aunque el terrorista sea un delincuente por convicción, no tiene alteradas las bases de su imputabilidad penal, en la medida en que no tiene connotaciones psicopatológicas.

En relación con la imposición de la libertad vigilada a **delincuentes sexuales**, tiene su razón en el fenómeno denominado *sexual predator* y en los antecedentes que, como respuesta al mismo, se vienen imponiendo en las últimas décadas en el Derecho comparado³⁸. Sin embargo, el Legislador no ha distinguido entre los diferentes tipos de delincuentes sexuales; el art. 192 simplemente explicita a “los condenados a pena de prisión” cuando no todos tienen la misma entidad, ni estadísticamente todos van acompañados del mismo índice de reincidencia. Por ejemplo, ¿tiene sentido imponerla al acosador sexual? ¿Al proxeneta?³⁹

2.3.2. LO 1/2015: de carácter facultativo con ampliación del ámbito de aplicación a delitos contra la vida, a maltrato ocasional en el ámbito familiar y a violencia doméstica habitual

Sin que haya habido una evaluación de la eficacia de la medida, la LO 1/2015 prevé además su imposición de forma facultativa (“podrá imponer”) por un tiempo de hasta 10 años (art. 105.2 CP), en los siguientes preceptos: 140 bis CP (todos los delitos contra la vida), 156 ter CP (maltrato ocasional en el ámbito familiar) y 173.2 CP (violencia doméstica habitual).

Con respecto al art. 140 bis CP, aunque la previsión está ubicada después de los delitos de homicidio doloso y de asesinato, determina expresamente la aplicación de la medida a los “delitos comprendidos en este Título”, lo que permite imponerla, por ejemplo, al homicidio imprudente o a la inducción y cooperación necesaria al suicidio. Parece adecuada la ubicación de esta figura, pues de acuerdo con lo que vengo manteniendo, su aplicación es idónea en el caso de asesinos psicópatas seriales, luego su aplicación extensiva a todos los delitos del Título supone un defecto de técnica legislativa que debe subsanarse.

En relación con los delitos de maltrato ocasional y habitual en el ámbito doméstico, el Legislador denota otra contradicción al no haberlo pensado igualmente para los arts. 171.5 y 172.2 CP (amenazas y coacciones en el ámbito familiar, respectivamente) cuando por coherencia debería haberse previsto para dar idéntica respuesta a todos los delitos relacionados con este tipo de violencia, si político criminalmente se considerara conveniente la aplicación de la libertad vigilada en este ámbito. Yo no lo creo pues los delincuentes de este tipo de violencia no tienen el perfil anteriormente mencionado, que debe ser la guía para la aplicación de la medida. Es cierto que los programas de reeducación y tratamiento psicológico en maltratadores como alternativa a la suspensión de la condena, tienen una duración de nueve meses, tiempo insuficiente, dadas las características de estos casos, para obtener resultados exitosos en el tratamiento. O cuando se les condena por estos delitos, la pena de prisión impuesta no puede superar los tres años, tiempo también insuficiente para que los programas de tratamiento psicológico puedan ser efectivos a efectos de la disminución de la peligrosidad del

³⁸ Para ampliar información al respecto, puede consultarse mi trabajo, *La libertad vigilada...*, op. cit., pp. 43-46. A mayor abundamiento, resulta muy útil el exhaustivo estudio de Derecho comparado realizado por SALAT PAISAL, Marc, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 65-276.

³⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, p. 5.

agresor. Pero es el tiempo que corresponde conforme al principio de legalidad y proporcionalidad de las penas.

En general, hay que advertir, además, el escaso efecto intimidatorio de las penas en los autores de estos delitos que son delincuentes por convicción -a estos efectos, igual que los delincuentes terroristas-, dispuestos, incluso a suicidarse posteriormente con tal de llegar a su propósito, teniendo en cuenta, por otro lado, la compleja realidad que acompaña a este tipo de delincuencia. Está constatado igualmente, que los mayores riesgos de reincidencia se estiman cuando sale de prisión, pero para reducir ese riesgo el ordenamiento ya ha previsto que la pena accesoria de alejamiento tenga una duración superior a la pena de prisión impuesta, lo que va a producir, por cierto, como veremos más adelante, un solapamiento entre ambos tipos de consecuencias jurídicas.

Por todo ello, a pesar del drama que subyace a muchos de estos supuestos, no veo útil la medida de libertad vigilada, cuya aplicación debe estar fundamentada en los trastornos anteriormente desarrollados. Como es sabido, este tipo de violencia no se soluciona prolongando indefinidamente el alejamiento sino mejorando la terapia y, sobre todo, educando en igualdad.

En definitiva, en mi opinión debe restringirse el ámbito de aplicación de la libertad vigilada a los siguientes delitos: asesinatos realizados por psicópatas u otro tipo de delincuentes con trastornos de la personalidad cuyo pronóstico de reincidencia⁴⁰ y, por tanto de peligrosidad, se demuestre que es elevado (para evitar asesinatos en serie), a los delitos de agresiones sexuales y a todos los demás delitos sexuales que lleven aparejada pena de prisión cometidos sobre menores, debiendo suprimirse en todos los demás ámbitos (incluidos los delitos de terrorismo y los de violencia de género). En el caso de los asesinatos, será operativa siempre y cuando se suprimiera la pena de prisión permanente revisable, pues de mantenerse, como detallaré más adelante (cfr., *infra*), la ejecución de la libertad vigilada en la práctica será imposible.

Es decir, perfiles de peligrosidad, basados en patologías de conducta con pronóstico elevado de reincidencia en el ámbito de los delitos graves.

Siguiendo con este argumento, me atrevería afirmar, dentro de la restricción del ámbito concreto de aplicación de esta medida, que debe otorgarse al juez la facultad de elegir la aplicación excepcional de la libertad vigilada cuando el sujeto haya cometido un único delito pero se constate que los predictores de riesgo de repetición delictiva son absolutamente inmodificables, lo que ocurrirá únicamente en determinados perfiles de peligrosidad anteriormente señalados, basados en trastornos graves de la personalidad (psicópatas con un índice 40 en la escala de Hare).

2.4. La presunción de peligrosidad

La regulación de la libertad vigilada en la Reforma de 2010 estableció una presunción *iuris tantum* de peligrosidad futura de la persona, en el momento de ser condenada atendiendo a un específico perfil deducido de la propia naturaleza⁴¹ de los delitos cometidos (contra la libertad o indemnidad sexuales o de terrorismo) y, por tanto, sin ninguna comprobación científica o empírica⁴² pues ni siquiera se constata necesariamente por la reincidencia ya que ésta, por lo

⁴⁰ A su vez, como indica SALAT PAISAL, Marc, *La respuesta jurídico-penal...*, op. cit. p. 389, si realmente existe riesgo de reincidencia y se impone la medida de libertad vigilada, deberá eliminarse la agravante de reincidencia.

⁴¹ NISTAL BURÓN, Javier, "La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 793/2010, p. 3 "se estará incurriendo en un Derecho penal de excepción, lo que no deja de ser una iniciativa jurídicamente arriesgada". Igualmente, URRUELA MORA, Asier, "Capítulo 30: "Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada", en *Memento Experto. Reforma Penal 2010. LO 5/2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 661. CARUSO FONTÁN, Viviana, "Sobre el fundamento y justificación...", op. cit., p. 8.

⁴² Como afirma GARCÍA ALBERO, Ramón, "La nueva medida", op. cit., p. 5. EL MISMO, "De las medidas de seguridad", en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 692. En el mismo sentido BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, "La nueva medida", op. cit., p. 102, lo que contradice los principios de aplicación de las medidas de seguridad. Gráficamente, HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., p. 121, afirma: "Dicho de una manera sencilla: se impone «para por si acaso»...

general, no se exige -rezan los preceptos correspondientes: “uno o varios delitos”-. Sólo se tiene en cuenta -como se ha mencionado *supra*- en el último inciso del art. 192.1 CP y en el último inciso del art. 579 bis.2 CP, cuando se alude a delincuente primario por delito menos grave al que le podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor (recordemos que a estos efectos estos dos preceptos no se han modificado en las LO 1/2015 y 2/2015).

