

LA LIBERTAD VIGILADA: DE LA LEY PENAL DEL MENOR AL ORDENAMIENTO PENAL DE ADULTOS*

SERGIO CÁMARA ARROYO **

Resumen: La libertad vigilada, recientemente incorporada a nuestro Código penal vigente mediante la LO 5/2010, ha supuesto una importante novedad en nuestro catálogo de medidas de seguridad, permitiendo su imposición a sujetos plenamente responsables a modo de medida post-penitenciaria. La libertad vigilada ha suscitado posiciones encontradas, a favor y en contra de su continuidad en nuestro ordenamiento penal de adultos. El principal foro de debate parece centrarse en su legitimidad como medida de seguridad. Sin embargo, la libertad vigilada ha estado presente en el ordenamiento tutelar de menores desde sus inicios legislativos, a principios del siglo XX, donde quedó afianzada hasta su inclusión en la actual LORRPM como medida sancionadora-educativa. Si bien los orígenes de ambas figuras penales homónimas podrían tener un punto en común, lo cierto es que su desarrollo legislativo no podría haber sido más dispar. En el presente estudio se aborda un estudio jurídico comparativo de ambas figuras, con el objeto de establecer sus diferencias, sus principales ventajas e inconvenientes y algunas propuestas de mejora.

Palabras clave: Libertad vigilada, LO 5/2010, medidas de seguridad, Derecho penal de menores, LORRPM, agente de libertad vigilada.

Abstract: Probation, recently incorporated into our current criminal code by LO 5/2010, has been an important development in our catalog of security measures, allowing fully responsible taxation subject to measurement mode post-prison. Probation has generated opposing views, both for and against their continuity in our Criminal Law. The main forum for debate seems to focus on its legitimacy as a security measure. However, the probation has been present in the Juvenile Justice legislation since its inception in the early twentieth century, where it was secured to its inclusion in the current LORRPM as punitive-educational measure. While the origins of both homonymous figures could have a common point, the fact is that its legislative development could not have been more different. The present study deals with a comparative law study of both figures, in order to establish their differences, their main advantages and disadvantages and some suggestions for improvement.

Keywords: Probation, LO 5/2010, security measures, Juvenile Justice, LORRPM, probation officer.

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012.

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho penal en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Correo electrónico: sergio.camara@unir.net.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL PATRONATO DE PRESOS COMO ANTECEDENTE DE LA LIBERTAD VIGILADA; III. LIBERTAD VIGILADA EN ADULTOS Y MENORES: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS. ANÁLISIS COMPARATIVO; 1. Naturaleza jurídica; 2. Prohibiciones y obligaciones; 3. Instituciones de control; IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA COMO COMPLEMENTO A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD; V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad vigilada, recientemente incorporada a nuestro Código penal vigente (CP) mediante *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*¹ (LO 5/2010), ha estado presente en el ordenamiento tutelar de menores desde sus inicios legislativos, a principios del siglo XX, donde quedó afianzada hasta su inclusión en la actual *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor* (LORRPM). Si bien los orígenes de ambas figuras penales homónimas podrían tener un punto en común, lo cierto es que su desarrollo legislativo no podría haber sido más dispar.

En la vigente redacción del CP, la libertad vigilada de adultos se define como una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3 CP), cuyo contenido y particularidades se encuentran regulados en el art. 106 CP. La principal novedad (y también la más polémica) de esta nueva medida es la posibilidad de su imposición como complemento a la pena de prisión en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.1 CP) y de terrorismo (art. 579.3 CP). En consecuencia, tras la reforma operada por la LO 5/2010, se admite la opción de aplicar, en tales supuestos, de modo conjunto penas y medidas de seguridad a sujetos plenamente responsables, atendiendo separadamente a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal. Se rompe, de este modo, la tradición vicarial (art. 99 CP) de nuestro sistema de penas y medidas de seguridad².

Por otra parte, la medida de libertad vigilada para menores infractores se encuentra recogida en el art. 7.1.h. LORRPM, sin que se le otorgue diferente naturaleza jurídica al del resto de medidas sancionadoras-educativas³. También se admite su uso como complemento

¹ Vid. BOE, 23 de junio de 2010, Sec. I, pp. 54811 y ss.

² Lo que supone un “retorno al dualismo rígido”; Vid. JORGE BARREIRO, A., y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código penal. La responsabilidad civil derivada de delito”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas-Thompson Reuters, Navarra, 2011, pp. 333 y 337; JORGE BARREIRO, A., “Libertad vigilada”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, 2011, p. 515; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del Derecho penal del enemigo por la LO 5/2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª Ep., Nº 103, Madrid, 2011, p. 122.

³ Vid. Puntos II. 6 y 11 de la Exposición de Motivos LORRPM.

a la privación de libertad, constituyendo el segundo periodo de cumplimiento de las medidas de internamiento (art. 7.2 LORRPM), y de forma obligatoria en aquellos supuestos en los que es de aplicación la medida de internamiento cerrado (9.2 LORRPM) para casos de extrema gravedad (art. 10.1 LORRPM), o cuando el menor cometa algunos de los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP y cualquier otro delito que tenga señalada una pena de prisión igual o superior a quince años (art. 10.2 LORRPM). Por último, la libertad vigilada puede ser utilizada como medida cautelar (art. 28.1 LORRPM) hasta el enjuiciamiento de la causa y como pauta de comportamiento de la que se hace depender la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40.2.c LORRPM).

Al margen de las analogías y diferencias en su regulación, una amplia mayoría de nuestra doctrina identifica la libertad vigilada para menores infractores como el precedente más cercano de la libertad vigilada en adultos⁴. Por el contrario, otros autores han distanciado radicalmente ambas figuras, basándose en las evidentes diferencias entre ellas⁵.

⁴ Vid. Informe del CGPJ, aprobado en reunión del Pleno de 26 de febrero de 2009; SANTANA VEGA, D.M., “La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 448 y 454-458; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, en *Diario la Ley*, Año XXXI, Nº 7318, 2009, recopilado en *La Ley*, 2009, p. 1720; ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable peligroso*, Thompson Reuters, Madrid, 2010, p. 166; PRIETO RODRÍGUEZ, J.I.: “Delitos sexuales y castración química (Anteproyecto de reforma del Código penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales)”, en *La Ley Penal*, Nº 68, 2010, p. 17; DE MARCOS MADRUGA, F., “Artículo 106”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 437; JORGE BARREIRO, A., y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las medidas de seguridad...” *op. cit.*, p. 331; DÍAZ SASTRE, C., “Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código penal: la libertad vigilada como modalidad post-penitenciaria”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, Nº 25, 2011, pp. 53 y 54; DEL CARPIO, J., “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 27, 2012, p. 160; con matices, BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *ReCrim*, 2009, <http://www.uv.es/recrim>, consultada el 11/07/2012, p. 295; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I. Parte General (arts. 1 al 137)*, Comares, Granada, 2010, p. 789; el mismo: “La libertad vigilada”, en *Diario la Ley*, Año XXXI, Nº 7534, 2010 (versión online), p. 2; y también: “Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010”, en *Diario La Ley*, Año XXXI, Nº 7534, 2010 (versión online), p. 8; SOLAZ SOLAZ, E.: “La prescripción, delitos contra la libertad sexual, estafas y propiedad intelectual e industrial, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal”, en *La Ley Penal*, Nº 77, 2010, p. 58; LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., y FERREIRO BAAMONDE (Dir.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, Universidade A Coruña, 2012, p. 545.

⁵ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thompson Reuters, Navarra, 2011, p. 214; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, pp. 124 y 125.

En cualquier caso, es posible asegurar que, históricamente, el ordenamiento penal de menores ha sido, en numerosas ocasiones, un banco de pruebas para el sistema punitivo, procesal y penitenciario de adultos. Interesa, por tanto, realizar un análisis de la traslación de la libertad vigilada de menores al régimen penal de adultos, comprobar sus semejanzas y diferencias y, al fin, establecer su separación y oportunidad dentro de nuestro sistema penal. A tales objetivos están dedicadas las siguientes páginas, desde los inicios históricos de ambas medidas análogas, hasta su regulación y diferenciación actuales.

II. EL PATRONATO DE PRESOS COMO ANTECEDENTE DE LA LIBERTAD VIGILADA

Las primeras aproximaciones legislativas que introdujeron la libertad vigilada como una medida tutelar para menores infractores, comienzan en nuestro país con los pretéritos proyectos de *Ley de Tribunales Tutelares de Menores* (LTTM). Federico CASTEJÓN recoge una de las primeras menciones acerca de la libertad vigilada para menores delincuentes, que data de 1915:

“Autorizado el Ministro de Gracia y Justicia para presentar a las Cortes un Proyecto de ley estableciendo Tribunales para niños, por Real decreto de 2 de Noviembre, leyó en la sesión del Senado, de 8 del mismo mes, un extenso proyecto, que resumen las siguientes líneas:

(...)

Quinto. La libertad vigilada por persona perteneciente a una Sociedad de patronato y expresamente dignada por el Protector”⁶.

La mención a la Sociedad de Patronato como responsable de la libertad vigilada del precoz delincuente no es baladí, por cuanto supone el reconocimiento de la labor social del Patronato a finales del siglo XIX como antecedente de la medida de libertad vigilada para menores en nuestro país⁷, con una clara semejanza con las denominadas *after-care associations*⁸ del *Sistema Borstal* anglosajón para jóvenes infractores⁹. También se muestra comparable, desde tiempos pretéritos, la intención de nuestro legislador de introducir

⁶ Cf: CASTEJÓN, F., *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, II, Reus, Madrid, 1926, pp. 406 y 407.

⁷ Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 235, 280, y 292.

⁸ Vid. *in extenso*, MORRIS, P.: *Prison After-care: charity or public responsibility*, Fabian Society, London, 1960, *passim*.

⁹ El llamado *Borstal System* nace en tierras británicas en 1902 como un medio de tratamiento especializado para jóvenes infractores entre los 16 y los 20 años; FOX, W.L., *The English Prison and Borstal System, An account of the prison and Borstal systems in England and Wales after the Criminal Justice Act 1948 with a historical introduction and an examination of the principles of imprisonment as a legal punishment*, Routledge

elementos importados en nuestro sistema penal, como son la *probation* y la *lifetime supervision* (Inglaterra, Australia y EE.UU.), con la que no pocos autores han comparado nuestra medida de libertad vigilada en adultos¹⁰, si bien nuestra regulación parece más próxima a los modelos europeos continentales de Francia, Alemania, Italia y Holanda¹¹.

Con anterioridad a la fundación de los primeros patronatos, la labor investigadora de GARCÍA VALDÉS y SANZ DELGADO ha expuesto a la luz la importancia de algunas de las disposiciones legislativas del siglo XIX¹², en materia de asistencia a jóvenes penados. Este es el caso del *Real Decreto, de 31 de enero de 1877*, por el que se creaba una Junta de reforma penitenciaria e institución de patronatos en beneficio de los penados cumplidos y de los niños abandonados¹³. Sin embargo, en España el Patronato tendrá su mayor auge a partir del siglo XX, de forma tardía respecto a la mayor parte de los países de Europa¹⁴.

El Patronato, tanto para libertos adultos como para los menores de edad, se configura, en palabras de CUELLO CALÓN, como “la lógica continuación del tratamiento penitenciario”¹⁵, y su fin fundamental es el de una efectiva reinserción del liberado y “la protección de la Sociedad contra la reincidencia, mediante la asistencia y amparo de los

& Kenan Paul, London, 1952, pp. 352-354; LITTLE, A., “Penal Theory, Penal Reform and Borstal Practice”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. III, Nº 3, 1963, pp. 268-270.

¹⁰ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, pp. 458 y 460; PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “Delitos sexuales...” *op. cit.*, pp. 19-21; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 3; MAGRO SERVET, V., “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código penal”, en *Diario La Ley*, Año XXIX, Nº 7074, 11 diciembre 2008, recopilado en *La Ley*, 2008, pp. 1649-1651; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 224-231.

¹¹ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, pp. 459 y 460; URRELA MORA, A., *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*, Comares, Granada, 2009, p. 258; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 2 y 3; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª Ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 796; LEGANÉS GÓMEZ, S., “Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)”, en *La Ley Penal*, Nº 76, 2010, p. 113; LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Cuestiones...” *op. cit.*, pp. 546-548.

¹² Recopiladas por CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 288.

¹³ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Los Presos Jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 98; SANZ DELGADO, E., *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 300.

¹⁴ Vid. ALIJO, J., “Primeras manifestaciones del Patronato de Presos y libertados en España”, en *Revista Penitenciaria*, Año I, Tomo I, 1904, p. 342. Para una detallada explicación acerca de los patronatos existentes en EE.UU. y los Estados Europeos, Vid. JUDERÍAS y LOYOT, J., *La Juventud delincuente, leyes é instituciones que tienden a su regeneración*, Jaime Ratés, Madrid, 1912, pp. 171-184; CUELLO CALÓN, E., “Un nuevo Patronato en Ledesma (Salamanca)”, en *Revista Penitenciaria*, Año III, Tomo III, 1906, p. 278. Acerca de los *Comités de Patronato de Bélgica* nos informa ALBÓ I MARTÍ, R., *Corrección de la Infancia Delincuente*, Eduardo Arias, Madrid, 1905, p. 14; SERRANO, M.F., “El Patronato de Verviers para la protección de la infancia”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año X, Nº 109, 1954, pp. 77-79.

