



Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Supuesto de hecho. II. Aproximación al problema: sobre los límites de las penas y las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995. III. Posibles vías de lege ferenda. Hipótesis: 1. Inimputabilidad. 2. Imputabilidad. 3. Imputabilidad disminuida. IV. Solución del supuesto de hecho. V. Un último comentario.

I. Supuesto de hecho

Noticia recogida en el diario *El País*, domingo 10 de octubre de 2004: «Los psicólogos y educadores de la cárcel barcelonesa de Brians están destrozados. Pensaban que su trabajo de años con el preso Pedro Jiménez García había servido para reinsertarlo en la sociedad, pero... estaban equivocados y... el recluso reincidió de manera salvaje el pasado martes, cuando mató a puñaladas a dos mujeres policías en L'Hospitalet de Llobregat. Un caso... que vuelve a cuestionar la función resocializadora de la cárcel para presos como Jiménez García, al que los forenses ya definieron en 1993 como un psicópata. Aquel año, la Sección Novena de la Audiencia de Barcelona... le condenó a 52 años de cárcel por cinco delitos de robo a punta de navaja, uno de ellos con violación incluida, cometidos en 1992, cuando disfrutaba de un permiso penitenciario y cumplía otra pena de 15 años de cárcel. El pasado día 4, Jiménez volvió a salir de permiso, y fue cuatro días después cuando... acuchilló mortalmente y de manera muy violenta a las policías Aurora Rodríguez, de 23 años, y Silvia Nogaledo, de 28, que compartían un piso de alquiler en el popular barrio de Bellvitge».

El citado diario recoge la opinión del forense Miquel Orós, con más de 28 años de experiencia y profesor de la Escuela Judicial con sede en Barcelona, quien señala: «lo que ha ocurrido es de manual porque ese hombre es un psicópata. Se diga lo que se diga, no existe tratamiento para este pequeño porcentaje de delincuentes. Son irrecuperables»¹. Pedro Jiménez García entró en prisión por primera vez con 16 años, concretamente en mayo de 1985, condenado por un delito de abusos deshonestos y otro de violación en grado de tentativa.

En términos generales, la cuestión que aquí se plantea es: ¿qué margen de actuación posee el Derecho penal para prevenir sucesos como éstos? El supuesto de hecho expuesto se puede reducir a los siguientes denominadores comunes: Comisión de hechos delictivos de carácter grave (generalmente, sobre bienes jurídicos personales: homicidios, asesinatos, violaciones, etc.), reincidencia y sujeto activo en grado extremo peligroso. ¿Qué tratamiento jurídico-penal cabe ofrecer a ciudadanos como Pedro Jiménez García quien tras el cumplimiento de diez, quince o diecinueve años de privación de libertad defrauda de esta forma toda expectativa resocializadora?

* El presente trabajo constituye el texto, con notas, de la ponencia que bajo el mismo título ofrecí el día 27 de noviembre de 2004 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

¹ No obstante, sobre los diferentes tratamientos y porcentajes de resocialización en relación con estos sujetos, ampliamente, v. GARRIDO GUZMÁN, Luis: «El tratamiento de psicopatías y los establecimientos de terapia social», *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 1054 y ss., recogiendo experiencias terapéuticas cuyos índices de reincidencia oscilan entre un 87 y un 2 por ciento.

En las líneas que siguen, se es consciente de que este tipo de noticias genera en la ciudadanía una imagen falsa de la criminalidad, y que impulsan e interesan políticas criminales emocionales tendentes muchas veces, más que a ofrecer soluciones idóneas, a satisfacer sentimientos irracionales de la colectividad². En este punto, corresponde a la Ciencia aportar racionalidad. Ahora bien, esta desconfianza e inseguridad ciudadana relativa a la vigencia de las normas no puede sin más obviarse³; por el contrario, nos obliga a reflexionar sobre un posible déficit normativo y, en su caso, vías de solución. A ello se dedica el presente trabajo.

II. Aproximación al problema: sobre los límites de las penas y las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995

Ante supuestos como el anterior, la sociedad se gira expectante hacia el Derecho penal. Según una importante comprensión doctrinal, el Derecho penal es aquel sector del ordenamiento jurídico al que le incumbe la tarea de protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad⁴, concretamente, le incumbe responder mediante la imposición de penas y medidas de seguridad a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos de mayor importancia. Sin embargo, esta apriorística idoneidad teórica para responder a conductas como las descritas y actores como Pedro Jiménez García está sujeta a importantes condicionamientos, también de carácter jurídico-constitucional. Ante hechos como los descritos y sujetos —a veces, incluso— irrecuperables el legislador no puede reaccionar de manera ilimitada. Aunque así sea su grado de peligrosidad. La pena es una especie del género sanción jurídica que se somete a determinadas