Se trata, en definitiva, de un juicio de peligrosidad no fundamentado⁴³ al preverse que ésta subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión, sin añadir ningún otro requisito al respecto.

No obstante, deja la puerta abierta para desvirtuar la presunción en la medida en que, como mantiene el vigente art. 106.2, II CP, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad se prevé que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no sólo pueda cambiar las obligaciones del penado durante la ejecución de la pena de libertad vigilada, de acuerdo con ese pronóstico de peligrosidad variable, sino también reducir la medida de libertad vigilada o, incluso, dejarla sin efecto en cualquier momento de su cumplimiento, es decir, incluso en el mismo momento del comienzo de su ejecución «ex art. 106. 3 c) CP». Es más, una interpretación sistemática del art. 106. 3 CP con los arts. 97 CP (el Juez sentenciador “adoptará”) y 98 CP el Juez de Vigilancia Penitenciaria “estará obligado”), permite sostener la obligatoriedad⁴⁴ del juez o tribunal sentenciador de adoptar, al menos antes de dos meses de la extinción de la pena, el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida cuando ésta no resulte necesaria.

Además de establecer el Legislador de 2010 ese juicio de peligrosidad atendiendo a un específico perfil, el de los delincuentes sexuales y el de los terroristas, este pronóstico se intensifica cuando el delito es grave (pena de prisión superior a 5 años). Por el contrario la presunción de peligrosidad puede desvirtuarse más fácilmente (“menor peligrosidad del autor”) cuando el delito es menos grave siendo además delincuente primario.

Es decir, para el Legislador de 2010 el hecho de *ser primario* es revelador de una menor peligrosidad y, sin embargo, a pesar de ello, puede imponérsele la medida de libertad vigilada lo que supone un contrasentido y una falta de justificación de la aplicación de la medida en estos casos (¿sobre qué base se impone en estos supuestos?). Por otro lado, el hecho de preverse la aplicación obligatoria de la medida cuando el delito fuera grave y sólo facultativa cuando se trate de un delito menos grave, parece fundamentarse en la falsa consideración -como se ha mantenido *supra*-, de que de la mayor gravedad de ciertos injustos se deduce necesariamente un incremento de la peligrosidad de sus autores (presunción *iuris et de iure* en determinados supuestos), al mismo tiempo que demuestra la confusión del fundamento de imposición de las penas y de las medidas.

De otra parte⁴⁵, suscita dudas lo que el Legislador entiende por delincuente *primario*: ¿Debe ser aquél que nunca ha cometido un delito o puede haberlo realizado siempre que se trate de una infracción de naturaleza diferente?

Por su parte, la LO 1/2015, en relación con los delitos a los que amplía su aplicación, prevé la imposición de la medida de libertad vigilada de forma facultativa “se les podrá imponer”, lo

⁴³ Desde esta perspectiva, CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2001op. cit., p. 908 mantiene que la peligrosidad ha de quedar probada pues así lo establece el art. 95.1.2º CP, con el que debe coordinarse su regulación pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de presunción de inocencia.

⁴⁴ *Vid.*, REBOLLO VARGAS, Rafael, “De las medidas de seguridad”, en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, (Córdoba Roda y García Arán), Barcelona: Marcial Pons, 2011op. cit., p. 860. O, como indica DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, p. 188, mantener este carácter facultativo del término “podrá” no significa que el tribunal sentenciador pueda o no adoptar alguna de las decisiones previstas en el art. 106.3 CP sino que debe interpretarse en el sentido de no descartar la posibilidad de que en el transcurso de la medida puedan aparecer otras circunstancias no contempladas en el art. 106.3 CP.

⁴⁵ URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 668.

cual evidentemente es positivo porque implica necesariamente un juicio fundamentado de peligrosidad en el momento de la imposición de la sentencia, debiendo constatarse entonces el pronóstico de probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Lo incoherente es que haya dos categorías diferentes: por un lado, los delitos de terrorismo y contra libertad sexual para los cuales, por regla general ex art. 579 bis.2 y 192.1 CP, es preceptiva la imposición, y de otro lado, los delitos contra la vida, maltrato ocasional y violencia doméstica habitual, para los que la imposición de la libertad vigilada es facultativa. En consecuencia, en el caso de los delitos a los que se amplía el ámbito de aplicación de la libertad vigilada por virtud de la LO 1/2015, se establece un doble control de peligrosidad: en el momento de la imposición de la sentencia y en el momento de la ejecución de la medida. Lo cual no tiene ninguna justificación.

2.5. Cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad

La libertad vigilada se ejecuta después de extinguida la pena de prisión impuesta (art. 106.2.I CP), por tanto, después de cumplida la fase de libertad condicional. Este momento de cumplimiento de la medida plantea a priori dos problemas: la posible incompatibilidad con el régimen progresivo penitenciario y la dificultad de asegurar en el momento de la imposición de la medida, que ese pronóstico vaya a mantenerse en el momento de la ejecución.

Con respecto al primer problema, la libertad vigilada parece incompatible con el régimen progresivo⁴⁶ penitenciario al suponer un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, pues es más restrictiva que esta última fase de cumplimiento de la pena. Ello obliga a prestar especial atención⁴⁷ al control de las obligaciones que dotan de contenido la libertad vigilada. Si el sujeto alcanzó la libertad condicional, normalmente no procederá la libertad vigilada salvo que haya habido un cambio radical de las circunstancias del sujeto relativas a un pronóstico sobrevenido de peligrosidad inexistente en el momento de haber alcanzado la libertad condicional, lo que será absolutamente excepcional. A mayor abundamiento⁴⁸ esta posibilidad excepcional de aplicación de la libertad vigilada será aún más excepcional en el caso de delinquentes terroristas dado el régimen agravado que impone el CP a este tipo de delinquentes para acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

Por no hablar de la práctica imposibilidad de aplicar la libertad vigilada en algunos de los delitos contra la vida para los que está prevista tras la LO 1/2015. Por ejemplo, ¿cuándo se aplica la libertad vigilada en un asesinato castigado con pena de prisión permanente revisable si uno de los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, conforme al art. 92 CP, además de haber cumplido veinticinco años en prisión, es que en ese momento exista un pronóstico favorable de reinserción social? ¿No resulta un contrasentido que a la persona a la que se le revisa una prisión permanente por falta de peligrosidad pueda ejecutársele a continuación una medida de libertad vigilada basada en un pronóstico de peligrosidad?

⁴⁶ Informe CGPJ al Anteproyecto de Modificación de CP de 2008, p. 38. También DÍAZ SASTRE, Cristina, "Las medidas de seguridad...", op. cit., p. 56. SANTANA VEGA, Dulce M^a, "La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, p. 470; Sobre incompatibilidad de esta medida y el régimen de tercer grado y libertad condicional, *vid.*, NISTAL BURÓN, Javier, "La nueva medida...", op. cit., pp. 4-8. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, "Medidas de seguridad", en *Estudio Crítico*, op. cit., p. 435: "¿qué es la libertad condicional, sino una libertad vigilada?"; ALAMBRA PÉREZ, Pilar, "Aspectos prácticos de las modificaciones más relevantes contenidas en la Parte general del Código Penal", en *Problemas prácticos derivados de la reciente reforma del Código Penal*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 34; GARCÍA RODRÍGUEZ, M^a Aránzazu, "Medidas de seguridad: problemas derivados de la ejecución de la medida de internamiento. Medida de sumisión a tratamiento ambulatorio. Especial mención de la libertad vigilada", en *Ejecución penal*, 1^a ed., Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2013, p. 25. Ampliamente, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, "Consideraciones político-criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada", en *Revista Jurídica de la UAM*, n^o 25, 2012-I, pp. 205-206. EL MISMO, "Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada", en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 265-266. También, LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, "Clasificación penitenciaria y libertad vigilada", en *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n^o 96-97, septiembre-octubre, 2012, pp. 4-7. HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., pp. 123-124.