¹⁵ Cfr. CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 569; LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., *Delincuencia Juvenil II. Política recuperativa del joven delincuente*, Victoriano Suarez, Madrid, 1960, p. 245.

delincuentes durante el cumplimiento de la condena que les fue impuesta, y muy especialmente cuando extinguida ésta vuelven á la vida en libertad¹⁶. La labor del Patronato, en definitiva, sentenciaba LÓPEZ RIOCEREZO, “previene la reincidencia”¹⁷. Se trata, a todos los efectos, como acertadamente visualizara en su revisión histórica del penitenciarismo español decimonónico SANZ DELGADO, de una de las primeras formas de asistencia *post-penitenciaria*¹⁸.

Más aún, el discurso sobre la utilidad y finalidad de la misión del Patronato como azote de la reincidencia y asegurador de la tranquilidad y seguridad de la comunidad social no se encuentra demasiado alejado de las actuales referencias que intentan justificar jurídicamente el establecimiento de la libertad vigilada¹⁹. Por otra parte, que el control de la libertad vigilada se entregara a un organismo externo ajeno a los propios TTM no deja de asemejarse a las actuales funciones de los denominados agentes de libertad vigilada, de los que hablaré más adelante (III.3). La institución del Patronato mantenía, sin embargo, una fuerte orientación correccional, propia del paternalismo de la regulación tutelar de menores y del humanitarismo penitenciario decimonónico²⁰.

Por *Real Decreto de 24 de enero de 1908*²¹, se aprueba el *Reglamento de la Ley de Protección a la Infancia de 1904*²² en nuestro país. Entre su articulado (arts. 6 y 38) podemos encontrar el origen de la regulación de los Patronatos encargados de la protección y supervisión de los menores sometidos a internamiento por vía de la corrección paterna.

La finalidad del Patronato distaba mucho de ser el mero control de la peligrosidad de los menores, cumpliendo una función eminentemente social, filantrópica, reeducativa y preventivo-especial²³. De hecho, la labor de vigilancia que el Patronato ejercía sobre los

¹⁶ Cfr. “El Patronato de Ledesma. Conferencia de D. Eugenio Cuello Calón”, en *Revista Penitenciaria*, Año IV, Tomo IV, Eduardo Arias, Madrid, 1907, p. 277.

¹⁷ Vid. LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., *Delincuencia Juvenil... op. cit.*, p. 248.

¹⁸ Vid. SANZ DELGADO, E., *El Humanitarismo penitenciario... op. cit.*, pp. 297-302.

¹⁹ Vid. SANZ MORÁN, A.J., “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en Homenaje al Prof. Dr. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, Madrid, 2005, p. 973; Tamarit Sumalla, J.M.: “Sistema de sanciones y política criminal”, en *Revista de Ciencia Penal y Criminológica*, Nº 9-6, 2007, pp. 6-40; Feijoo Sánchez, B.: “La libertad vigilada ” *op. cit.*, p. 233; GARCÍA ALBERO, R., “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrina*, Nº 6, 2011, p. 184; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria...” *op. cit.*, p. 1722; MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, pp. 1648 y 1649; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual... op. cit.*, p. 237; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en Libro Homenaje al PROFESOR LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 251.

²⁰ Vid. “Patronato de Penados instituido en Cartagena”, en *Revista Penitenciaria*, Año II, Tomo II, 1905, p. 30; donde se expone: “del Patronato, de lo que esta institución representa y practica desde sus orígenes hasta los actuales desenvolvimientos, no puede surgir otra concepción que la apadrinada por la escuela española y la definida por Dorado (Montero), porque, en efecto, el Patronato es la tutela y su proceder el de los medios tutelares”.

²¹ Vid. Revista publicada por el Consejo de Protección a la Infancia: *Pro Infantia*, Vol. I, 1909, pp. 10 y ss.

²² Publicada en la *Gaceta de Madrid* de 17 de agosto de 1904.

²³ Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, p. 286.

menores libertos era de tutela post-correccional, más enfocada a evitar el fracaso de su reeducación en las escuelas de reforma, por la falta de guía en los primeros tiempos a su salida de los reformatorios, que a ejercer un férreo control de la reincidencia criminal infantil y juvenil, aspecto éste último que tomaba una posición secundaria respecto a la rehabilitación social del joven infractor²⁴.

Además de ello, de modo similar a los actuales usos de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento penal, la labor del Patronato se ejercía con posterioridad a la privación de libertad, tanto en adultos como menores de edad. Tal y como expuso LÓPEZ RIOCEREZO, “dichas instituciones son consideradas en su actuación como entidades complementarias del periodo carcelario, o, mejor, como representativas de un tercer momento o periodo penitenciario, contenido dentro del ciclo de la ciencia *ante, en y post* carcelaria o correccional”²⁵. La institución, desde esta perspectiva, guardaba cierta lógica con el auge del sistema penitenciario progresivo y de sentencia indeterminada de la época, preferido para los jóvenes internos²⁶.

El 15 de noviembre de 1906, comenzó en Madrid, la primera respuesta social de protección a la infancia, con el título de *Obra de protección de los niños presos*²⁷. Más adelante, la labor de protección de los jóvenes penados en las cárceles y presidios dio lugar a la consolidación de la acción social en la escena penitenciaria madrileña con el *Patronato de Jóvenes Presos de Madrid*, organismo civil independiente, que contó con su propio *Reglamento*, promulgado en enero de 1907²⁸, y con la presencia en la Junta de constitución del Patronato de EDUARDO DATO y RAFAEL SALILLAS como Presidentes honorarios.

No obstante, el Patronato madrileño no se conforma con ofrecer una protección a los menores internos, sino que, además, “*extenderá su acción á las obras post-carcelarias, ocupándose especialmente en continuar su tutela con los libertos*”²⁹. En este sentido, destaca la función de *colocación en familia*; y, sobre todo, las funciones de *acompañamiento y vigilancia*³⁰, sustituyendo y completando a la justicia pública, en términos similares a los de la libertad vigilada.

La idea del Patronato finalmente cristalizó en nuestra legislación como vehículo de atención para los internos en establecimientos penales y de reinserción social de los liber-

²⁴ Vid. PEDRAGOSA, J., “Organización en España de Instituciones para la eficaz protección de los libertos”, en II Congreso Penitenciario Español, Tomo II, Madrid, 1915, p. 207; LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., *Delincuencia...* II, *op. cit.*, p. 246.

²⁵ Vid. LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., *Delincuencia...* II, *op. cit.*, p. 247.

²⁶ El *Real Decreto, de 3 de junio de 1901*, permitía la entrada de los Patronatos en las prisiones y correccionales.

²⁷ Vid. SALILLAS, R., “La obra penitenciaria en Madrid”, en *Revista Penitenciaria*, Año IV, Tomo IV, 1907, pp. 13 y ss.

²⁸ Íntegramente transcrito en la *Revista Penitenciaria*, Año IV, Tomo IV, 1907, pp. 77-84.

²⁹ Cfr. *Reglamento, de 14 de enero de 1907, del Patronato de Jóvenes Presos de Madrid*, Art. 1.

³⁰ Vid. art. 19.5 del *Reglamento del Patronato de Jóvenes Presos de Madrid*.

tos, con la promulgación del *Real decreto, de 9 de julio, de 1915*, por el que se establece oficialmente, y con carácter general, el Patronato penitenciario a nivel provincial, a los efectos de la *Ley, de 23 de julio, de 1914, de libertad condicional*.

Sin embargo, la libertad vigilada como medida susceptible de ser impuesta a los menores infractores tendría que esperar, tras los múltiples proyectos fallidos, hasta que el 2 de agosto de 1918 se aprobara una ley de bases creando los TTM, cuya paternidad debemos atribuir a MONTERO RÍOS Y VILLEGAS³¹. El desarrollo de la normativa de TTM se estableció por *Real decreto, de 25 de noviembre de 1918*³². La institución de la vigilancia post-internamiento se mantuvo en cada una de las múltiples modificaciones que sufrió la LTTM, conservando su carácter enfocado a la efectiva rehabilitación y reeducación del liberto³³. Así, la libertad vigilada quedaría recogida en el art. 17.a.2 LTT por *Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929*, aprobando, con el carácter de Ley, el proyecto de reforma y adaptación del *Decreto-ley de 15 de Julio de 1925*, sobre organización y atribuciones de los TTM, adaptándole así al CP de 1928³⁴. Tal regulación permanecerá prácticamente inalterada en las subsiguientes reformas: art. 17 de la *Ley de 13 de diciembre de 1940*; art. 17 LTT según la redacción introducida por el *Decreto de 11 de junio de 1948*, por el que se aprobó el texto refundido de la *Legislación sobre TTM* y, posteriormente, desarrollado por el *Reglamento para la ejecución de la LTTM*, que “distinguía entre la medida de libertad vigilada propia del procedimiento de corrección donde se vigilaba principalmente al menor, y la imposición de vigilancia, propia del procedimiento de funciones protectoras, en que se vigilaba principalmente a las familias (art. 115)”³⁵.

Además de este punto común de origen, otros autores han destacado antecedentes de la libertad vigilada para imputables adultos igualmente relevantes y que merecen ser aquí

³¹ Su proyecto había ya sido anunciado en sus obras, Vid. MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, A., *Tribunales para Niños: Artículos*, La Editora, Madrid, 1913, *passim*; del mismo: *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para Niños*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1919, pp. 17 y ss.; al respecto, también consúltese la obra de CUELLO CALÓN, E., *Tribunales para niños*, Victoriano Suarez, Madrid, 1917; el mismo: *Penología, las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*, Reus, Madrid, 1920, p. 308; más recientemente, Vid. Serrano Tárrega, M^a.D.: “Legislación penal de menores en España. Antecedentes históricos”, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M^a.D. (Ed.), *Derecho Penal Juvenil*, 2^a Ed., Dykinson, 2007, p. 285.

³² Publicado originalmente en la *Gaceta de Madrid*, de 27 de noviembre de 1918, y recopilado por MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, A., *Antecedentes y comentarios... op. cit.*, pp. 119 y ss.

³³ Vid. ROCA CHUST, T., *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968, pp. 392 y 393. Acerca de la medida de libertad vigilada en la LTT de 1948, Vid. DEL POZO SARDINERO, P., “La medida de libertad vigilada”, en *Pedagogía Social: revista interuniversitaria*, N^o 2, 1986, pp. 190-192; también, sobre los antecedentes legislativos inmediatos de la medida de libertad vigilada hasta la *Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores* (LO 4/1992), Vid. DIEGO ESPUNY, F., “La Libertad vigilada, ¿Una medida educativa en la nueva legislación?”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, N^o 17, 1993, pp. 149-154.

³⁴ Vid. MONTERO HERNANZ, T., “La medida de libertad vigilada en la justicia penal juvenil”, en *Revista General de Derecho penal*, N^o 13, 2010, p. 7.

³⁵ Cfr. MONTERO HERNANZ, T.: “La medida...” *op. cit.*, p. 8.

citados. Así, destaca la pena de “sujeción a la vigilancia especial de las autoridades” de nuestro primer CP de 1822, considerada, con acertado criterio, “el precedente de la libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español”³⁶. Posteriormente, la “sujeción a la vigilancia de la autoridad” pasó a entroncarse en las llamadas penas “correccionales”, imponiéndose conjuntamente a las penas privativas de libertad y estableciendo una serie de obligaciones, “de forma similar a la regulación de la legislación proyectada en 2008”³⁷, hasta que su tratamiento en nuestras normas sustantivas fuera sustituido por una legislación especial de peligrosidad social³⁸.

Este será, como ha identificado una buena parte de nuestra doctrina, el siguiente antecedente a destacar de la libertad vigilada en nuestra legislación histórica³⁹. Así, la medida de seguridad pre y post delictiva de sumisión a vigilancia de autoridad quedaría incluida en el art. 4.7 de la *Ley de Vagos y Maleantes, de 4 agosto de 1933* (LVM); y, posteriormente, también incluida en el art. 5.14 de la *Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social* (LPRS). A pesar de sentar algunos precedentes de la libertad vigilada, debemos recordar que la LVM de 1933 –en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA– mantenía en todo momento un carácter de “ley de peligrosidad sin delito”⁴⁰, lo cual se manifestó como su principal defecto, junto con “incluir como presupuesto, para la aplicación de las medidas de seguridad, tanto a la peligrosidad social como criminal”⁴¹. Si debe buscarse una relación con nuestra actual libertad vigilada, por tanto, esta debe encontrarse en la filosofía defensiva que, descaradamente, subyace en ambas legislaciones –histórica y actual– y no en los presupuestos y requisitos de las mismas.

³⁶ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: *Medición...* op. cit., p. 41 y ss.; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” op. cit., p. 449; y también, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada...” op. cit., p. 2; el mismo: “Algunos defectos...” op. cit., p. 7; *Código penal...* op. cit., p. 788; FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” op. cit., p. 214, nota al pie 4.

³⁷ Cfr. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” op. cit., p. 450.

³⁸ Así fue definida en el CP de 1848 (arts. 24-26), CP 1850 (art. 42), para ser más tarde abandonada momentáneamente en el CP de 1870 debido a su deficiente aplicación y reducidos efectos rehabilitadores (Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 331; el mismo autor: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, p. 158), solo para volver a incorporarse en el CP de 1928 como medida de seguridad (art. 90.13); Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: *Medición* op. cit., p. 44; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” op. cit., pp. 451 y 452; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código penal...* op. cit., pp. 788 y 789; LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Cuestiones...” op. cit., p. 544.