⁴⁷ Como ya advirtió el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, p. 38.

⁴⁸ Siguiendo a HUERTA TOCILDO, Susana, "Esa extraña consecuencia del delito...", op. cit., p. 124.

El Proyecto de CP de 2013 intentó compatibilizar ambas figuras al declarar en uno de sus preceptos, el art. 106.4 que “cuando se acordara la suspensión de la ejecución de una pena de prisión o se concediere al penado la libertad condicional y estuviese pendiente de ser cumplida una medida de libertad vigilada, su contenido se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 104 bis, y se incluirán en su caso en la misma las obligaciones y condiciones de que se hubiera hecho depender la suspensión o la libertad condicional”. Sin embargo, esta previsión no se ha hecho efectiva en la LO 1/2015, por lo que volvemos a padecer el mismo problema de incompatibilidad.

En cuanto al segundo problema enunciado, hay que destacar que el hecho de que la imposición de la libertad vigilada esté tan alejada del momento de su ejecución supone inevitablemente la dificultad de asegurar⁴⁹ en el momento de la imposición de la medida que este pronóstico vaya a mantenerse después de la extinción de la pena privativa de libertad, momento en que debe empezar a ejecutarse la medida. Sin embargo, se ha hecho así -entendiendo que correctamente-, en primer lugar, porque la imposición de otra consecuencia jurídica tras el cumplimiento de la pena sin haberse previsto previamente infringiría el principio *non bis in idem*⁵⁰ y segundo porque “si se configurase por razón de una subsistente y autónoma peligrosidad criminal, entonces estaríamos en presencia de medidas de seguridad predelictuales”⁵¹, con lo cual esta medida debe vincularse con el hecho delictivo realizado y no con el hipotético futuro delito.

2.6. Contenido de la medida

El art. 106 vigente tras proporcionar una definición de 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”, establece un catálogo de ellas en que puede concretarse esta figura, que podemos dividir en tres grupos⁵². Primero, las que tienden a vigilar la libertad del sometido a esta medida, sin que vaya acompañado de ningún fin rehabilitador, por tanto, las que tienen un carácter meramente asegurativo y, en consecuencia, incoherente con lo manifestado en la Exposición de Motivos “sin cejar en el esfuerzo rehabilitador”, y que serían las siguientes: art. 106.1 a): “Obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”. Necesita combinarse con otras obligaciones si queremos que sirva esta medida de algo más que de mera inocuidad. No se especifica quién controla estos medios telemáticos⁵³. Lo que sí permite deducirse de su redacción es el sistema

⁴⁹ Precisamente porque no es posible asegurar este pronóstico en el momento de la imposición de la medida, CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito...”, op.cit., p. 908, afirma que la conclusión obligada será la de que la peligrosidad no está probada y de que, en consecuencia, no puede en la sentencia acordarse la imposición de dicha medida de seguridad”.

⁵⁰ CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, nº 22, 2008, p. 20; GARCÍA ALBERO, Ramón, en QUINTERO..., op. cit., p. 685; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 1, 2009, pp. 205 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (ReCrim)*, 2009, <http://www.uv.es/re-crim/re-crim09/re-crim09a05.pdf>, p. 299. En contra, HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito...”, op. cit., pp. 129-132, quien añade (p. 132) “no sólo nada impide que la libertad vigilada sea impuesta tras el cumplimiento de la pena y no antes, sino que de las consideraciones anteriormente expuestas se deduce que su imposición en sentencia condenatoria plantea serios problemas de compatibilidad con lo que se dice ser su fundamento y finalidad”. Fundamentalmente se refiere (p. 131) a que los problemas de cohabitación de la libertad vigilada con la concesión de la libertad condicional o con el paso al tercer grado penitenciario quedarían resueltos si la libertad vigilada no fuera impuesta en la sentencia sino una vez cumplida la condena.

⁵¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “la nueva medida...”, op. cit., p. 1.

⁵² Véase ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 192 y ss.; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada...”, op. cit., pp. 32 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida...”, op. cit., pp. 170-175, todos en referencia a la Reforma por LO 5/2010.

⁵³ Además de ello, con la implantación de esta medida se vuelven a reproducir todos los problemas planteados en referencia a los mecanismos de control telemático de penados -que no es este lugar el idóneo para desarrollarlos-. Baste apuntar la invasión de la libertad y de la intimidad del individuo lo que hace imprescindible una normativa que desarrolle los requisitos, alcance y contenido de esta medida para conseguir una adecuada ponderación de intereses. Puede consultarse al respecto mi trabajo, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 11 y ss. E igualmente, en el ámbito concreto de la libertad vigilada, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada

de seguimiento que se utilizará para cumplir esta obligación, que no puede ser otro que el GPS (Sistema de Posicionamiento Global) pues es la técnica que permite controlar todo movimiento del sujeto mediante una red de satélites (“*su seguimiento permanente*”), a diferencia de otros sistemas, menos injerentes, como el de vigilancia electrónica activa⁵⁴, que detecta el lugar en que se encuentra el sujeto únicamente en la franja horaria previamente programada por software. Y parece, de otro lado, estructurarse como medida autónoma⁵⁵ y no como instrumento de control orientado a garantizar el cumplimiento de otras medidas, obligaciones o prohibiciones impuestas al penado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la LO 1/2015 ha añadido un párrafo 3º al art. 468 CP donde se señala que la inutilización o perturbación de estos dispositivos constituye delito de quebrantamiento de condena, que puede llegar a constituir una vulneración del principio non bis in idem cuando esta obligación se aplique en delitos relacionados con la violencia doméstica, pues en la medida en que, conforme al art. 57 CP, la pena accesoria de alejamiento se impone en estos delitos obligatoriamente con una duración superior a la de la pena de prisión impuesta, en el caso de que se ejecute la misma mediante dispositivos electrónicos, la inutilización o perturbación de los mismos, además de constituir un posible delito de quebrantamiento puede conformar un delito de desobediencia⁵⁶.

-Las letras b) y c): “*obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca*” y *de comunicar inmediatamente el cambio del lugar de residencia o de trabajo*, medidas a las que se recurre en el ámbito de la prisión provisional (art. 530 LECrim).

-La d) prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez o Tribunal.

-Y la i) “*prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza*”, pues al no ir acompañada de ningún programa educativo o formativo, la mera prohibición tiene carácter meramente asegurativo.

Se trata de una medida similar a la prevista en el & 68 a) del StGB, cuyo contenido podría consistir, por ejemplo, en el caso de delincuentes pederastas, en la prohibición de trabajar como monitor de tiempo libre, de clubs deportivos⁵⁷ o de otras actividades extraescolares, como granjas escuelas, que le faciliten el contacto directo con menores.

El segundo grupo de medidas son las que hacen hincapié en la protección de las víctimas y están previstas en los números e), f), g) y h) del art. 106 CP: e) prohibición de aproximarse a la víctima, f) prohibición de comunicarse con ella g) prohibición de acudir a determinados lugares y h) prohibición de residir en determinados lugares. Coinciden con ligeras modificaciones con la triple dimensión de la pena accesoria de alejamiento (art. 48 CP) y, a su vez, también con ligeras modificaciones, con algunas de las derogadas medidas de seguridad no privativas de libertad previstas antes de la Reforma de 2010 en el art. 96.3, 3ª, 4ª y 5ª CP. Igualmente se

bajo control de sistemas telemáticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 11, 2009, pp. 1-35. EL MISMO, *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 11 y ss., especialmente, pp. 81 y ss.