³⁹ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” op. cit., pp. 452 y 453; SOLAZ SOLAZ, E., “La prescripción” op. cit., p. 58; BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones...” op. cit., p. 295, nota al pie 14; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada...” op. cit., p. 2; el mismo: “Algunos defectos...” op. cit., p. 7; el mismo: *Código penal...* op. cit., pp. 788 y 789; DÍAZ SASTRE, C., “La medidas...” op. cit., p. 54; LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Cuestiones...” op. cit., p. 544.

⁴⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo de la peligrosidad sin delito”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 163, 1933, p. 630.

⁴¹ Vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, p. 53.

En cuanto a la relación entre las medidas de sujeción a autoridad de la LPRS y la libertad vigilada contenida en la LTTM de 1948⁴² (coetánea con la primera), “se aprecia una cierta discordancia”⁴³ entre ambas. No obstante, sería la normativa de menores la que entrara en detalles al indicar expresamente que “en tanto no fueran designados los delegados de la autoridad a los que se refiere esta Ley y el Reglamento, para su aplicación, serán ejercidas sus funciones por la Junta de Libertad Vigilada”⁴⁴. Aunque en el tenor literal de la LPRS se hablaba de un carácter tutelar y de protección de la medida de sumisión a la vigilancia de los delegados⁴⁵ y, en consecuencia, sumamente similar a la libertad vigilada de la normativa de menores, en realidad tal y como afirma JORGE BARREIRO, “viene a ser, por su carácter y contenido, una medida de seguridad criminal”⁴⁶.

Tras la derogación de las anteriores normas penales especiales, la libertad vigilada permaneció exclusivamente en la norma penal de menores, donde aún mantenía algunos visos de su formulación correccional: educar y vigilar⁴⁷. Así, la libertad vigilada quedaría recogida “de modo disperso” en el art. 17 de la LTT 1948 y, posteriormente, sería desarrollada en los arts. 36 y 115-121 de su Reglamento, como una “medida de carácter duradero” alternativa al internamiento y controlada por los Delegados nombrados por el Juez Tutelar de Menores⁴⁸. Con el nacimiento de la Constitución española de 1978 y la revisión del Derecho tutelar de menores en la nueva configuración democrática del Estado español mediante la LO 4/1992 (art. 17.2), el marco jurídico de la libertad vigilada apenas sufría modificaciones de fondo, si bien las normas su aplicación fueron revisadas para convertirla en uno de los principales vehículos de desinstitucionalización de nuestro ordenamiento penal de menores⁴⁹. De este modo, la libertad vigilada en menores estaba llamada a ser la medida de imposición más común⁵⁰ (en palabras de AGUIRRE ZAMORANO, “la medida reina”⁵¹) de la jurisdicción de menores. Objetivo éste que parece haberse conseguido, siendo en la actualidad la medida más impuesta por los Jueces de Menores en España⁵².

⁴² Vid. Art. 16 de la LTTM de 1948.

⁴³ Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas... op. cit.*, p. 120.

⁴⁴ Vid. OLESA MUÑIDO, F.F., *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 335.

⁴⁵ Vid. Art. 5.14 LPRS.

⁴⁶ Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas... op. cit.*, p. 127.

⁴⁷ Vid. DIEGO ESPUNY, F., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 149.

⁴⁸ Vid. DEL POZO SARDINERO, P., “La medida...” *op. cit.*, pp. 190 y 191.

⁴⁹ Vid. DIEGO ESPUNY, F., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 155 y 156.

⁵⁰ Actualmente, es una de las medidas más aplicadas por los Juzgados de Menores. Pueden encontrarse las estadísticas sobre las medidas impuestas a los menores en España en: <http://observatoriojusticiapenaljuvenil.blogspot.com>. Vid. *Proyectos, Actividades e Iniciativas Penitenciarias (PAIP)*, boletín informativo, 4/2009, en: <https://sites.google.com/site/paippenitenciario/>, consultada el 06/08/2012.

⁵¹ Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (Dir.), *Menores Privados de Libertad, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 211*; CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida del internamiento y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 115; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 455.

⁵² Vid. MONTERO HERNANZ, T., “La medida...” *op. cit.*, p. 2; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 455; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Título II – De las medidas”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Thompson-Civitas, Navarra, 2008, p. 147.

El renacimiento de la libertad vigilada en la legislación penal de adultos aparece en la redacción del *Anteproyecto de Código penal de 2006* (ACP 2006), donde se incluyó como una nueva consecuencia jurídica al delito con doble función y naturaleza: pena privativa de otros derechos y medida de seguridad aplicable a los delincuentes reincidentes⁵³. A partir de ese momento, y hasta la promulgación de la LO 5/2010, se sucedieron los Anteproyectos y Proyectos de reforma del CP, en los que nuestro pre-legislador dudó⁵⁴, no en pocas ocasiones, acerca de la regulación más adecuada para la libertad vigilada oscilando entre la pena accesoria y la medida de seguridad.

III. LIBERTAD VIGILADA EN ADULTOS Y MENORES: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS. ANÁLISIS COMPARATIVO

1. Naturaleza jurídica

La primera diferencia fundamental entre la libertad vigilada de la LORRPM y la nueva medida de seguridad de nuestro CP vigente es su naturaleza jurídica. Como ya se indicaba *supra*, la libertad vigilada para menores infractores tiene la consideración de medida sancionadora-educativa, mientras que la libertad vigilada de adultos ha sido finalmente definida como medida de seguridad.

Como ya veníamos apuntando, la naturaleza jurídica de la libertad vigilada de adultos como medida de seguridad no ha resultado una cuestión pacífica. Una vez rechazado el ACP 2006, el *Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 2007*⁵⁵ (PCP 2007), incluyó la libertad vigilada dentro del elenco de penas consideradas menos graves. La naturaleza jurídica de la libertad vigilada era definida como una consecuencia al delito restrictiva de derechos, que afectaba fundamentalmente a la intimidad⁵⁶, aunque mantenía una forma triple⁵⁷: como una pena

⁵³ Vid. ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, en *Estudios penales y Criminológicos*, N° 29, 2009, pp. 120 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 127 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones...” *op. cit.*, pp. 302-304; DEL CARPIO, J., “La medida de libertad vigilada para adultos”, en *Revista de Derecho penal*, N° 36, 2012, p. 23.

⁵⁴ Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña consecuencia jurídica al delito: la libertad vigilada”, en Libro Homenaje al Profesor LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 115.

⁵⁵ Vid. Boletín Oficial de las Cortes del Congreso de los Diputados, N° 119-1, VIII Legislatura, 15 de enero de 2007.

⁵⁶ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 294.

⁵⁷ Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat vigilada. Pena accessòria o mesura de seguretat contra els condemnats per delictes sexuals i delicats de terrorisme*, Centre d'Estudis Jurídics i Fomarcí Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 27; el mismo: “De las medidas de seguridad”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 803.

autónoma, consistente en obligar al penado “a facilitar de manera efectiva y constante su localización”; como pena accesoria vinculada a la reincidencia; y, por último, a modo de medida de seguridad. Además, el PCP 2007 también introducía la libertad vigilada como una suerte de “pauta de comportamiento” de la que hacía depender la sustitución de penas⁵⁸. En este primer estadio se observan mayores paralelismos entre la libertad vigilada de la LORRPM y la nueva pena del mismo nombre incluida en el PCP 2007, por las diferentes posibilidades de utilización que podían encontrarse en el texto preliminar.

En el *Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008* (ACP 2008) se la denominaba “pena de libertad vigilada”, encuadrándola como una nueva pena privativa de otros derechos, dentro de las penas graves o menos graves y estableciendo también su cumplimiento “*sucesivo al de la pena privativa de libertad*”, por lo que también se consideraba como una pena accesoria (art. 49bis ACP 2008) para aquellos delitos especialmente graves, fundamentalmente, de terrorismo y sexuales. Además de ello, volvía a utilizarse la libertad vigilada en aquellos casos de habitualidad delictiva, extrema gravedad, pluralidad de delitos o reincidencia (art. 57bis ACP 2008), en los que “*deberá aplicarse en su mitad superior*”. En definitiva, la tendencia seguía siendo la neutralización de la peligrosidad delictiva del individuo, por lo que la naturaleza de la libertad vigilada, a pesar de ser concebida como pena, reflejaba nuevamente los presupuestos de las medidas de seguridad⁵⁹.

Finalmente, el *Anteproyecto de Código Penal de 2009*⁶⁰ (ACP 2009) desligó la libertad vigilada del concepto de pena autónoma, clasificándola como medida de seguridad. Según su EM, la libertad vigilada quedaría configurada como una medida de seguridad *sui generis* en nuestro ordenamiento penal. Será este último Anteproyecto el que prevalecerá, introduciendo la LO 5/2010 la libertad vigilada como medida de seguridad en el Título IV del Libro I del Código Penal de 1995.

El contenido de tal medida de seguridad quería recogido en el art. 106 CP, en el que se indica que “*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 obligaciones y prohibiciones del citado artículo. A pesar de esta definición, algunos autores han consi-

⁵⁸ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición... op. cit.*, p. 143.

⁵⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “La insoportable gravedad del Código penal (II)”, en *El Mundo*, 23 de enero de 2009; también, Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 467; DURÁN SECO, I., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”, en *La Ley Penal*, Nº 63, 2009, p. 35; PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “Delitos sexuales...” *op. cit.*, p. 19; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria...” *op. cit.*, p. 1720; MUÑOZ CONDE, F., “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, en *Revista Penal*, Nº 24, 2009, p. 115; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, Nº 11, 2009, p. 18; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave”, en *Diario La Ley*, Año XXX, Nº 7094, 16 de enero, 2009, recopilado en *La Ley*, 2009, p. 1336; DE MARCOS MADRUGA, F., “Artículo 106 ”, *op. cit.*, p. 437.

⁶⁰ Vid. Boletín Oficial de las Cortes del Congreso de los Diputados, Nº 52-1, IX Legislatura, 27 de nov. de 2009.

derado la libertad vigilada como un “híbrido jurídico”⁶¹ de nuevo cuño, al contener tanto presupuestos preventivo generales⁶² como preventivo especiales (concretamente, de ino-cuización o prevención especial negativa⁶³) y no corresponderse con la naturaleza jurídica de pena ni de medida de seguridad.

Además, como acertadamente apunta NISTAL BURÓN, la libertad vigilada no se ajusta a los requisitos de las medidas de seguridad, principalmente por dos motivos: no sólo resulta aplicable cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relacione con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando dicho pronóstico deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido; y, en segundo lugar, la libertad vigilada no se establece como alternativa a la prisión o para su ejecución previa a ésta⁶⁴. Para BENÍTEZ ORTÚZAR, la cuestión va más allá, considerando la libertad vigilada como “una consecuencia jurídica que, si bien aparece bajo la cobertura de la naturaleza de medida de seguridad, se convierte en un instrumento coactivo que puede permitir en la práctica el sometimiento a la “prisión perpetua” del sujeto”⁶⁵.

Por tanto, aunque el cambio de nomenclatura –de pena a medida de seguridad– ha sido visto de forma positiva por un amplio sector de la doctrina⁶⁶, lo cierto es que las posibilidades de aplicación de la libertad vigilada de forma acumulativa a la pena de prisión siguen suscitando muchas dudas.

En este sentido, la libertad vigilada aplicable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad ha introducido un nuevo estadio en la ejecución de penas para determinados delincuentes. Se trata, en suma, de una nueva modalidad post-penitenciaria, que se adjunta –sin demasiados refinamientos– al esquema de cumplimiento de la pena de prisión⁶⁷.

Por otra parte, en el caso de la libertad vigilada para menores infractores, la definición de medidas sancionadoras-educativas, como ya he tenido oportunidad de exponer en anterior-

⁶¹ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “La reforma en los actos preparatorios y favorecimiento de los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 378; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 481; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria...” *op. cit.*, p. 1721.

⁶² Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, p. 124; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña” *op. cit.*, p. 124.

⁶³ Vid. CABEZAS SALMERÓN, J., “Novedades en atenuantes, agravantes, penas, suspensión y sustitución. Libertad vigilada post prisión”, en *Economist & Jurist*, Vol. XVIII, Nº 145, 2010, p. 52.

⁶⁴ Vid. NISTAL BURÓN, J., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 1803 y 1804.

⁶⁵ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁶⁶ Vid. por todos, SANZ MORAN, A.J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: arts. 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 141 y 142.