⁵⁴ Desde esta perspectiva, parecía más idónea la redacción prevista en el Proyecto de 2013 que finalmente no ha prosperado: “*Obligación de llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos, que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1ª a 4ª. Esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos del artículo 57 de este Código*”, en primer lugar porque se configuraba no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento de control orientado a garantizar el cumplimiento de las reglas señaladas. Y en segundo lugar, suponía una menor injerencia en la intimidad y libertad del penado, pues parece deducirse de su redacción -*controlar los horarios en que se acude a determinados lugares*-, que no es un seguimiento permanente de movimientos controlado por GPS (Sistema de Posicionamiento Global) sino uno de vigilancia electrónica activa.

⁵⁵ *Id.*, al respecto, URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 661.

⁵⁶ Cfr., Circular 6/2011 FGE de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*.

⁵⁷ En este sentido, URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 664.

corresponden con algunas de las obligaciones o deberes a cuyo cumplimiento puede condicionarse la suspensión de la ejecución de la pena en el actual art. 83.1. 1ª, 2ª y 3ª⁵⁸ CP.

Finalmente, la única con contenido rehabilitador es la prevista en la letra j): “*obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares*”, que coincide igualmente con la derogada por la LO 5/2010 medida de seguridad no privativa de libertad 96.3. 12ª CP.

Todo ello denota un trasvase penas privativas de derechos previstas para imputables/medidas de seguridad para inimputables/libertad vigilada para imputables e inimputables, utilizado sin fundamento, que irremediablemente obligará al juez a interpretar esta medida en algunas de sus modalidades del modo que se venía aplicando en relación, por ejemplo, con la pena de alejamiento (prevista en los artículos 48 y 57 CP) o con la medida de seguridad equivalente derogada, dispuestas estas últimas con más concreción que la actual. En definitiva⁵⁹, ha venido a alterar de manera significativa la sistemática tradicional del Código Penal sobre las medidas de seguridad.

En concreto, la obligación de imponer la medida de libertad vigilada en el art. 192 CP (delitos relativos a la libertad sexual), o la posibilidad de aplicarla en el delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP), junto con la obligatoriedad al mismo tiempo de la imposición de la pena accesoria con idéntico contenido, va a plantear problemas de compatibilidad⁶⁰ pues, aunque el fundamento sea aparentemente distinto, desde el momento en que su imposición deriva de la peligrosidad subsistente del sujeto imputable tras cumplir la pena correspondiente, el contenido real es idéntico, teniendo en cuenta además que la libertad vigilada es de ejecución posterior a la privativa de libertad correspondiente, mientras que las privativas de derechos se tienen que cumplir de forma simultánea a la pena de prisión pero con una duración superior a aquélla, por lo que, al menos en parte, coinciden en el tiempo⁶¹.

⁵⁸ Artículo 83: “1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1.ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3.ª Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida”.

⁵⁹ Como destaca NISTAL BURÓN, Javier, “El cumplimiento de las medidas de seguridad...”, op. cit., p. 1.

⁶⁰ Véase también, CAZORLA PRIETO, Soledad, “Un año más en torno a la violencia sobre la mujer. Algunos problemas suscitados”, en *Jornadas especialistas en violencia doméstica y de género*, Madrid: Centro de estudios Jurídicos, 2013, p. 19. TOMÁS GÓMEZ, María Pilar, “Medidas de seguridad no privativas de libertad. Especial referencia a la libertad vigilada”, en *Medidas de seguridad: régimen vigente y perspectivas de futuro*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2013, p. 21.

⁶¹ A pesar de ello, la STS nº 347/2013, de 9 de abril, en un supuesto de abusos a menores, declara compatible la libertad vigilada con la pena accesoria de alejamiento. Así, indica que no existe esa invocada duplicidad entre las dos consecuencias que deben acarrear los delitos imputados, ya que no tienen por qué coincidir en el tiempo de cumplimiento. La libertad vigilada (art. 105.1.a) y 192 CP) se cumplirá con posterioridad a la privación de libertad y la prohibición de aproximación se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión, según impone el art. 57, por más que la duración de aquélla exceda la de ésta”. Declara, por tanto, esta compatibilidad entre la libertad vigilada y la pena de prohibición de aproximación a la víctima a pesar del solapamiento parcial. Expresamente, mantiene que “la coincidencia temporal no alcanza a la libertad vigilada”. Afirmación que no entendemos a no ser que se interprete que la mayor duración del alejamiento respecto del de la pena se ejecuta bajo el régimen de libertad vigilada. Por el contrario, la sentencia de instancia, además de la pena de prisión, imponía la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, a ejecutar una vez cumplidas las penas privativas de libertad sin que constase en el fallo ningún pronunciamiento sobre la pena de prohibición de aproximación del art. 57.1 y 48.2 del CP. La sentencia había excluido la imposición de las penas accesorias previstas en tales preceptos por considerar que “sus fines y efectos” ya son realizables mediante la libertad vigilada, por lo que sería una duplicidad innecesaria. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Consideraciones político-criminales...”, op. cit., p. 198, por su parte, augura lo que se hará en la praxis judicial: “entendemos que los Jueces irán a lo seguro: imposición en la sentencia condenatoria de penas privativas de derechos (con una duración mayor que la pena privativa de libertad) y, si en su momento se debe cumplir la medida de libertad vigilada, excluirán estas prohibiciones de su contenido”. EL MISMO, “Algunas cuestiones...”, op. cit., p. 257. En efecto, la práctica jurisprudencial (vid., por ejemplo, SAP Cuenca, nº 10/2014, de 29 de abril; SAP, 1ª, Cuenca nº 9/2014, de 22 de abril; SAP Valencia, 3ª, nº 223/2014, de 6 de marzo; SAP Baleares, 2ª, nº 47/2014, de 6 de marzo; SAP Salamanca, 1ª, nº 2/2014, de 4 de marzo; SAP Huelva, 1ª, nº 38/2013, de 18 de febrero; STS nº 411/2014, de 26 de mayo; STS nº 44/2014, de 4 de febrero; STS nº 618/2014, de 24 de septiembre; STS, 1ª, 651/2013), imponen en la sentencia condenatoria la pena de alejamiento – de mayor duración que la pena de prisión- junto con la libertad vigilada. Todas las sentencias reseñadas aplican la libertad vigilada en delitos de abusos y de agresiones sexuales combinados estos delitos o no, con algún otro delito de naturaleza sexual (por ejemplo, la SAP Valencia, 3ª, nº 223/2014, de 6 de marzo, condena por varios delitos de acoso sexual junto con otro de agresión sexual).

En definitiva, aunque técnicamente no habría problemas de *bis in idem* por apoyarse en fundamentos diferentes⁶², ahora bien en la medida en que el contenido de la libertad vigilada en determinadas obligaciones es prácticamente idéntico a las penas accesorias, el juez deberá resolver en cada caso concreto el posible solapamiento no tanto, como decimos, por vulneración del principio *non bis in idem* sino por la propia efectividad de la medida, de cara a contrarrestar la peligrosidad subsistente del sujeto. Ello vuelve a demostrar una vez más el fraude de etiquetas.

Especial mención merece la medida prevista en el apartado k) “*La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*”. Esta obligación estaba prevista antes de la Reforma de CP de 2010, en el art. 96.3. 11ª, como medida de seguridad aplicable a inimputables o semiimputables⁶³. Sin embargo, la citada LO 5/2010, traspasa este contenido a una de las obligaciones de la libertad vigilada aplicada en este caso a imputables, lo cual denota que el Legislador de 2010 olvida el presupuesto básico de que el sujeto, tanto en el momento de la imposición de la sentencia como en el momento de la ejecución de la medida, ha sido considerado plenamente responsable.