⁶⁷ Vid. NISTAL BURÓN, J., “La libertad vigilada. La dificultad de su aplicación práctica”, en *Diario La Ley*, Año XXXI, Nº 7368, 24 de marzo, 2010, recopilado en *La Ley*, 2010, p. 1804.

res estudios⁶⁸, es compleja y ambigua, producto del continuismo histórico correccional que ha imperado en el ordenamiento jurídico para menores infractores, que pretende sustraer del ámbito estrictamente penal a estos sujetos. Baste decir, al respecto, que dentro del catálogo de medidas reguladas en la LORRPM se observa una cierta heterogeneidad que aproxima ciertas figuras a la naturaleza jurídica de las penas (internamiento), otras a las medidas de seguridad (tratamiento ambulatorio), y, por último, a medidas complementarias restrictivas de derechos, correctoras y educativas. En realidad, como ha expuesto con claridad meridiana BOLDOVA PASAMAR, entre el Derecho penal de adultos y el de menores, “la diferencia fundamental radica en el sentido y contenido de las medidas. Es la filosofía de la reacción punitiva lo que resulta diverso de los adultos. Porque se atiende a que el menor generalmente ni ha concluido su formación ni ha alcanzado su madurez, y porque en consecuencia y con el tratamiento adecuado puede presentar un pronóstico más favorable que el adulto para una plena reinserción social”⁶⁹. Se trata, en suma, de una decisión de política criminal y no tanto de una divergencia de naturalezas jurídicas. Luego, *la verdadera especialización del Derecho penal de menores y de sus sanciones (léanse penas) es una cuestión penitenciaria*⁷⁰, de ejecución penal⁷¹ y tratamiento especializado⁷², y no de diferencia en la naturaleza jurídica de las mismas.

Sin embargo, aunque el punto de partida sea muy similar, se aprecian importantes diferencias entre ambas figuras de libertad vigilada que las distanciarán completamente.

Puede apreciarse, en primer lugar, el distinto fundamento que se otorga a cada una de las figuras en sus respectivos ordenamientos. El CP de adultos habla de “sometimiento” y “control”, mientras que la LORRPM habla también de “seguimiento”, “vigilancia” y “supervisión”⁷³. Ciertamente, en ambos casos estaremos hablando de una verdadera imposición coactiva de obligaciones y prohibiciones; asimismo, las finalidades de ambas figuras, *a priori*, parecen orientadas a la prevención especial (rehabilitación y reeducación). Sin embargo, la libertad vigilada de adultos parece mantener una finalidad exclusiva de

⁶⁸ Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, pp. 506 y ss.

⁶⁹ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A., “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Eds.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva Interdisciplinaria ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Atelier, Barcelona, 2007, pp. 96 y 97.

⁷⁰ Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, p. 542.

⁷¹ Vid. TOMÉ TAMAME, J.C., “Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: especial consideración a las medidas sancionadoras-educativas (I y II)”, en *Noticias Jurídicas*, diciembre 2002, versión online disponible en: <http://noticias.juridicas.com/>, consultada el 03/08/2012.

⁷² Apoyo esta tesis en la acertada afirmación de MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 407 y 408, quienes mantienen que el problema de la criminalidad juvenil no es sólo un problema de atenuación de la pena, sino fundamentalmente un problema de adecuado tratamiento.

⁷³ Vid. Punto III.18 de la Exposición de Motivos LORRPM y art. 7.1.h. LORRPM.

control, mientras que la libertad vigilada de menores “combina una dimensión asegurativa con una dimensión asistencial o educativa”⁷⁴.

El contenido de la medida de libertad vigilada en el ámbito de la LORRPM se encuentra adscrito a un proyecto educativo al que estará sometido el menor de edad, mientras que la medida de seguridad del sistema penal de adultos parece orientada, a pesar de reconocer su finalidad preventivo-especial, a la “protección de las víctimas”. En cierto modo, el contenido correccional de la LORRPM se ha mantenido en la definición de la medida de libertad vigilada, siendo la medida que “mejor sirve al esfuerzo educativo”⁷⁵. En este sentido, “su eficacia depende en gran medida en que se potencie ese carácter educativo y no meramente de control”⁷⁶.

Será el *Real Decreto 1774/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la LORRPM* (en adelante, RM), el que termine de establecer tal previsión, indicando que, además de las obligaciones que el Juez de Menores pueda imponer durante el cumplimiento de la medida de libertad vigilada, ésta también se encontrará circunscrita al programa individualizado de ejecución de la medida (art. 10.4 RM) y al profesional (agente de libertad vigilada) que, tras la entrevista con el menor, se encontrará a cargo del *proyecto educativo*⁷⁷ durante su cumplimiento (art. 18 RM).

2. Prohibiciones y obligaciones

La libertad vigilada, como medida autónoma o complementaria al internamiento o pena de prisión, establece, tanto para el condenado adulto como para el menor infractor sobre los que recae, el cumplimiento de una serie de obligaciones establecidas por el Juez y recogidas en los arts. 106.1 CP y 7.1.h. de la LORRPM, respectivamente.

La diferencia fundamental entre los dos ordenamientos será el carácter obligatorio o potestativo de la imposición de estas medidas⁷⁸. Así, mientras que en la LORRPM el Juez de Menores podrá establecer el cumplimiento de una o varias de las obligaciones, o decantarse por no imponer ninguna de ellas, en el Derecho penal de adultos el Juez o Tribunal

⁷⁴ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Título II” *op. cit.*, p. 146; Santana Vega, D.M.: “La pena...” *op. cit.*, p. 457.

⁷⁵ Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a.C., *Comentarios a la Ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 119.

⁷⁶ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 156.

⁷⁷ Como ejemplo de las distintas fases de ejecución de la medida de libertad vigilada en menores, *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 157; y también, Consejería de Trabajo y Política Social Secretaría Autonómica de Acción Social, Menor y Familia de la región de Murcia: Programa educativo de ejecución de la medida de libertad vigilada. Servicio de Ejecución de Medidas Judiciales de Menores, Murcia, 2005.

⁷⁸ *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 218.

sentenciador estará obligado a imponer una, varias o todas⁷⁹. Esta diferencia entre ambas legislaciones no obedece tan solo al carácter de mayor discrecionalidad que impera en el sistema de justicia juvenil, sino que, además, en caso de que el Juez de Menores decida no imponer ninguna de las obligaciones contenidas en la regulación de la libertad vigilada, ésta no quedaría vacía de contenido ya que siempre prevalecerá el proyecto educativo individualizado. En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, en el caso de la libertad vigilada de adultos “no es muy realista pretender controlar judicialmente al condenado a control judicial a través del cumplimiento de las medidas –medidas dentro de medidas– (...). Nada hay aquí de amplio seguimiento de la actividad del reo como en la LORRPM”⁸⁰.

Al respecto, ORNOSA FERNÁNDEZ y MONTERO HERNANZ han sintetizado en cinco puntos fundamentales el contenido e intervención en la ejecución de la libertad vigilada en menores de edad, según lo establecido en la LORRPM y el RM, de los cuales, tan solo uno –aunque de especial importancia– recoge el contenido de las obligaciones impuestas por el Juez de Menores:

- “1. Obligación del menor de someterse a la vigilancia y supervisión del profesional responsable de la ejecución.
2. Obligación del menor de asistir a las actividades previstas en el programa individual de ejecución.
3. Obligación del menor de seguir las pautas socioeducativas previstas en el programa individual de ejecución.
4. Obligación del menor de mantener con el profesional responsable de la ejecución de la medida las entrevistas establecidas en el programa individual de ejecución, así como aquellas otras que éste considere necesarias.
5. Obligación de cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez de Menores”⁸¹.

Por otra parte, también existe una importante diferencia de flexibilidad en el control de la medida, siendo mucho más laxo en el caso de los menores de edad. Tal y como han expuesto ALMAZÁN SERRANO y IZQUIERDO CARBONERO, “se deja una cierta libertad al menor para que ejecute dicha medida como se le ha impuesto, con las prohibiciones y obligaciones que se contiene en la propia medida. Estimamos acertada esa opinión de dejar hacer al menor. Es una forma de que se responsabilice. Empero, esto no debe ser obstáculo para el control de su seguimiento”⁸².

⁷⁹ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 465.

⁸⁰ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios...* *op. cit.*, p. 790.

⁸¹ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2ª Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p. 190; MONTERO HERNANZ, T., “La medida...” *op. cit.*, p. 16.

⁸² Vid. ALMAZÁN SERRANO, A., y IZQUIERDO CARBONERO, F.J., *Manual de Derecho penal de Menores. Incluye formularios de resoluciones judiciales y escritos*, 2ª Ed., Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 117.

A continuación, abordaré una breve comparativa entre ambos ordenamientos y las obligaciones susceptibles de imponerse bajo la medida de libertad vigilada:

Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente si el menor está en edad de escolarización obligatoria, debe acreditar ante el Juez dicha asistencia regular, o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello: esta medida, por tanto, será impuesta a aquellos menores que hayan cometido actos delictivos y que presenten carencias escolares, familiares y personales, precisando de una intervención prolongada⁸³. El centro docente debe ser entendido como uno de los pertenecientes a la comunidad, y nunca como uno de los dispuestos para las medidas de internamiento ni terapéuticas. Tampoco pareciera correcto que la interpretación derive hacia los centros de día, ni a los propios de las instituciones sociales de carácter protector del menor, por cuanto éste debe desarrollar una vida integrada en el medio y en una situación normalizada. El éxito de esta medida, en consecuencia, dependerá de la coordinación entre los agentes de control de la libertad vigilada del menor y las instancias sociales⁸⁴. No existe equivalente de esta obligación en el sistema penal de adultos, lo cual es perfectamente entendible, puesto que los adultos ya han superado sus estudios primarios obligatorios o, en caso de no haberlos realizado en su momento, ya han superado la edad de escolarización obligatoria. Además de ello, hay que tener en cuenta que el principal contenido correccional y reeducativo –y, prácticamente, único– de la libertad vigilada en el régimen de adultos, ya queda contenido en la obligación de participar en programas formativos, laborales y culturales. Deben entenderse contenidos los programas educativos (p.ej. universitarios) en la expresión abierta “otros similares” recogida en la literalidad del precepto 106.1 CP. Este extremo introduciría un mayor contenido preventivo especial en la medida de libertad vigilada para delincuentes imputables.

Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares: para ALBRECHT, la imposición de esta medida supone no contar con la voluntariedad del menor, lo que conlleva el posible fracaso de la misma⁸⁵. Para algunos autores, como ORNOSA FERNÁNDEZ, esta obligación y las medidas de asistencia a un centro de día y realización de tareas socioeducativas parecen mantener muchas similitudes, por lo que, en opinión de la autora, “podían haberse englobado todas dentro de una sola”⁸⁶. El análogo en la regulación de adultos de esta obligación sería la *obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares*. Nótese que la expresión utilizada –“participar” y no

⁸³ Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables...” *op. cit.*, p. 213.

⁸⁴ Vid. DEL POZO SARDINERO, P., “La medida...” *op. cit.*, p. 191; CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento...* *op. cit.*, p. 139; FEJOO SÁNCHEZ, B., “Título II” *op. cit.*, p. 146; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 156; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 457.

⁸⁵ Vid. ALBRECHT, P.A., *El Derecho penal de menores*, PPU, Barcelona, 1990, p. 178; ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, en *Actualidad Penal*, Nº 6, 2002, p. 131.

⁸⁶ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal...* *op. cit.*, p. 189.

“*someter*” como aparece previamente (art. 106.1 CP)— sugiere un significado semántico muy diferente al pretendido. El verbo participar tiene como significado “tomar parte en algo”⁸⁷, normalmente, de manera voluntaria. Por el contrario, la medida no deja de ser coercitiva (obligación) y, como acertadamente ha señalado SANTANA VEGA, “viene a representar una especie de tratamiento extra-penitenciario de carácter obligatorio”⁸⁸. Esto supone una verdadera disfunción respecto al tratamiento penitenciario⁸⁹, eminentemente voluntario (arts. 4, 61 LOGP y 112 RP). Por último, tampoco se recogen los programas de educación vial, por quedar, en principio y hasta una futura reforma que los incluya, fuera del alcance de la aplicación de la libertad vigilada como complemento a la pena de prisión (delitos sexuales y terrorismo). No obstante, para aquellos casos de inimputabilidad y semiinimputabilidad por adicción al alcohol o estupefacientes en delitos contra la seguridad del tráfico podría haberse incluido. Este hecho, puede ser un claro indicativo de la verdadera finalidad de la libertad vigilada para adultos, pensada para su uso como complemento a la privación de libertad y no como medida autónoma o alternativa a la prisión.

Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos: medida especialmente importante en aquellos casos en los que se ha internado al menor en la modalidad terapéutica para un programa de deshabituación y se impone, *a posteriori*, una restricción de libertad para evitar que el menor acuda a determinados focos que podrían hacerle recaer en su adicción. Finalmente, no se incluyó en este apartado la alusión a la prohibición de las salidas nocturnas, que sí se encontraba en alguno de los proyectos anteriores; quizá, en opinión de LANDROVE DÍAZ, “por entenderse que la misma resultaría en exceso afflictiva, habida cuenta los actuales hábitos de la juventud española”⁹⁰. En el caso de los penados adultos, esta pauta tiene su reflejo en la *prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos*, prohibiciones que pretenden evitar situaciones o factores criminógenos⁹¹. No se incluye en la redacción del art. 106.1 CP la prohibición de acudir a determinados espectáculos. Tal exclusión bien pudiera responder a una particular política-criminal considerada para los menores y jóvenes delincuentes, más afines a acudir a conciertos y espectáculos de diversa índole que no tienen una localización permanente. En cualquier caso, no parece existir razón de peso para no haberla incluido también en este precepto (p.ej. ultra-sur). Quizás la previsión que permite la prohibición de acudir a espectáculos en la legislación penal de adultos pueda quedar contenida en otra de las obligaciones previstas en la medida de libertad vigilada: *la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos*

⁸⁷ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Ed., Voz “participar” 1.int.

⁸⁸ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 466.