Y, en consecuencia, desconoce que toda cuestión relativa a la admisión o rechazo de un tratamiento médico de un imputable, forma parte del desarrollo a la autodeterminación personal y, por tanto, todo tratamiento médico coactivo es contrario a la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, que exige la voluntariedad del sujeto capaz a la hora de aceptar o rechazar cualquier tipo de tratamiento y puede implicar, en consecuencia, un atentado a la dignidad humana. La única posibilidad de mantener esta medida compatible con la Constitución es transformarla en una opción promocional, esto es, no coactiva⁶⁴ tal como se aplica en otros países, como en Alemania, donde si el sujeto se somete a tratamiento médico, la «vigilancia orientadora» (& 68 SGTB) tendrá una duración menor que si no se somete.

No obstante, no hay que olvidar que las únicas personas para las que –en mi opinión– podría ser útil la libertad vigilada, una vez restringido el ámbito de aplicación, son calificadas como “plenamente” imputables pero con graves trastornos de la personalidad, lo que, a mi modo de ver, como vengo manteniendo, debería ser tomado en cuenta para un replanteamiento de las categorías de inimputabilidad, que determinaría una semiimputabilidad o próxima a ella. Ahora bien, una cosa es que esto –a mi juicio– deba ser así y otra muy distinta que deba implicar la aplicación a estos sujetos –aun siendo semiimputables– de un tratamiento médico externo de forma obligatoria, particularmente si tenemos en mente que ese tratamiento ambulatorio puede ser la castración química, pues se trata de una terapia de reducción hormonal reversible no precisa del internamiento del paciente.

Es decir, ni siquiera en aquellos casos absolutamente excepcionales de delincuentes muy violentos debe aplicarse la castración química de forma involuntaria, pues en estos supuestos el delito de coacciones y el atentado contra su dignidad, no justificaría ni el eventual interés de procurar la mejora de su salud, ni el hipotético beneficio que la sociedad consiguiera de ello.

En otras palabras: adviértase que esta posibilidad de aplicación eficaz y ponderada de la medida no se cumplirá nunca en el caso de la imposición coactiva de la castración involuntaria,

⁶² Ampliamente, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *InDret* (3), 2008, pp. 17-20.

⁶³ Aunque no hay una regulación legal específica sobre esta materia, el TAI (tratamiento ambulatorio involuntario) aplicable en España sólo a personas con anomalías psíquicas – y, por tanto inimputables o semiimputables– es un hecho consumado: se administran gotas de haloperidol en la comida sin conocimiento del enfermo o se inyecta medicación *depot* aunque el enfermo exprese su reticencia y sin que se haya solicitado al Juzgado una autorización para obligar al paciente a un tratamiento involuntario. Desde la experiencia clínica es útil en algunos enfermos, ya que previene el empeoramiento de su enfermedad. *Vid.*, al respecto, HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel, PÉREZ PRIETO, Juan Francisco; CAÑETE NICOLÁS, Guillem; LERA CALATAYUD, Carlos; ROCHE MILLÁN, Teresa, “Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para personas con enfermedad mental grave”, en *Psiquiatría Biológica*, vol. 13, nº 5, septiembre, 2006, pp. 183-187.

⁶⁴ De esta opinión JIMÉNEZ MARTÍNEZ Custodia, “La libertad vigilada...”, op. cit., pp. 37-38. DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales”, op. cit., p. 36. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., pp. 313-314. URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 664.

pues los constatados efectos secundarios de la misma, impedirán que se ajuste a los principios de adecuación y de proporcionalidad.

En relación con otro tipo de terapias menos invasivas, habría que plantearse *de lege ferenda* caso por caso, si la coacción que supone su aplicación involuntaria a delincuentes –insisto– semiimputables muy violentos, cumple los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta en la ponderación la ausencia de efectos secundarios físicos o psíquicos sobre el sometido a la misma⁶⁵.

Precisamente por todos estos inconvenientes, el Legislador de 2010, consciente de las críticas vertidas al respecto, complementa acertadamente esta “obligación” prevista en la letra k) con la adición en el art. 100 CP de un tercer párrafo que prescribe que la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico en ningún caso constituirá quebrantamiento de condena.

2.7. Vigilancia de la ejecución de la medida

En la concreción del contenido de la libertad vigilada como en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen, conforme al art. 98 CP, tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde resolver motivadamente a la vista de la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

A pesar de este control doblemente judicial el CP no desarrolla cómo el mismo ha de realizarse cómo se vigila la ejecución por lo que hay un vacío normativo que impide dotar a esta figura de un completo contenido material. El Artículo 23 del RD 840/2011, de 17 de junio, sobre Competencia de la A. Penitenciaria tampoco desarrolla las funciones. Es imprescindible para que el Juez de Vigilancia Penitencia pueda cumplir adecuadamente su función de control, que se prevea la figura del agente de ejecución⁶⁶ de esta medida. Estos asistentes deberán ser profesionales tales como psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales, técnicos de integración social, de modo que el control que se ejerce sobre estas personas cumpla una finalidad terapéutica y asistencial, que ayude al condenado a superar los rasgos de peligrosidad. Y si no hay dotación presupuestaria prevista para estos funcionarios esta figura no servirá de nada.

2.8. Quebrantamiento de la medida

El artículo 100 CP que regula el régimen de incumplimiento de las medidas de seguridad, prevé en su apartado 3º, en relación con el apartado 2º, que el quebrantamiento en *una sola ocasión* de una medida de seguridad (ya sea privativa o no privativa de libertad) dará lugar en todo caso a que el Juez o Tribunal deduzca testimonio por el quebrantamiento, mientras que, con-

⁶⁵ Al respecto que el estudio de Duke University (cfr., HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel (et. al.) “Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI)...”, op. cit., p. 185, sugiere que una orden de TAI mantenida (180 días o más), cuando es combinada con servicios de salud mental intensivos, puede incrementar la adhesión al tratamiento y reducir el riesgo de resultados negativos, como recaídas, conducta violenta, victimización o detenciones. Hay que advertir que este estudio está referido, fundamentalmente, a enfermos agresivos con graves anomalías psíquicas. Sin embargo, también se mantiene en enfermos psicópatas. Véase, por ejemplo, SANMARTÍN SPLUGES, José, *Conclusiones del IV Encuentro Internacional “Psicópatas y asesinos en serie”*, organizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Valencia, 15 y 16 de noviembre de 1999, <http://www.gva.es/violencia/crs/crs/1.4encuentro.html> p. 61, quien en relación con los psicópatas, considera que no debe dejarse al libre albedrío de este tipo de enfermos el recibir o no, terapia. Sobre el tratamiento terapéutico de los delincuentes sexuales, GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, “Las respuestas a la delincuencia sexual: entre la resocialización y la inoquización”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014, pp. 24 y ss.

⁶⁶ Puede tomarse como referencia la figura del agente responsable de la Führungsaufsicht del Código Penal alemán o la figura del *parole officer* en el sistema anglosajón. Sobre la necesidad de prever agentes o asistentes de esta libertad vigilada, DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos...”, op. cit., p. 37. MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del gente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 7074, 11 de diciembre de 2008, pp. 1 y ss. RODRÍGUEZ CASTRO, Justo “¿Medida de libertad vigilada...”, op. cit., p. 3. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida”, op. cit. p. 2; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad”, en *Diario La Ley*, Nº 7999, 11 enero, 2013, p. 18. TOMÁS GÓMEZ, María Pilar, “Medidas de seguridad no privativas de libertad...”, op. cit., p. 23. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 313. URRUELA MORA, Asier, “Capítulo 30: “Medidas de seguridad. Particular consideración...”, op. cit., p. 671. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”..., op. cit., pp. 16-18. EL MISMO, *La nueva medida de seguridad...*, op. cit., pp. 263-271.

forme al art. 106.4 CP (que regula los requisitos del quebrantamiento de la medida de libertad vigilada), sólo el incumplimiento *reiterado* o *grave* dará lugar a este delito de quebrantamiento.