⁸⁹ Vid. DE MARCOS MADRUGA, F., “Artículo 106” *op. cit.*, p. 438; el mismo: “Las modificaciones en el régimen jurídico de penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código penal: aspectos penitenciarios”, en *Diario la Ley*, Año XXXII, N° 7576, recopilado en *La Ley*, 2011, p.1748; FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 222.

⁹⁰ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 233.

⁹¹ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 218.

delictivos. En opinión de LEAL MEDINA, la prohibición de acudir a determinados lugares resulta extremadamente abierta e imprecisa, “al no reconocer expresa y literalmente como lugares prohibidos, donde lógicamente el sujeto tendrá limitado el acceso, a los centros educativos, centros o establecimientos de recreo, u otros lugares donde se encuentren y concentren menores o personas más vulnerables, así como localizar situaciones o cosas concretas que predispongan al condenado a la comisión delictiva”⁹². Por otra parte, la inclusión de la palabra territorios parece igualmente redundante y absurda, lo que puede llevar a interpretar esta expresión en su vertiente jurídica, como “circuito o término que comprende una jurisdicción, un cometido oficial u otra función análoga”⁹³. Finalmente, no se establecen mayores detalles acerca de las actividades, puede entenderse un concepto amplio: desde actividades económicas, laborales, hasta actividades lúdicas⁹⁴.

Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa: para evitar un posible riesgo de fuga⁹⁵ de los menores infractores. Esta obligación cobraría mayor protagonismo en aquellos supuestos en los que la libertad vigilada se imponga como medida cautelar, por cuanto no tiene demasiado sentido controlar de este modo a un menor una vez terminada la medida de internamiento o, al menos, es un control que debería establecerse por medio de la asistencia social. *La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal*, del art. 106.1 CP, cuenta con una redacción prácticamente idéntica, siendo quizás más exhaustiva la formulación en el CP desde el punto de vista procesal, pues incluye tanto a los órganos judiciales unipersonales como a los órganos colegiados. Se trata de una medida puramente asegurativa y de control, que también intenta evitar el posible riesgo de fuga.

Obligación de residir en un lugar determinado: esta medida compagina perfectamente con el cumplimiento de la libertad vigilada del menor en las denominadas Unidades Dependientes (UD). La existencia de UD en la regulación de la LORRPM queda recogida en el art. 26.4. del RM⁹⁶ y se definen como “viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro”. No obstante, la literalidad de la norma es tenue, no

⁹² Cfr: LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria...” *op. cit.*, p. 1721; Del Carpio, J.: “La medida...” *op. cit.*, p. 173.

⁹³ Cfr: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Ed., Voz “territorio” 3.m. Para ACALE SÁNCHEZ, el término territorio “parece que ha de ser entendido como una provincia, una Comunidad Autónoma o el Estado español”; Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 153 y 155.

⁹⁴ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 218 y 219; ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 153.

⁹⁵ Vid. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000, p. 65.

⁹⁶ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 95; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM)”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 16, 2005, p. 47.

definiéndose de modo concreto el contenido de estas figuras. En cualquier caso, se trata de una previsión para su posterior desarrollo en las normas autonómicas correspondientes. El Auto de la AP de Madrid 36/2002, de 27 de mayo, entendió que era posible la imposición a un menor como regla de conducta dentro de la medida de libertad vigilada la obligación de residir en un piso de apoyo para el tratamiento de menores drogodependientes⁹⁷. La *prohibición de residir en determinados lugares*, como medida a imponer dentro de la libertad vigilada de adultos, aunque similar, mantiene un contenido muy diferente en función de la finalidad de su ejecución. Nótese que la regulación penal de menores mantiene una fórmula coercitiva (obligación de hacer), mientras que en el caso de los adultos es completamente prescriptiva (abstenerse de hacer). El motivo, en mi opinión, se centra en la finalidad educativa de la libertad vigilada en menores infractores, que aconseja dirigir al joven hacia un ambiente social y familiar más propicio para su rehabilitación. En el caso de los delincuentes adultos la previsión no deja de ser una medida de alejamiento (p. ej., de residir en la misma ciudad que su víctima). Ello supone una oportunidad desaprovechada desde el punto de vista penitenciario, pues compaginaría a la perfección con el cumplimiento de la libertad vigilada en las mencionadas UD de origen penitenciario⁹⁸.

Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas: de un modo muy similar a lo establecido en los casos de libertad condicional para los adultos, con la que la libertad vigilada de menores comparte muchos presupuestos⁹⁹. En la *obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca*, de la libertad vigilada de adultos se prescinde de toda obligación de “informar y justificar”, quedando tan solo circunscrito a la obligación de dar cuenta de su localización, a fin de evitar el riesgo de fuga¹⁰⁰. En este caso, quizás hubiera sido necesario emular al ordenamiento penal de menores introduciendo un elemento más pedagógico en el sistema de medidas de seguridad para adultos plenamente responsables.

Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona: un *numerus apertus*¹⁰¹ que, a modo de herramienta

⁹⁷ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal... op. cit.*, p. 190.

⁹⁸ Vid. Arts. 165 a 167 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; Circular de Instituciones Penitenciarias 17/1995, de 26 de junio; NISTAL BURÓN, J., “El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia / la reeducación y reinserción”, en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 33, 1995, p. 191; PÉREZ CEPADA, A., “El régimen penitenciario (I)”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), *Manual de Derecho penitenciario*, Universidad de Salamanca, Colex, Madrid, 2001, p. 200.

⁹⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición... op. cit.*, p. 168 y 169; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, p. 657 y ss.

¹⁰⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 152; DEL CARPIO, J., “La medida...” *op. cit.*, p. 170.

¹⁰¹ Vid. POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDIA, A.J., *La nueva ley penal del menor*, 2ª Ed., Colex, Madrid, 2000, p. 48; ABEL SOUTO, M., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 132.

para establecer obligaciones no tasadas en la LORRPM, puede ser utilizado por el Juez de Menores y que, en todo caso, deberá motivar suficientemente y definir lo más claramente posible¹⁰². Aún siguiendo estas garantías, “cuando el Juez pueda establecer el contenido general de la misma, según el informe del equipo técnico, será el posterior estudio del equipo de libertad vigilada de la CC.AA. y la evolución del menor, lo que determinará en concreto el contenido final, todo ello, por supuesto, con la aprobación judicial”¹⁰³. Nótese, además, que el precepto en su actual redacción, se refiere exclusivamente a la inclusión de obligaciones, pero no de prohibiciones, por lo que debe entenderse que no podrá establecer prohibiciones diferentes a las previstas en los apartados 3º y 4º del art. 7.1.h. LORRPM¹⁰⁴. A este respecto, SAN MARTÍN LARRINOA la Magistrada-Juez del Juzgado de Menores de Bilbao, ha señalado que “es preferible atender las necesidades educativas prioritarias que presenta el menor, imponiendo menos reglas de conducta al mismo; y dejar en manos del educador, que controle la ejecución de la libertad vigilada, la determinación de las sucesivas facetas en las que se ha de trabajar con éste, en función de lo previsto en el programa de ejecución individual”¹⁰⁵. Para salvaguardar la seguridad jurídica el Juez deberá establecer unos parámetros concretos y adecuar estas *obligaciones sui generis* como consecuencia del delito cometido por el menor. Por otra parte, algunos autores, como TOMÉ TAMAME, se muestran críticos ante el “fracaso” del legislador a la hora de definir los fines educativos y objetivos concretos de estas obligaciones, y entiende que, en última instancia, el conjunto de prohibiciones y obligaciones contenidos en la medida de libertad vigilada podrán utilizarse como mero castigo, o como “recompensa”¹⁰⁶.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación penal de menores, la regulación de las obligaciones que dotan de contenido a la libertad vigilada de adultos constituyen una lista cerrada. Es ocioso decir que ello se debe a la mayor discrecionalidad de los Jueces de Menores prevista en la legislación penal juvenil. Así, la libertad vigilada de la LORRPM mantiene un carácter individualizador, donde, además, se potencia la flexibilización de la medida¹⁰⁷, mientras que la incluida en el CP parece estar más orientada hacia la inocuización del delincuente peligroso y no a su rehabilitación social.

¹⁰² Vid. Punto V.1., de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

¹⁰³ Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables...” *op. cit.*, p. 212.

¹⁰⁴ La redacción anterior a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 8/2006) recogía justamente lo contrario, pudiendo imponerse nuevas prohibiciones, pero no obligaciones diferentes a las recogidas por la LORRPM; al respecto, Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 343.

¹⁰⁵ Cfr. SAN MARTÍN LARRINOA, B., “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.), *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XXV, CGPJ, Madrid, 2005, p. 120*; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Título II...” *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁶ Vid. TOMÉ TAMAME, J.C., “Ley Orgánica reguladora (y II)” *op. cit.*

¹⁰⁷ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 65.

Una vez realizada la comparativa entre ambas figuras, puede observarse que el art. 106.1 CP introduce en sus apartados a., c., d., e., f., i., y k., varias obligaciones contenidas dentro de la medida de seguridad de libertad vigilada que amplían considerablemente lo dispuesto en la regulación de menores, pero que, sin embargo, en su mayoría se encuentran recogidas como medidas independientes en la LORRPM. En opinión de SANTANA VEGA, “es de observar en el elenco de obligaciones transcrito (para delincuentes adultos) el solapamiento que se produce entre algunas de estas obligaciones, pues la obligación de estar localizado siempre conllevaría las obligaciones de comunicar inmediatamente cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo”¹⁰⁸. La mayor parte de las obligaciones parecen extraídas de la anterior regulación de penas accesorias (art. 48 CP), así como de las medidas a las que se sometía la suspensión condicional de la prisión (art. 83 CP), por lo que la libertad vigilada termina por configurarse como una “refundición de medidas”¹⁰⁹, un “cajón de sastre” muy heterogéneo. La consecuencia de esta particular técnica legislativa es que se haya dejado de lado, una vez más, prácticamente todo el contenido orientado a la resocialización y reeducación del penado¹¹⁰. Más aún, si se analizan las diferentes prohibiciones y obligaciones se comprobará que su finalidad es meramente asegurativa, pero en pocas de ellas se establece un verdadero seguimiento o “vigilancia” del penado¹¹¹.

En primer lugar, el art. 106.1.a. CP, establece la *obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente*. Se trata de una obligación exclusiva de la regulación de adultos, que no tiene paralela en la LORRPM, aunque el uso de medios telemáticos para penados ya se encontraba regulado con carácter general en el art. 48 CP y, dentro de nuestra legislación penitenciaria, en el art. 86.4 RP 1996. No se ofrecen alternativas ni se regulan ejemplos tan necesarios como medios, frecuencia del control, remisión al Juez de Vigilancia Penitenciaria de los informes sobre el mismo, etc. La *Instrucción 13/2006*, que trata el régimen abierto restringido penitenciario con control telemático, establece que “*la aplicación de las previsiones del artículo 86.4 precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada*”, aunque sólo se indica que la periodicidad de este seguimiento será adecuado a los fines perseguidos de reinserción. Frente a las bondades de esta modalidad de la libertad vigilada¹¹², también se han advertido algunos de los problemas que puede suscitar. Quizás la crítica más acusada que puede hacerse a la formulación de esta obligación sea su orientación puramente asegurativa

¹⁰⁸ Cfr. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 466. Paréntesis añadido.

¹⁰⁹ Vid. URRELA MORA, A., “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en ORTIZ DE URBINA, J.I. (Coord.): *Memento experto reforma penal*. 2010, p. 30/7360; MIR PUIG, S., *Derecho penal...* *op. cit.*, p. 797; JORGE BARREIRO, A., y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 332;

¹¹⁰ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 466.

¹¹¹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código penal...* *op. cit.*, p. 790; el mismo: “La libertad...” *op. cit.*, p. 3; y también: “Algunos defectos” *op. cit.*, p. 8.

¹¹² En el caso de la libertad vigilada, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal de 2007”, en ARANGÜENA FANELO, C. y SANZ MORÁN, A.J. (Coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 105.

y de control, en detrimento de la dimensión rehabilitadora de las medidas de seguridad. Por ello, como ha expuesto GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, será necesario exportar la finalidad de resocialización al control telemático de los condenados, introduciendo un factor complementario de asistencia humana¹¹³.

La *obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo*, es una obligación que no parece necesaria en el caso de los menores de edad, ni siquiera factible, por cuanto es más complicado que un menor pueda tener residencia propia o desempeñe un trabajo remunerado. En cualquier caso, podría haberse previsto la obligación de informar el cambio en la residencia familiar si el menor convive con sus padres o parientes. En el régimen de adultos, se trata, nuevamente, de una mera obligación de control¹¹⁴ sin mayor contenido preventivo especial.

La *prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, y la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal* se encuentra prevista también en el ordenamiento penal de menores, como medida independiente y de forma conjunta en el art. 7.1.i. LORRPM. En su clasificación de las obligaciones derivadas de la libertad vigilada para adultos, FEIJOO SÁNCHEZ la incluye entre las medidas de protección a la víctima¹¹⁵. Algunos autores, a cuyas opiniones me sumo, se muestran contrarios a la introducción de esta clase de prohibiciones entre las medidas que dan contenido a la libertad vigilada, por entender que se apartan completamente de la esencia preventivo-especial de las medidas de seguridad¹¹⁶.