Una posible explicación ante tal contradicción, adhiriéndome a la línea apuntada por DEL CARPIO DELGADO⁶⁷ podría ser la siguiente: que el legislador haya previsto dos consecuencias jurídicas diferentes según se trate de incumplimiento de libertad vigilada por parte de imputables o por parte de inimputables o semiimputables, de tal modo que el incumplimiento de la libertad vigilada por imputables conlleve la aplicación de lo previsto en el art. 106.4 CP, esto es, sólo si es reiterado el juez deducirá testimonio por delito de quebrantamiento. Por el contrario, el quebrantamiento de la libertad vigilada por parte de inimputables o semiimputables conforme al art. 100.3 CP implicaría en todo caso que el juez o tribunal dedujera testimonio por el quebrantamiento.

Por su parte, el art. 468 CP que contempla las consecuencias del quebrantamiento, determina que si la pena o medida de seguridad quebrantada es privativa de libertad conlleva pena de prisión de 6 meses a un año, y si se trata de pena o medida de seguridad no privativa de libertad, multa de 12 a 24 meses. Sin embargo, el art. 468.2 CP establece para el quebrantamiento de la libertad vigilada un régimen agravado (en todo caso 6 meses a un año, como si se tratase de una medida de seguridad privativa de libertad) de forma idéntica al incumplimiento de la pena, medida cautelar o medida de seguridad en los supuestos de violencia doméstica.

Se trata en definitiva, de una doble excepción al régimen general de incumplimiento de las medidas de seguridad, no justificada, pues en primer lugar se exigen más requisitos para que se deduzca testimonio por quebrantamiento de condena (la reiteración o gravedad) y en segundo lugar, una vez que se produce el delito de quebrantamiento, en todo caso conlleva el régimen agravado, análogo al de las medidas de seguridad privativas de libertad, cuando la libertad vigilada no lo es.

A todo ello hay que añadir el problema destacado anteriormente sobre las consecuencias del quebrantamiento añadidas por la LO 1/2015 en el art. 468.3 CP cuando no se mantenga en perfecto estado los dispositivos electrónicos que controlan una pena o medida de seguridad (cfr., *supra*).

2.9. Plazos, prórrogas y principio de proporcionalidad

El art. 105 CP establece dos plazos distintos de duración de la libertad vigilada: por un tiempo no superior a cinco años, o bien por un tiempo de hasta diez años, cuando expresamente lo disponga el Código. Esta diferencia de tramos se determina en función de la gravedad de los delitos contra la libertad sexual a los que se aplica (art. 192.1) o de la gravedad de las penas (579 bis.2) en el caso de los delitos de terrorismo. Sin profundizar en este matiz⁶⁸ sí conviene destacar que resulta llamativa esta diferencia de criterio para aplicar la duración de esta medida, en función de la gravedad del *delito* en el caso de los delitos sexuales o de la *pena* en el caso de los delitos de terrorismo, sin que resulte justificable y sin que se proporcione ninguna explicación al respecto. Igualmente, resulta incongruente que la duración de la medida esté

⁶⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La medida...", op. cit., pp. 190-191. En este mismo sentido, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, "Las medidas de seguridad tras las últimas reformas", en *La libertad vigilada*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 31.

⁶⁸ En efecto, hay que relacionar el art. 33 CP (penas graves y menos graves) en referencia a la aplicación *in concreto* con lo previsto en el art. 13.4 CP, esto es, que el delito en todo caso, se considera grave cuando la pena por su extensión pueda considerarse a la vez como grave o menos grave. Sobre esta interpretación *vid.*, ampliamente DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La medida...", op. cit. pp. 180-181. En la misma línea, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, "la nueva medida de seguridad...", op. cit., p. 100, partiendo de que lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera aplicado el mismo criterio para ambas tipologías de delitos, en el caso del artículo 192 CP, un "curso de distintos delitos sexuales menos graves atendiendo a que ninguno de ellos por separado permitiría una pena privativa de libertad superior a los cinco años, limitaría la libertad vigilada post-pena a un máximo de cinco años", si bien en el caso de delitos relativos al terrorismo, que atienden exclusivamente a la gravedad de la pena correspondiente a los hechos cometidos, si el quantum de pena privativa de libertad aplicable tras la aplicación de las reglas concursales resultara superior a los cinco años, aun cuando los delitos por separado no puedan ser calificados como graves, darán lugar a la medida de libertad vigilada de cinco a diez años", consecuencia que implica un tratamiento más desfavorable para los delitos de terrorismo para los que en ningún caso debería estar prevista esta medida.

condicionada por la gravedad del hecho cometido cuando debería ser adecuada a la peligrosidad del autor. En efecto, parece deducirse de esta regulación la falsa conclusión de que de la mayor gravedad de ciertos injustos deriva necesariamente un incremento de la peligrosidad de sus autores, lo que conlleva una confusión de fundamento a la hora de aplicar esta medida diluyéndose el contorno con las penas privativas de derechos. Y en definitiva denota, una vez más, un fraude de etiquetas.

Los nuevos delitos a los que se aplica esta figura conforme a la LO 1/2015 no establecen expresamente ninguna duración de la libertad vigilada, luego sólo podrá aplicarse conforme al régimen general del art. 105 CP, hasta 5 años en delitos contra la vida (asesinato, por ejemplo), y hasta 10 en casos contra la libertad sexual, lo cual supone un contrasentido pues si se sigue el –erróneo– criterio del Legislador de determinar una diferente duración de la medida en función de la gravedad de los delitos, es más grave un delito de asesinato que uno contra la libertad sexual que conlleve pena de prisión. Es correcto, a mi modo de ver, que no se establezcan diferencias en función de si el delito es grave o menos grave porque la correcta aplicación de la medida debe basarse en la peligrosidad, pero hay que destacar que resulta paradójica la consecuencia.

En todo caso, lo que interesa ahora señalar es que la regulación actual de 2015 no ha modificado el art. 6.2 CP donde se establece que “las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”. Este techo se intentó romper en el Proyecto de 2013, señalándose exclusivamente la exigencia de que las mismas no podrían exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En coherencia con este nuevo sistema pretendido, el Proyecto de 2013 previó igualmente que la duración mínima de esta medida sería de 3 años y la máxima de 5 años, con posibilidad de prórrogas sucesivas de 5 años, que podrían llegar a ser indefinidos en tanto subsistiera la peligrosidad del sujeto⁶⁹.

El Legislador de 2015 no se ha atrevido a mantener esta modificación, lo que, en mi opinión, habría sido congruente con el fundamento de la medida que debe mantenerse en tanto sea necesaria para la rehabilitación o curación del sujeto. De mantenerse como está actualmente, impide desarrollar con éxito las posibilidades de cualquier tratamiento⁷⁰. Las medidas tienen que ser proporcionadas a la peligrosidad, puesto que es éste el fundamento de su imposición y, en consecuencia, no deben quedar limitadas a la pena abstractamente aplicable al hecho realizado, pues éste únicamente constituye un indicio⁷¹ para la determinación de dicha peligrosidad pero nunca el límite de la misma⁷².

⁶⁹ Mantenia CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 43, antes de la reforma que las medidas de seguridad no tienen por qué ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente. EL MISMO, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones...”, op. cit., pp. 18-19. EL MISMO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III. Teoría Jurídica del delito/2*, Madrid: Tecnos, 2001, pp. 72 y ss. EL MISMO, “en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 380 y ss., pues existe la posibilidad de que un sujeto cometa un delito leve y, sin embargo, sea portador de una gran peligrosidad, y viceversa. De la misma opinión URRUELA MORA, Asier, “Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 8, 2001, pp. 179-180, al admitir que esta concepción latente en el art. 6.2 CP de 1995, resulta totalmente censurable por cuanto supone una total confusión entre los fundamentos y fines de las penas y de las medidas de seguridad. EL MISMO, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada: Comares, 2009, pp. 40 y ss. También, MATEO AYALA, Eladio José, *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*, Madrid: EDERSA/Instituto de Criminología de Madrid, 2004, pp. 34-46. RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Las medidas de seguridad tras la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Navarra: Thomson Reuters/Aranzdi, 2011, pp. 47-48. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, op. cit., p. 20 mantiene además que la opción de vincular la duración de la medida a la pena en vez de a la peligrosidad tiene un regusto retributivo a la vez que no asegura que llegado ese tope temporal la peligrosidad haya desaparecido.