A pesar de que la función primaria de las medidas de la LORRPM será la educativa o de prevención-especial, la prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima no parece susceptible de ningún trasfondo educativo, siendo consecuencia del progresivo reconocimiento y protagonismo de la víctima en el ordenamiento penal de menores. A mayor abundamiento, puede suponer un perjuicio para la educación del menor, puesto que podría estar obligado a cambiar de centro escolar (p.ej., a mitad de curso) o, incluso, abandonar su ambiente familiar y social para preservar los derechos de la víctima.

La *obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*: según expone FEIJOO SÁNCHEZ, conjuntamente con la participación en programas de formación, esta obligación puede definirse también como una regla de conducta¹¹⁷. Mientras que la coerción para someterse a un tratamiento médico en el caso de los inimputables no plantea mayores problemas, en el caso de los plenamente responsables

¹¹³ Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La nueva pena de libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴ Vid. DEL CARPIO, J., “La medida de seguridad...” *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁵ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 218.

¹¹⁶ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 154; REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat...* *op. cit.*, 64; el mismo: “De las medidas...” *op. cit.*, p. 857.

¹¹⁷ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 219.

se hará depender de la voluntariedad del condenado. Como acertadamente ha expuesto PRIETO RODRÍGUEZ, “la articulación de cualquier tratamiento médico reclamará la decisión voluntaria del sujeto, como corolario del derecho del paciente al consentimiento informado, de rechazar el tratamiento que no puede imponerse. La imposición de un tratamiento obligatorio está abocada a su fracaso”¹¹⁸. En caso contrario, deberíamos plantearnos ciertas reservas sobre la constitucionalidad de dicho tratamiento por vía coactiva¹¹⁹.

Aunque no se prevé dentro de las obligaciones de la medida de la libertad vigilada, en el art. 7.1.e LORRPM se establece la medida de tratamiento ambulatorio, que guarda muchas semejanzas con ella. El tratamiento ambulatorio es el análogo de las medidas de seguridad no privativas de libertad recogidas en el CP. Los menores sometidos a esta medida deberán acudir a los centros designados, con la periodicidad requerida por los facultativos que los atienden, y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción o alteraciones de la percepción que padezcan. Puede entenderse como una función socio-educativa para un fin y problemática bien definido y específico¹²⁰ y puede aplicarse conjuntamente con otras medidas, o por sí sola. La definición establecida en la LORRPM, se ha mantenido estable a pesar de sus reformas, confiriéndole a esta medida un *carácter terapéutico*, pero con un régimen de libertad más amplio, situándose a medio camino entre el internamiento de este tipo y la libertad vigilada. En el tratamiento ambulatorio “la prioridad es curativa o asistencial”¹²¹, destinada al tratamiento clínico. El tratamiento ambulatorio, sin embargo, implica la permanencia del menor en su entorno¹²², y el mantenimiento de los vínculos familiares y sociales. El menor en todo momento recibirá la adecuada formación educativa en los centros normalizados de su entorno¹²³, sin estar sometido a un programa educativo especializado dentro de una institución. Como ha señalado LEAL MEDINA para el tratamiento ambulatorio en adultos, “esta medida penal trata de conjugar la mínima restricción de libertad con el máximo de aplicación terapéutica”¹²⁴.

¹¹⁸ Cfr. PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “Delitos sexuales...” *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad...” *op. cit.*, p. 5; LEAL MEDINA, J., “La pena accesoria...” *op. cit.*, pp. 1721 y 1722; ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 156; DEL CARPIO, J., “La medida...” *op. cit.*, p. 174; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, pp. 262 y 263.

¹²⁰ Vid. ROVIRA TORRES, O., *La responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 44.

¹²¹ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 164.

¹²² Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas...” *op. cit.*, p. 217; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal...* *op. cit.*, p. 226; el mismo: “Medidas aplicables...” *op. cit.*, p. 73; VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *La Ley Orgánica 5/2000...* *op. cit.*, p. 62; ABEL SOUTO, M., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 119; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Título II...” *op. cit.*, p. 155.

¹²³ Vid. GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, N° 10, 2001 p. 181.

¹²⁴ Cfr. LEAL MEDINA, J., “La doctrina legal del trastorno obsesivo compulsivo en relación con el art. 20.1 CP. La incidencia biológica y social en el juicio de imputabilidad y sus efectos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 619, 2004; DE URBANO CASTRILLO, J., y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 76, y nota al pie.

Sobre la cuestión de la *voluntariedad del consentimiento* del menor para el inicio del tratamiento en el internamiento terapéutico, el 23 de septiembre de 2009 se realizó, por parte del Grupo Parlamentario Mixto, una *Proposición no de Ley relativa a la regulación del menor maduro con psicopatología, por la cual se modifican la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Dicha propuesta, motivada por la realidad “*difícilmente discutible*”, que en “*los últimos años la sociedad española está viviendo con alarma y gran preocupación*” por “*la proliferación de actos delictivos especialmente violentos cometidos por menores de dieciocho años, con daños manifiestos para la vida e integridad de las personas, especialmente de las mujeres más jóvenes*”¹²⁵, instaba al gobierno a buscar nuevos instrumentos jurídicos más eficaces en la lucha contra la criminalidad juvenil. El planteamiento seguido se apoya en los estudios que vinculan fuertemente dicha delincuencia juvenil con los trastornos psiquiátricos¹²⁶. Siguiendo esta argumentación, la propuesta pretende establecer la posibilidad de que los Jueces de Menores puedan acordar el tratamiento terapéutico sin necesidad del consentimiento expreso del menor¹²⁷.

3. Instituciones de control

Una de las cuestiones más importantes para el efectivo desarrollo de la libertad vigilada, tanto en el Derecho penal de adultos como en el de menores de edad, es la relativa a los órganos e instituciones de control que la llevarán a cabo, puesto que de ellos dependerá, en gran medida, el éxito o fracaso de la medida.

Cabe distinguir, en este punto, dos tipos de control de la medida de libertad vigilada en ambos ordenamientos: control judicial, y control administrativo de supervisión por parte de los profesionales competentes.

En cuanto al control judicial, en la legislación penal de menores nos encontramos con un sistema eminentemente unitario. Así, pertenece al Juez de Menores sentenciador la competencia de control de la ejecución de las medidas de la LORRPM, incluida la libertad vigilada (art. 44.1 LORRPM). Por el contrario, en la normativa de adultos encontramos

¹²⁵ Cfr. EM de la citada Proposición no de Ley, recogida en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, N° 265, 5 de octubre de 2009, p. 10.

¹²⁶ Fundamentalmente inspirados en los trabajos de CELSO ARANGO LÓPEZ, Jefe de Sección de Psiquiatría del Hospital Gregorio Marañón de Madrid. Vid. ARANGO LÓPEZ, C., *Trastornos psicóticos en infancia y adolescencia: de la neurobiología a la clínica* (discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina del Principado de Asturias como académico correspondiente del Ilmo. Sr. D. Celso Arango López y presentación del Ilmo. Sr. Dr. D. JULIO BOBES GARCÍA, sesión celebrada en Oviedo, el 24 de marzo de 2010). Real Academia de Medicina del Principado de Asturias, Oviedo, 2010.

¹²⁷ Sobre la crítica a esta proposición, Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, pp. 625 y ss.

dos supuestos en los que se otorgan competencias al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) en materia de libertad vigilada (art. 98.1 CP), precisamente en aquellos casos en los que la medida de seguridad se impone como complemento al internamiento (art. 105.2 CP) o a la pena de prisión (art. 106.2 CP).

Con carácter excepcional, al tratarse la libertad vigilada de una medida no privativa de libertad, el art. 98.1 CP establece la obligación para el JVP de “*elevant, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma*”. Como se puede comprobar, a pesar de que la libertad vigilada es una medida post-penitenciaria y su cumplimiento será posterior al de la pena de prisión, se admite su relación con el medio penitenciario. Ahora bien, si la medida debe imponerse directamente en sentencia y será el Juez sentenciador quien concrete la medida fijando las obligaciones y prohibiciones que contiene (art. 106.2 CP), parece complicado que el JVP pueda sustituir la medida con anterioridad a su concreción¹²⁸. Además de ello, el informe del JVP no será vinculante¹²⁹, pues establece el art. 106.2 CP que se respetará lo dispuesto en el art. 97 CP correspondiendo la decisión final de mantenimiento, modificación o cese de la medida al Juez sentenciador.

Como ha señalado VÁZQUEZ GONZÁLEZ, la actual situación de *duplicidad judicial* puede dar lugar a un conflicto a la hora de establecer el mantenimiento, modificación o cese de la medida de libertad vigilada¹³⁰. Sorprendentemente, nuestro legislador toma partido por el Juez sentenciador, a pesar de que quien tiene un mayor conocimiento sobre la situación del penado es el JVP.

En lo referente a la competencia administrativa para el seguimiento de la libertad vigilada también se observan importantes diferencias. Las competencias en materia de ejecución de las medidas contenidas en la norma penal de menores se encuentran descentralizadas, correspondiendo a las CC.AA. su gestión (arts. 45 LORRPM y 8.1 RM). Serán, por tanto, las autonomías las que designen los organismos y entidades públicas competentes para el seguimiento de la medida de libertad vigilada en menores infractores, incluso pudiendo ceder la gestión de la ejecución a entidades privadas “sin ánimo de lucro”¹³¹ (art. 45.3 LORRPM), como es el caso de agencias o fundaciones sociales.

Ahora bien, se establece una excepción a este modelo de gestión en virtud del art. 8.3 RM, donde se indica que “*corresponde a las instituciones públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la ejecución de las medidas penales a las que alude el artículo*

¹²⁸ Vid. PÉREZ BELLO, B., “Ejecución de penas y medidas de seguridad, en especial la libertad vigilada”, en *Revista jurídica de Catalunya*, N° 4, 2011, p. 56.

¹²⁹ Vid. REBOLLO VARGAS, R., “De las medidas...” *op. cit.*, p. 829.

¹³⁰ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 266; JORGE BARREIRO, A., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 516. Al respecto, REBOLLO VARGAS también ha puesto de manifiesto algunas posibles controversias entre el informe del JVP y las pretensiones del Ministerio Fiscal; Vid. REBOLLO VARGAS, R., “De las medidas...” *op. cit.*, p. 829.

¹³¹ Vid. CÁMARA ARROYO, S., “La gestión privada de los centros de menores en España”, en *Anuario de Justicia Penal Juvenil*, N° 10, 2010, pp. 109-179.

105.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la ejecución de la medida de libertad vigilada impuesta de conformidad con la regla 5 del artículo 9 y, en su caso, con el apartado 2.c de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. La regla a la que se refiere el citado artículo hace alusión al caso de la libertad vigilada complementaria al internamiento en régimen cerrado en menores de edad inimputables o semiinimputables (art. 5.2 LORRPM). Asimismo, también se establece la gestión exclusivamente pública, que corresponderá a la Administración central a través de Instituciones Penitenciarias (IIPP), excepto en el caso de Cataluña que tiene transferidas tales competencias, en aquellos casos en los que la medida de libertad vigilada se imponga como complemento al internamiento en régimen cerrado de los supuestos tasados en el art. 10.4 LORRPM¹³².

Por tanto, como puede apreciarse, la libertad vigilada en menores de edad no es ajena al ámbito penitenciario a pesar de que se trata de una medida en medio abierto. Tal remisión ha sido tildada por algunos autores de “distorsionada”¹³³ o “confusa”¹³⁴, ya que confiere competencias al JVP o los servicios de la Administración competentes (servicios de asistencia social), quebrando la especificidad de las medidas de menores.

Del mismo modo, para el caso de la libertad vigilada de adultos, se ha recurrido al medio penitenciario para afrontar la supervisión y concreción de la medida en el momento de la sentencia. La promulgación del *Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas* (art. 23) y la *Instrucción 19/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias* han concretado algunas cuestiones al respecto, otorgando especial importancia a la Junta de Tratamiento del centro en el que se encuentre el penado como principal informadora de la progresión del interno y su pronóstico de peligrosidad de cara a concretar el contenido de la libertad vigilada post-prisión.

En referencia a los profesionales encargados de la supervisión de la libertad vigilada, ambas legislaciones se muestran excesivamente parcas. En el caso de los menores de edad, tanto la LORRPM como el RM hacen mención al “profesional” de forma genérica, que carece de una denominación específica¹³⁵. Se trata de una cuestión de suma importancia, que no ha tenido un adecuado tratamiento en nuestra normativa. Debido a la complejidad de los objetivos de la medida de libertad vigilada en menores, parece necesaria la conformación

¹³² Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “Título II” *op. cit.*, p. 149; JORGE BARREIRO, A., “Medidas no privativas de libertad con orientación educativa”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, 2011, p. 526.

¹³³ Vid. VARGAS CABRERA, B., “Comentario al artículo 7”, en CONDE-PUMPIDO, C. (Dir.), *La responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid, 2001, p. 210.

¹³⁴ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad... op. cit.*, p. 156.

¹³⁵ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., “Título II” *op. cit.*, p. 146.

de un equipo multidisciplinar para su supervisión¹³⁶, donde tienen cabida profesionales tales como pedagogos, psicólogos, trabajadores sociales¹³⁷, criminólogos, etc.

Por otra parte, la medida de libertad vigilada de adultos ha nacido huérfana¹³⁸ en nuestra legislación penal. Se trata, como acertadamente se ha expresado, de una libertad vigilada sin vigilante¹³⁹. A pesar de la insistencia del CGPJ¹⁴⁰ y un buen sector de nuestra doctrina¹⁴¹, no se recoge en la nueva regulación de la libertad vigilada mención alguna acerca del agente de libertad vigilada.

Podemos definir al agente de libertad vigilada como aquel profesional¹⁴² encargado de llevar un seguimiento de la ejecución de la medida de libertad vigilada, garantizar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones que componen la medida, y emitir los informes pertinentes acerca del estado de peligrosidad de sujeto (*probation report*¹⁴³). Como queda patente en esta definición, en realidad no compete al agente de libertad vigilada realizar labores de “vigilancia” como tal, sino de información, seguimiento, supervisión, pronóstico y asistencia sobre el sujeto¹⁴⁴.

El silencio de nuestro legislador en este punto es indicativo de que, en el momento de presentación de la medida, no se estaba pensando en esta clase de *probation officer*, más centrado en garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, que en vigilar al liberto. En realidad, el tenor asegurativo del contenido de la libertad vigilada y la falta de

¹³⁶ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, p. 456.

¹³⁷ Sobre el papel del trabajador social como agente de la libertad vigilada en menores infractores, Vid. CURBELO HERNÁNDEZ, E.A., “Trabajo social y justicia penal de menores. Análisis de la práctica profesional del trabajador y la trabajadora social en su papel de delegado/a de libertad vigilada”, en *Trabajo Social Hoy*, Nº 53, 2008, pp. 58 y ss.

¹³⁸ Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat...* *op. cit.*, p. 61; el mismo: “De las medidas...” *op. cit.*, p. 855.

¹³⁹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Algunos defectos...” *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ Vid. Informe del CGPJ al ACP 2008, p. 31.

¹⁴¹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código penal...* *op. cit.*, p. 790; el mismo: “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 4; y también: “Algunos defectos” *op. cit.*, p. 8; SANZ MORÁN, A.J., “Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: Arts 106 y 468 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de Modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 144; MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, p. 1651; DURAN SECO, I., “La reforma...” *op. cit.*, p. 37; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 261; LUACES GUTIÉRREZ, A.I., “Cuestiones...” *op. cit.*, p. 555.

¹⁴² Idóneamente, aquellos vinculados a los campos de la psicología o la criminología; Vid. MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, p. 1649; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico...* *op. cit.*, p. 226; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 262.

¹⁴³ Vid. Federal Corrections and Supervision Division Administrative Office of the U.S. Courts. September 2000, en www.cs.ny.gov, consultado el 16/07/2012.

¹⁴⁴ Vid. Federal Corrections... *op. cit.* De modo más exhaustivo, sobre las labores del *Probation Officer*, Vid. Department of Corrections and Rehabilitation: Corrections Standards Authority. Standards and Training for Corrections Program Candidate Orientation Booklet Probation Officer Examination For Local Corrections. Sacramento (California), January 2008, en http://www.cdcr.ca.gov/Divisions_Boards/CSA/, consultada el 16/07/2012.

previsión acerca del seguimiento del cumplimiento de la medida, nos hace pensar en el deseo de establecer una “vigilancia judicial-policial” por parte del Juez sentenciador, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁴⁵.

Quizás podrían subsistir dos modalidades de cumplimiento de la libertad vigilada: una consistente en la mera vigilancia policial, y otra el sometimiento a alguna de las obligaciones del art. 106 CP. Sin embargo, el texto literal del precepto indica expresamente que 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”. Por tanto, parece que se excluye el mero control policial, al tener que imponerse obligatoriamente al menos una de las medidas que contiene el artículo. Al respecto, MANZANARES SAMANIEGO ha sentenciado, con sincera claridad, que “la nueva libertad vigilada española no merece siquiera tal nombre, por cuanto falta la figura específica del vigilante”¹⁴⁶.

Es por ello que en los países anglosajones, donde funcionan figuras afines a nuestra libertad vigilada, los agentes de libertad vigilada actúan antes de la sentencia judicial (*probation officers pretrial*), informando al Juez de la personalidad del delincuente y de la necesidad de la aplicación de la medida¹⁴⁷. De este modo, los agentes de libertad vigilada actuarían en tres momentos diferentes: pre-penitenciario o de instrucción procesal, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad (penitenciario), y durante el cumplimiento de la libertad vigilada (post-penitenciario)¹⁴⁸.

Esto nos conduce a una clara conclusión: no parece viable dejar exclusivamente en manos del Juez sentenciador, ni siquiera del Juez de Vigilancia Penitenciaria¹⁴⁹, el control del cumplimiento de la libertad vigilada. Tampoco parece que deba recurrirse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para el seguimiento íntegro de las medidas, pues no cuentan con las competencias necesarias para realizar una supervisión efectiva de las mismas¹⁵⁰. Al establecerse que la libertad vigilada solo surtirá efectos una vez finalizada la pena de prisión, no parece que los agentes de libertad condicional y otros profesionales del ámbito penitenciario puedan tener competencias en esta materia. Tampoco el personal de asistencia post-penitenciaria es idóneo para realizar la supervisión de la libertad vigilada, por cuanto sus objetivos son meramente asistenciales y no de control y vigilancia¹⁵¹.

¹⁴⁵ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 152; REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat... op. cit.*, p. 65; el mismo: “De las medidas...” *op. cit.*, p. 858; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁶ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁷ Vid. MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, p. 1649; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual...* *op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁸ Como, de hecho, ocurre en Inglaterra; Vid. House of Commons. Justice Committee: The role of the Probation Service. Volume I, 8th Report of Session 2010–12, London, 2011, p. 15.

¹⁴⁹ Vid. DURÁN SECO, I., “La reforma...” *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁰ Vid. MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, p. 1652; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual...* *op. cit.*, p. 238.

¹⁵¹ Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S., “Enfermedad...” *op. cit.*, p. 118.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA COMO COMPLEMENTO A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Tanto la libertad vigilada de los menores de edad, como la perteneciente al ordenamiento penal de adultos pueden imponerse como medidas autónomas o de forma complementaria a la privación de libertad. Sin embargo, la diferencia fundamental radica en la consideración como medida completamente autónoma y alternativa al internamiento de la libertad vigilada de menores, mientras que su análogo en adultos, si bien puede imponerse como medida de seguridad autónoma (inimputables y semiinimputables), no se configura como posible sustituto de la pena de prisión¹⁵².

Esta versatilidad, como ha señalado ABEL SOUTO, es una de las características más importantes de la libertad vigilada como medida para los menores infractores¹⁵³, puesto que también podrá imponerse como medida cautelar; a modo de mecanismo para controlar la suspensión, cuya principal finalidad será la de evitar que el menor incumpla las condiciones impuestas¹⁵⁴; e incluso como complemento de otra medida¹⁵⁵.

La segunda de las cuestiones a tener en cuenta es la especialidad de los sujetos a los que se impondrá la medida de libertad vigilada como complemento al encierro. Así, como ya se advertía, en el caso de los adultos la libertad vigilada tan solo podrá imponerse como medida autónoma en el caso de los inimputables o semiinimputables, como cualquier otra medida de seguridad; por el contrario, en el ámbito de los menores, la libertad vigilada podrá imponerse tanto a sujetos plenamente imputables como a los inimputables o semiinimputables, aunque en estos dos últimos casos, normalmente será preferible conjugar la libertad vigilada con otras medidas tratamentales como el tratamiento ambulatorio.

Hay que apreciar, en este punto, que un sector de la doctrina mantiene la inimputabilidad¹⁵⁶ penal del menor de edad mayor de 14 años, o reconoce una imputabilidad parcial o

¹⁵² Vid. DURAN SECO, I., "La reforma..." *op. cit.*, p. 35.

¹⁵³ Vid. ABEL SOUTO, M., "Las medidas..." *op. cit.*, p. 127; SERRANO TÁRRAGA, M.D., "Medidas susceptibles de imposición a los menores", en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Derecho penal juvenil*, Dykinson, 2007, p. 546; COLAS TURÉGANO, A., *Derecho penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 228.

¹⁵⁴ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición...* *op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁵ Vid. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 52 y 56; ABEL SOUTO, M., "Las medidas..." *op. cit.*, p. 120; SANTANA VEGA, D.M., "La pena..." *op. cit.*, p. 455.

¹⁵⁶ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., "Imputabilidad y edad penal", en ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., y DENDALUCE SEGUROLA, I. (Coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor ANTONIO BERISTAIN*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 471-482; POLAINO NAVARRETE, M., "La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, 2001, pp. 145 y 146; ALONSO DE ESCAMILLA, A., "La minoría de edad penal", en *La Ley penal*, N° 18, 2005, p. 6; GONZÁLEZ CANO, I., "Valoración de las

atenuada a los mismos¹⁵⁷. En mi opinión, no obstante, los menores de edades comprendidas entre los 14 y los 18 años pueden ser plenamente imputables, siempre que no se demuestre lo contrario, sin embargo, por razones de política-criminal¹⁵⁸ se les aplicará un régimen y tratamiento diferenciado, en tres niveles principales: sustantivo-material (cuantía de duración de las medidas); procesal (proceso especializado); y, por último, penitenciario (especialidad de la ejecución y el tratamiento).

Como medida autónoma, la libertad vigilada no parece plantear ningún tipo de problemas en ninguna de las dos legislaciones. Más aún, como medida principal, la libertad vigilada para menores conlleva un amplio número de ventajas¹⁵⁹, tales como:

- a) Deja al menor en su hogar y ambiente de origen¹⁶⁰.
- b) No impone una *estigmatización*¹⁶¹ al menor como “delincuente”.

reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, Año XXVIII, Nº 6742, 25 junio de 2007, y en *Diario La Ley*, Año XXVIII, Nº 6743, 26 junio de 2007.

¹⁵⁷ Vid. BUENO ARÚS, F., “Imputabilidad de los menores”, en IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales, Cadíz, 1998, pp. 37-56; el mismo: “Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista de la ICADE*, Nº 53, 2001; y también: “Menor de edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en PANTOJA GARCÍA, F., y BUENO ARÚS, F. (Dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Estudios de Derecho judicial 110, CGPJ, Madrid, 2006, p. 364; VENTURA FACI, R., “El menor como agente del delito”, en NÚÑEZ CANAL, M., *El menor en la legislación actual*, Universidad de Antonio Nebrija, Madrid, 1998, p. 173; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 4ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 414, 415, 417 y 671; GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *Actualidad Penal*, Nº 32, p. 683; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a.I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998, p. 156; la misma: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, Nº 33, p. 715; y también: “El sistema de medidas en la Ley penal del menor y las alternativas al proceso”, en JORGE BARREIRO, A., y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 70; DE ÚRBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 87, Tamarit Sumalla, J.M.: “El nuevo penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista penal*, Nº 8, 2001, p. 77; ABEL SOUTO, M., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 105; SIMONS VALLEJO, R., “Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, Nº 18, 2002, pp. 431 y ss.; ARIAS GINER, C., “Problemas prácticos de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en ASENCIO MELLADO, J.M., y FUENTES SORIANO, O. (Dir.), *Nuevos Retos de la Justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008, p. 384.

¹⁵⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12-01, 2010, p. 01:3.

¹⁵⁹ Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., *El Menor infractor ante la Ley Penal*, Comares, Granada, 1993, p. 170.

¹⁶⁰ Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas...” *op. cit.*, p. 211; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal... op. cit.*, p. 233; el mismo: “Medidas aplicables...” *op. cit.*, p. 78; ABEL SOUTO, M., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 128.

¹⁶¹ Vid. CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento... op. cit.*, pp. 46 y 47.

- c) No *institucionaliza* al menor al ingresarlo en un establecimiento de cumplimiento de medidas, respetando su libertad. En este sentido, como ha apuntado SERRANO TÁRRAGA, “la eficacia de la medida depende del propio menor, de su familia, y de un entorno social adecuado y propicio para su desarrollo”¹⁶².
- d) Permite un seguimiento individualizado del menor, que tiene en cuenta sus necesidades particulares, deficiencias personales y socio familiares, desde una perspectiva integral¹⁶³.
- e) Es económicamente más viable que el internamiento.

DEL CARPIO DELGADO distingue entre libertad vigilada ordinaria (la que se impone como medida autónoma *ex arts.* 95.1 y 2 CP) y la libertad vigilada post-penitenciaria¹⁶⁴, en la que caben, a su vez, dos modalidades: aquella que se impone a inimputables o semii-imputables tras el internamiento en centro psiquiátrico penitenciario (art. 105 CP); y la que se impone a los imputables tras la pena de prisión (106.2 CP). La primera modalidad comporta una importante ventaja: la posibilidad de sustitución del internamiento en centro terapéutico por la medida de libertad vigilada, en principio, menos gravosa para el individuo. Por este motivo, un sector de la doctrina, al que me uno, ha planteado la oportunidad de establecer la libertad vigilada como una pena autónoma (como aparecía en anteriores proyectos, III.1), sustitutiva de la pena privativa de libertad, para delitos menos graves y cuando las posibilidades de reinserción así lo aconsejaren¹⁶⁵ (p.ej. penados jóvenes).