⁷⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, nº 17, 2006, p. 148.

⁷¹ ROMEO CASABONA, Carlos M^º, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Barcelona: Bosch, 1986, pp. 32-37.

⁷² URRUELA MORA, Asier, “Los principios informadores...”, op. it., p. 180. GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y de reinserción social” en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 435 a 437, 457 a 466. Especialmente, pp. 461-462 reiterando que el hecho de limitar la duración de la medida al de la pena correspondiente no es satisfactorio al suponer una confusión de fundamentos.

El problema de fondo que se plantea, como adelantaba, es la falta de fundamento en la detección de la peligrosidad. Los sistemas de detección de ésta deben ser desarrollados y evaluados por expertos a través de métodos de psicología clínica⁷³ basada fundamentalmente en las características de ciertos delincuentes reincidentes, y acompañada de los resultados que evalúan el rechazo del condenado al tratamiento.

En efecto, el riesgo de reincidencia va a depender de la tipología del agresor y, específicamente, de los factores de riesgo que confluyan en cada sujeto⁷⁴. La investigación más moderna en psicología criminal⁷⁵, además de ir sustituyendo poco a poco el término “peligrosidad” por la expresión “valoración del riesgo” poniendo el acento en la probabilidad de que ocurra el acto violento más que en la cualidad inherente de *ser violento*⁷⁶, ha puesto de relieve la existencia tanto de *factores de riesgo* –aumentan el riesgo– como de *factores de protección o resistencia* –protegen al individuo, disminuyendo el riesgo de conducta delictiva–. A su vez, unos y otros factores se han categorizado como factores *estáticos* (o inmodificables) y *dinámicos* (o modificables mediante intervenciones). Los factores de riesgo estáticos suelen ser factores inherentes al sujeto o a su pasado y, por ello, de difícil o imposible alteración, mientras que los factores de riesgo *dinámicos* consisten en hábitos, valores, cogniciones, bajo estatus académico y social, bajo autocontrol, conflictos interpersonales, etc., los cuales pueden modificarse en cierto grado mediante intervenciones apropiadas.

Estos métodos, evidentemente, no están exentos de incertezas y han sido criticados por la doctrina penalista⁷⁷ y por los propios psiquiatras⁷⁸, no sólo por la escasa fiabilidad y validez de los diagnósticos –escasa fiabilidad que se incrementa en el caso del sujeto imputable–⁷⁹, sino por la precariedad y provisionalidad de la mayor parte del cuerpo teórico de la psiquiatría, pero constituyen una primera aproximación evaluativa que, aunque luego deberá ser completada mediante un seguimiento más prolongado de los sujetos, a mi juicio, no debe ser despreciada para decidir, en su caso, la adopción de la medida de libertad vigilada. Desde esta perspectiva⁸⁰, no

⁷³ Sobre los métodos clínicos y actuariales, *vid.*, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *Indret* 2/2014, pp. 16-19. GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, 2011, p. 16. Por su parte CÓRDOBA RODA, Juan, “Prescripción del delito, libertad vigilada...”, *op. cit.*, p. 909, dice: “Como ha expuesto Vives Antón, estos métodos son de dos clases: los de orden empírico-discursivo o científico (biológico, sociológico, psicológico, además de las técnicas de pronóstico); y los métodos intuitivos. Ello quiere decir que con independencia de que el Juzgado o Tribunal acuda a la simple intuición para decidir si existe peligrosidad criminal, lo cierto es que racionalmente existen métodos que permiten averiguar si tal peligrosidad concurre”. En igual sentido, RODRÍGUEZ CASTRO, Justo, “¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?”, en *Diario La Ley*, Nº 8008, 24 de enero de 2013?, p. 5. Y como suele ocurrir en estos casos, como indica NISTAL BURÓN, Javier, “El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto”, en *Diario La Ley*, Nº 7865, 24 de mayo de 2012., p. 15: “La responsabilidad asignada a la Administración Penitenciaria en la normativa vigente para hacer efectivo el cumplimiento material de las medidas de seguridad privativas de libertad exige la disponibilidad por parte de dicha Administración de centros especiales para el tratamiento adecuado a los internados judiciales y la dotación del personal especializado y adecuadamente preparado para el tratamiento de las patologías que han determinado el estado peligroso”.

⁷⁴ Es decir, los dos momentos que tradicionalmente la doctrina penalista ha diferenciado en el juicio de peligrosidad: el diagnóstico de peligrosidad (o comprobación de la cualidad sintomática de peligroso) y la prognosis criminal (probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro). *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos M^º, *Peligrosidad y...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss. URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada: Comares, 2009, pp. 70-78. ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁷⁵ Cfr., REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 6, Número 4 (2006) www.criminología.net, y bibliografía allí citada.

⁷⁶ MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...”, *op. cit.*, p. 9 y bibliografía allí citada.

⁷⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La Libertad...”, *op. cit.*, pp. 16-17 y bibliografía allí citada. Sobre los falsos positivos en este ámbito, y sobre la baja capacidad predictiva de este tipo de métodos a la hora de predecir la probabilidad de comisión de futuros delitos *vid.*, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...”, *op. cit.*, pp. 7-14 y 18-26 y 52. Sobre los problemas de la determinación del nivel de certeza de los pronósticos, *vid.*, VON HIRSCH, Andrew, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en José Cid/Elena Larrauri (Coords) *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 205-207. Una amplia exposición de los métodos de prognosis criminal es realizada por ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincente imputable peligroso*, *op. cit.*, pp. 92-118.

⁷⁸ Diario El país, 6 de abril de 2014 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html

⁷⁹ CARUSO FONTÁN, Viviana, “Sobre el fundamento y justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincente habitual peligroso”, en *Revista Penal*, nº 31, enero, 2013, p. 13. En este sentido VON HIRSCH, Andrew, “La prolongación de la pena...”, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁸⁰ Como afirma FRISCH, Wolfgang, “Sobre el futuro...”, *op. cit.*, p. 54.

es nuevo que el legislador y los operadores jurídicos tienen que tomar a menudo decisiones sobre la base de conocimientos incompletos, adoptando sobre esas bases cognitivas incompletas una decisión de acuerdo a puntos de vista normativos.

Ello pasa irremediablemente por flexibilizar el sistema de garantías al mínimo indispensable para neutralizar la peligrosidad de determinados sujetos, desde el momento en que hay que encontrar un equilibrio entre el conflicto *seguridad y garantías*⁸¹, entre el cumplimiento de las garantías de aplicación y los principios fundamentadores de la pena, y las vías para neutralizar la peligrosidad criminal contrastada de ciertos delincuentes. Y para lograrlo no veo otra opción menos gravosa para el penado que la imposición del complemento pena y medida, medida no privativa de libertad como es la libertad vigilada, como la mejor alternativa de las posibles, aplicada a casos en los que se haya constatado empíricamente esa peligrosidad.