Por otra parte, la libertad vigilada post-penitenciaria ha suscitado posiciones contrarias acerca de la legitimidad de la propia medida. Así, la posibilidad de aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad a los plenamente imputables parece dudosa a la luz de los principios de culpabilidad y *ne bis in idem* que rigen en nuestro sistema penal¹⁶⁶. Sobre esta cuestión, además, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento constitucional contrario a tales prácticas¹⁶⁷ que, en las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre (fundamentos jurídicos 2º y 3º), 23/1986, de 14 de febrero (fundamento jurídico 1º), y 21/1987, de 19 de febrero, también

¹⁶² Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Medidas susceptibles de imposición a los menores”, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.D. (Eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 456.

¹⁶³ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Medidas susceptibles...” *op. cit.*, p. 455.

¹⁶⁴ Vid. DEL CARPIO, J., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁵ Vid. SANTANA VEGA, D.M., “La pena de libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 481; SANZ MORÁN, A.J., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 143; MAGRO SERVET, V., “La figura...” *op. cit.*, p. 1652; MAGRO SERVET, V., y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual...* *op. cit.*, pp. 227, 235 y 236.

¹⁶⁶ En contra, Vid. SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 152. Sobre esta cuestión, también Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña ” *op. cit.*, pp. 120, 127 y 128; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 252.

¹⁶⁷ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición...* *op. cit.*, p. 189; REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat...* *op. cit.*, p. 43; el mismo: “De las medidas...” *op. cit.*, p. 795; DE MARCOS MADRUGA, F., “Artículo 106 ” *op. cit.*, p. 437; el mismo: “Las modificaciones...” *op. cit.*, p. 1747; DÍAZ SASTRE, C., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 53; GARCÍA RIVAS, N., “Libertad vigilada y Derecho de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho penal*, Nº 16, 2011, pp. 23 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña ” *op. cit.*, p. 131.

cuestionan la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, aunque provenientes de dos procedimientos diferentes (LPRS ya derogada, y el sistema de penas ordinario).

Incluso hay quien ha visto en la libertad vigilada aplicada a los delincuentes imputables la sombra de las pretéritas medidas de seguridad pre-delictuales declaradas inconstitucionales, argumentando que la indefinida “prognosis de peligrosidad futura” opera automáticamente una vez finalizado el cumplimiento de la condena, pudiendo existir un amplio margen de tiempo entre la sentencia condenatoria y la aplicación de la libertad vigilada¹⁶⁸.

Por el contrario, para otros autores, como FEIJOO SÁNCHEZ, el establecimiento de la libertad vigilada en España responde a una nueva orientación político-criminal que ya se encuentra consagrada a nivel internacional. Descartada la opción de la inocuización absoluta mediante el internamiento a perpetuidad, la libertad vigilada se presenta como una opción moderada para lograr los objetivos de seguridad ciudadana¹⁶⁹.

Parece claro, frente a ambas posiciones, que nuestra legislación penal apuesta progresivamente con mayor firmeza por el establecimiento de medidas tendentes a la neutralización de determinados tipos de delincuentes a través del encierro y la vigilancia continuados (cadena perpetua revisable, custodia de seguridad, libertad vigilada), lo que para algunos autores supone asumir los preceptos del llamado Derecho penal de la seguridad¹⁷⁰ o, incluso, del Derecho penal del enemigo¹⁷¹.

Además de estos argumentos, una parte de nuestra doctrina ha puesto de manifiesto la difícil conjugación de la libertad vigilada con la función resocializadora predicada por el art. 25.2 CE y el principio de proporcionalidad¹⁷². De este modo, la libertad vigilada ampliaría

¹⁶⁸ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, pp. 114 y 123; en contra, Vid. GARCÍA ALBERO, R., “La nueva medida de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, Nº 6, 2010, p. 184; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña ” *op. cit.*, p. 129; LEGANÉS GÓMEZ, S., “Enfermedad mental...” *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 216 y 217; ORTIZ DE URBINA, J.I., “La introducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?”, en *El nuevo Código penal*. XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 2010, pp. 1 y 2.

¹⁷⁰ Vid. JORGE BARREIRO, A., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 515; HUERTA TOCILDO, S., “Esa extraña ” *op. cit.*, p. 132; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Algunas cuestiones...” *op. cit.*, p. 253.

¹⁷¹ Vid. DURÁN SECO, I., “La reforma...” *op. cit.*, p. 37; SANTANA VEGA, D.M., “La pena...” *op. cit.*, pp. 483 y 484; ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, 2009, p. 204; REBOLLO VARGAS, R., “Libertad vigilada: arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 95 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, p. 101; PÉREZ BELLO, B., “Ejecución ” *op. cit.*, p. 946; en contra, DEL CARPIO, J., “La medida...” *op. cit.*, p. 160.

¹⁷² Vid. Grupo de Estudios de Política Criminal: Manifiesto sobre el endurecimiento del sistema de sanciones: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, 2009, p. 3; BACIGALUPO ZAPATER, E., “El delincuente peligroso en el Anteproyecto de Reformas del Código Penal” en *Escritura Pública*, Nº 55, 2009, p. 14; URRELA MORA, A., “Medidas de seguridad...” *op. cit.* pp. 30/7360 y 7438; MIR PUIG, S., *Derecho penal...* *op. cit.*, p. 798; JORGE BARREIRO, A., y BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 331; JORGE BARREIRO, A., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 515.

las penas efectivas de prisión para determinados delitos, ya por sí mismas muy elevadas y de cumplimiento íntegro. Esta sería, en mi opinión, la clave de la cuestión, pues la legitimidad de la libertad vigilada debe ser observada desde una óptica práctica, entrando a valorar si su imposición cumple con los objetivos de resocialización y no puramente asegurativos, tal y como establece la tendencia impuesta por el art. 25.2 CE¹⁷³.

En el caso de la libertad vigilada post-internamiento de los menores de edad no parecen haberse planteado tantos problemas. En opinión de DE MARCOS MADRUGA, “este debate quizás no se ha planteado a pesar de existir esta figura en el Derecho penal del Menor porque en aquél, al referirse a la respuesta punitiva frente a las infracciones cometidas por éstos, no se habla de la pena, antes bien las denominadas medidas, de ahí que se vea como algo natural la imposición de varias de sucesivo cumplimiento”¹⁷⁴.

Entiendo, coherentemente con lo antes expuesto acerca de la naturaleza jurídica de las medidas de la LORRPM, que no es esta una razón principal para orillar el debate acerca de la imposición conjunta de medidas de internamiento y libertad vigilada, de manera acumulativa y complementaria, en la norma penal de menores. Debe, por tanto, centrarse la cuestión en otros argumentos, como es la necesidad de establecer un periodo que sirva de *punte*¹⁷⁵ entre el internamiento y la reinserción en el entorno social. Desde esta perspectiva, la libertad vigilada en adultos carece de todo sentido resocializador, por cuanto daría comienzo tras la libertad condicional, siendo más restrictiva¹⁷⁶ que ésta, y configurándose, como ha puntualizado PRIETO RODRÍGUEZ, como “una suerte de última fase en el cumplimiento de la pena”¹⁷⁷.

Ahora bien, tampoco este factor exime de toda crítica a la libertad vigilada post-internamiento, por cuanto, “la invocación de la prevención especial como fin de la libertad vigilada choca con el elemento de control, a todas luces negativo, para cualquier modo resocializador del penado () la libertad vigilada como pena accesoria o complemento al internamiento, encubre claramente elementos de prevención general negativa y retribución, ya que se impone *a posteriori* del cumplimiento de la pena privativa de libertad, como

¹⁷³ En este sentido, parece muy acertada la reflexión de GRACIA MARTÍN, L., “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.) *et al.*, *Estudios penales en homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, Tomo I, Edifoser, 2008, p. 997; BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 302; FELJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 263 y 264.

¹⁷⁴ Cfr. DE MARCOS MADRUGA, F., “Las modificaciones...” *op. cit.*, p. 1747.

¹⁷⁵ Vid. PÉREZ FERRER, F., “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Diario La Ley*, Año XXX, Nº 7216, 13 de julio 2009, versión online, p. 7.

¹⁷⁶ Vid. PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “Delitos sexuales...” *op. cit.*, p. 21; SANZ MORÁN, A.J., “Libertad vigilada...” *op. cit.*, p. 143; REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat...* *op. cit.*, p. 67; el mismo: “De las medidas...” *op. cit.*, p. 859; DE MARCOS MADRUGA, F., “Artículo 106” *op. cit.*, p. 438; NISTAL BURÓN, J., “La libertad vigilada...” *op. cit.*, pp. 1804 y 1805; PÉREZ BELLO, B., “Ejecución” *op. cit.*, p. 54; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “La nueva medida...” *op. cit.*, pp. 126 y 127; DÍAZ SASTRE, C., “Las medidas...” *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁷ Cfr. PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “Delitos sexuales...” *op. cit.*, pp. 16 y 21.

extensión de la misma, esto es, como continuación de la función de vigilancia y seguridad del penado, por considerarle aún, al menos en parte, peligroso para la vida integrada en el medio social. Se fuerza una “sobre-pena”, o dicho de otro modo, se incluye un mayor grado de retribución en base a los hechos especialmente graves cometidos por el condenado (). Estas consideraciones nos llevarían a plantearnos la aplicación de la libertad vigilada a tenor del principio de *non bis in idem*. (...) Sus atribuciones de vigilancia y control bien pudieran sustituirse por la simple asistencia social, psicológica y educativa de los servicios sociales normalizados a través de un modelo de asistencia post-penitenciaria”¹⁷⁸.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La conexión histórica entre ambas figuras de libertad vigilada muestra un posible antecedente común: el Patronato de presos. No obstante, la filosofía correccional que subyace a tal institución histórica parece haberse mantenido tan solo en la medida de libertad vigilada para menores delincuentes, con un mayor carácter educativo. Por el contrario, pese a los objetivos preventivos-especiales predicados en las distintas reformas, la finalidad de la libertad vigilada en adultos parece encontrar su razón de ser en la seguridad ciudadana y el control de la reincidencia, mediante la continuidad de la vigilancia sobre el penado tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Las diferencias de fondo en la naturaleza jurídica de cada una de las medidas homónimas también hacen eco de esta tendencia: la libertad vigilada en menores se encuentra ligada a un proyecto educativo y, además, puede imponerse como medida alternativa al internamiento; por otra parte, la libertad vigilada de adultos, como medida de seguridad, se basa en el pronóstico de peligrosidad del individuo.

A pesar de que ambas figuras cuentan con un catálogo de sub-medidas, en forma de prohibiciones y obligaciones, la libertad vigilada de la LORRPM mantiene un régimen de aplicación y ejecución más flexible, basado en la mayor discrecionalidad judicial de la legislación penal de menores, conforme al interés superior del menor. En adultos, el Juez o Tribunal sentenciador tiene la obligación de imponer, de forma preceptiva, alguna de las obligaciones contenidas en el art. 106.1 CP. Además de ello, se observa un mayor contenido resocializador en las medidas circunscritas a la libertad vigilada de menores, mientras que en adultos establecen simples medios de control, elementos puramente asegurativos o imponen de manera coactiva modelos treatmentales que, de ser los penados plenamente responsables, solo habrían de aceptar de manera voluntaria.

En cuanto a los medios de control de la ejecución de la medida también se observan importantes divergencias. En primer lugar, las competencias de control judicial de la libertad vigilada de la LORRPM corresponden en exclusiva al Juez de Menores, mientras que en

¹⁷⁸ Cfr. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento... op. cit.*, p. 754.

la legislación penal de adultos existe cierta duplicidad, en determinados supuestos, en los que tanto el Juez o Tribunal sentenciador compartirá competencias con el JVP. En segundo lugar, la medida libertad vigilada en adultos mantiene un control eminentemente público y centralizado, mientras que las competencias para la ejecución de la libertad vigilada en menores se encuentran cedidas a las CC.AA., e incluso, pueden ser gestionadas a través de entidades privadas sin ánimo de lucro. Sin embargo, existe una importante semejanza: a pesar de ser medidas en medio abierto, ninguna de las dos medidas de libertad vigilada se sustrae al ámbito penitenciario, que participa en el seguimiento de la medida cuando se aplica tras el internamiento o la pena de prisión.

Por otra parte, ninguna de las dos legislaciones regula de manera eficaz la figura del delegado o agente de libertad vigilada. Ahora bien, el desarrollo de los equipos de libertad vigilada es más acusado en la ejecución de la medida de libertad vigilada de menores, mientras que en adultos, ante la ausencia de un servicio de seguimiento de libertad vigilada (agentes de libertad vigilada), se ha recurrido al medio penitenciario para afrontar la supervisión y concreción de la medida en el momento de la sentencia (JVP y Juntas de Tratamiento).

Por último, ninguna de las dos medidas de libertad vigilada, en sus modalidades post-internamiento y post-penitenciaria, están exentas de crítica a la luz de los principios preventivo-especiales, *non bis in idem*, y proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad que predica nuestro sistema penal. Si bien, en el caso de los menores infractores, la imposición de la libertad vigilada tras el internamiento cerrado guarda cierto sentido, al carecer de un periodo de libertad condicional, ello no es óbice para haber considerado un sistema menos restrictivo, en caso de pronóstico favorable de reinserción, basado en los sistemas de asistencia social normalizados. En el caso de los adultos, cabe plantarse la legitimidad de la medida de libertad vigilada al suponer una retención de condena una vez agotada la pena de prisión, ya de por sí bastante elevada en los delitos en los que se permite su imposición.