Se trata así de fundamentar la resolución del conflicto en la ponderación de intereses para justificar la imposición de las medidas de seguridad. El evidente problema que se deduce de ello y así ha sido destacado⁸², es el hecho de que uno de los dos intereses a ponderar es cierto (aplicación de la medida de seguridad más allá del injusto culpable), por tanto, se trata de un *mal* real y efectivo, mientras que el otro *mal* es de producción incierta (probabilidad más o menos fundada de nueva comisión de futuros delitos). A mi juicio, basta con que ese pronóstico de peligrosidad futura sea fundado y riguroso, pues dentro de ese rigor se tienen en cuenta los falsos positivos como consecuencia inevitable; esto es, es suficiente un método riguroso, independientemente del resultado efectivo, porque se es consciente de que se pondera sobre un futuro. De igual modo que en la propia ponderación del estado de necesidad, el mal que se pretende evitar, aunque inminente, tampoco está exento de incerteza. Por tanto, para valorar la proporcionalidad de la medida hay que ponderar el riesgo de incertidumbre y, con ello, también los falsos positivos. Si no fuera así, no podría imponerse ni ésta ni ninguna otra medida de seguridad.

Partiendo de esta base y considerando que la indeterminación absoluta de la medida chocaría con el principio de seguridad jurídica inexcusable en un Estado de Derecho, propongo de *lege ferenda* la modificación del art. 6.2 CP para que la duración de la medida no esté limitada a la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, y en segundo lugar, reformar la duración de la libertad vigilada con un plazo previo que oscile entre 1 y 5 años en función del objetivo preventivo perseguido, complementándolo, como hizo el Prelegislador de 2013 con un sistema de prórrogas⁸³ en aquellos casos en los que la peligrosidad del sujeto lo haga aconsejable para controlar el riesgo de reincidencia y valorando periódicamente su estado.

2.10. Reflexiones finales

1ª: Esta figura es polémica por lo ya explicado: naturaleza híbrida, posible fraude de etiquetas, flexibilización de garantías, retorno a la inocuización por su carácter esencialmente asegurativo,

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^º, "El retorno a la inocuización", op. cit., p. 710; EL MISMO, "El contexto...", op. cit., p. 25. Contrario a la ideología de distribución de riesgos, en la medida en que en el fondo subyace la idea de que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de la reiteración delictiva, lo que supone, en su opinión, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-01, 2005, pp. 17-18. De esta última opinión, MARTÍNEZ GARAY, Lucía, "La incertidumbre...", op. cit., p. 57.

⁸² Véase, al respecto, GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho" en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, v. 1, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 997 y ss. MARTÍNEZ GARAY, Lucía, "La incertidumbre...", op. cit., p. 55.

⁸³ En este sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, "Un problema de peligrosidad postdelictual", op. cit., pp. 152 y ss. a propósito de la custodia de seguridad. Por su parte, JORGE BARREIRO, Agustín, "Medidas de seguridad", en *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011, p. 516, considera que hubiera sido mucho más coherente y adecuado el haber previsto en el Código Penal una pena relativamente indeterminada, como en el Código Penal portugués, para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad media o grave. Asimismo, partidario del sistema de prórrogas, se muestra NISTAL BURÓN, Javier, "La «libertad vigilada postpenitenciaria» proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2014, pp. 257-266.

es decir, tiene detractores y defensores. Algunos autores⁸⁴ consideran incluso que la libertad vigilada es una solución tímida e insuficiente, propugnando el paso hacia la custodia de seguridad incluso permanente aunque no irreversible.

2ª: Sea como fuere hay que buscar una solución a casos como los aquí planteados. Para ello, considero que es el momento de recordar el fundamento de la medida de seguridad y su aplicación desde la perspectiva del principio de ponderación de intereses⁸⁵ que pasa inevitablemente por la flexibilización de las garantías del penado. De acuerdo con ello me parece adecuado que no se limite su duración a la de la pena que se hubiera impuesto al sujeto de haber sido responsable, por lo que debe modificarse el art. 6.2 CP en este sentido. En coherencia, me parece conveniente la determinación relativa de la duración de la libertad vigilada con un plazo de 1 a 5 años, complementándola con un sistema posible de prórrogas en tanto subsista la peligrosidad del sujeto y valorando periódicamente su estado.

3ª: Debe imponerse así a estos sujetos reincidentes peligrosos una pena atenuada vía eximente incompleta del art. 20.3ª CP (por su limitada capacidad emocional para comprender el hecho) acompañada de medida de seguridad no privativa de libertad con orientación preventivo especial (y no meramente asegurativa como pretende el Legislador) restringiendo el ámbito de aplicación a los delitos anteriormente mencionados: asesinatos y delitos sexuales graves, como opción menos gravosa de las posibles, aplicada a casos en los que se haya constatado empíricamente esa peligrosidad a través de métodos de psicología clínica basada en perfiles de ciertos delincuentes reincidentes.

4ª: El parámetro fundamental de la peligrosidad, la reincidencia, debe no obstante matizarse en el caso de psicópatas primarios con rasgos absolutamente inmodificables por lo que debe mantenerse la redacción actual en los preceptos donde está prevista su aplicación: a sujetos que hayan cometido “uno o varios delitos”.

6ª: El cumplimiento debe ser simultáneo al de la pena: en primer lugar, para evitar los problemas de prueba de la subsistencia de la peligrosidad del sujeto en el momento en que se ejecuta la medida tan alejada del momento de la imposición (complementado con el sistema de prórrogas hasta el límite que represente la peligrosidad). Y, en segundo lugar, para hacerlo compatible con el régimen progresivo penitenciario.

7ª: Es imprescindible desarrollar las funciones de la figura del agente de vigilancia así como de su equipo de expertos que se ocupen de controlar la ejecución de la medida. Y ante todo, dotar presupuestariamente esta figura, si no estará abocada al fracaso, como ya ocurrió con la pena de arresto de fin de semana o con el control de ejecución de la pena de alejamiento en los delitos relacionados con la violencia de género.

8ª: Su aplicación debe adecuarse fundamentalmente a la de las penas accesorias para que sean compatibles. En definitiva, se echa en falta que la LO 1/2015 hubiera entrado a fondo en la cuestión y, partiendo del distinto fundamento de las diversas instituciones, se hubiera planteado si

⁸⁴ Vid., por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, Nº 7386, 22 de abril de 2010, p. 8; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª, “La reforma...op. cit., pp. 5 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias...”, op. cit., pp. 199 y ss.

⁸⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier De Vicente Remesal), Madrid: Civitas, 1997, p. 105: “según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”. Y p. 104: “También sobre sujetos en los cuales no concurran alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves. También las restantes medidas de seguridad (...) se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena”; URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social...*, op. cit., 2009, pp. 11 y ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova: Valladolid, 2003, pp. 81 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edifoser, 2008, p. 997; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, op. cit., p. 299. SIERRA LOPEZ, Mª del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 94-96.

las penas accesorias (fundamentalmente el alejamiento) son en realidad medidas⁸⁶ lo que hubiera supuesto una reconsideración general del régimen penas-medidas que habría evitado solapamientos, duplicidades, posible vulneración del principio *non bis in idem* y problemas a los jueces a la hora de aplicar la consecuencia más adecuada.

9ª: Por el contrario, la única modificación de 2015 con respecto a esta figura consistente en ampliar su ámbito de aplicación (en este caso con carácter facultativo y, por tanto, correcto, sin embargo es incongruente con la previsión de esta figura en relación con los delitos sexuales y de terrorismo –establecida, recordemos, con carácter obligatorio) pero sin haber ido acompañada de una reforma en profundidad de las medidas de seguridad (cuyo régimen de aplicación –insisto– debe mantenerse en tanto subsista la peligrosidad del sujeto sin ajustarse su duración al límite de la pena) y con un contenido tan parecido a las penas privativas de derechos, a las condiciones de suspensión y a las otras medidas de seguridad, significa que se ha tratado de una reforma meramente simbólica sin que en el fondo nada cambie. Para ese viaje no hacían falta tantas alforjas.

⁸⁶ Véase, SANZ MORÁN, Ángel, J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1027. EL MISMO, “La peligrosidad criminal. Problemas actuales”, en Jon-M. Landa Gorostiza -Ed.-, Enara Garro Carrera -Coord.-, *Delincuentes peligrosos*, Madrid: Trotta, 2014, p. 78.