exigencias provenientes del derecho a la dignidad de la persona, principios como el de humanidad de las penas o proporcionalidad y, según establece el artículo 25.2 de la CE, debe orientarse «hacia la reeducación y la reinserción social». Todo ello es traducible en términos bien concretos. Así, por ejemplo, advierte CEREZO MIR que «si la pena rebasa la gravedad del delito en virtud de las exigencias de la prevención general, el delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Esto implica un desconocimiento de su dignidad humana. Si la pena rebasa la gravedad del delito en virtud de las exigencias de prevención especial, el delincuente no es utilizado como medio o instrumento, sino considerado como un fin, siempre que se trate de curarle, corregirle o enmendarle. No así, en cambio, si se trata de apartarle de la sociedad (inocuidación). No obstante, en aquellos casos la pena es también injusta porque rebasa la medida de la culpabilidad»⁵. Aplicando este razonamiento a nuestro supuesto de hecho, supone que pese a la gravedad del suceso no cabe la imposición de una pena privativa de libertad de duración indefinida. Tampoco sería admisible la imposición de una pena que excediese de la gravedad del delito, ni asentándose en fines preventivo-generales tendentes a restaurar la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico⁶, ni en la idoneidad de las medidas preventivo-especiales para tratar a este tipo de delincuentes. Como se ha dicho, tales limitaciones provienen de principios y derechos que conforman nuestro marco jurídico constitucional⁷. Luego, debemos tener cuidado a la hora de elegir el tratamiento para ciudadanos como Pedro Jiménez García, porque ya «una pena de prisión de treinta o cuarenta años... podría considerarse... contraria al pre-

2 Remarca este fenómeno, recientemente, LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», ZStW, 116, [2004], pp. 704 y s., señalando la disociación entre los datos estadísticos y la atmósfera social que desembocó en Alemania en la «Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten» (en adelante, *SexualdelBekG*), de 26-1-1998.

3 Así, con razón, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuidación», en Luis Arroyo Zapatero y otros (dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, v. I, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 708-10. En relación con la *SexualdelBekG*, cfr. BVerfGE de 10-2-2004, NJW, 2004/11, p. 756. Señalando la pérdida de influencia científica, ALBRECHT, Hans-Jörg: «Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform», ZStW, 111, [1999], p. 888.

4 Cfr. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 13, con amplias referencias bibliográficas en n. 1 y 2.

5 CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, pp. 30 y s.

6 En este sentido, advierte CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, pp. 31 y s., que «la pena no puede encontrar su fundamento en los fines preventivos, de la prevención general... Un Derecho penal basado en la prevención general... daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometen con mayor frecuencia. Se llegaría fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito». También v. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pp. 109 y ss., especialmente, 114 y s.

7 Así v. GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 32 y s., con ulteriores referencias jurisprudenciales.

cepto constitucional que prohíbe las penas inhumanas»⁸.

Según el Código vigente, al Sr. Jiménez García cabría imponerle como autor –en principio– de dos delitos de asesinato y violación una pena teórica aproximada de hasta setenta y cuatro años de privación de libertad: veinte años por el primer asesinato, veinte por el segundo y doce años por cada una de las violaciones –dadas las importantes razones preventivo-generales concurrentes⁹– suman un total de 74 años de privación de libertad. Sin embargo, esta pena teórica se reduce a una pena efectiva de veinticinco años de privación de libertad, según establece el artículo 76.1 a) del Código. En cualquier caso, y pese a la reducción, no se nos escapa el rigor de la misma. El Sr. Jiménez García entraría con 36 y saldría –en principio– con cerca de 60 años de prisión. Una consecuencia jurídica tan severa encuentra importantes detractores dentro de nuestra disciplina, porque, se afirma, una pena privativa de libertad de duración superior a quince años produce tales perjuicios en el sujeto que lo transforman en un ser irrecuperable para la vida en libertad¹⁰. Y aquí se trata de casi el doble, veinticinco años de reclusión. Por otra parte, desde la perspectiva de la idoneidad del trata-

miento, si diecinueve años de privación de libertad no han bastado para evitar la comisión de hechos como los ocurridos, incluso parece que tienden a ser cada vez más graves, es cuando menos dudoso que se vaya a lograr la solución mediante la imposición de una pena aún más dura. El historial de esta persona revela que no se trata de un problema de rigor en la punición de los hechos, sino de peligrosidad criminal. El problema es que, después de diecinueve o veinticinco años de privación de libertad, deberíamos dejar libre a un individuo que, según la opinión de algunos expertos, habrá empeorado notoriamente¹¹.

A primera vista, en un sistema con rasgos vicariales como el nuestro, parece que la inidoneidad o insuficiencia de la pena para responder a hechos y personas como el ciudadano Jiménez García podría suplirse mediante su sustitución o complemento con la medida o medidas de seguridad que se estimen oportunas¹². De hecho, al tratarse de un problema de peligrosidad criminal –que se vuelve a manifestar de esta forma tras el cumplimiento de casi veinte años de privación de libertad– parece que debieran ser éstas la solución al supuesto de hecho. Sin embargo, la configuración del sistema de medidas que recoge

8 CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 36.

9 En esta misma línea, a favor de atender razones de prevención general en la determinación individual de la pena, por ejemplo, v. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 61. De otra opinión, GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, pp. 79 y ss., con más referencias bibliográficas en n. 21.

10 Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, cit. n. 6, pp. 83 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en p. 35 n. 87 y p. 83 n. 187; CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 36; anteriormente, el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, p. 28, señalando la posible vulneración del art. 15 CE por parte de toda pena privativa de libertad superior a 30 años; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», *La Ley*, 1996/3, D-217, p. 1471; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, p. 44, con más referencias bibliográficas en n. 10, señalando que «una pena de prisión cuya duración efectiva se prolongue más allá de este tiempo puede incluso considerarse en la frontera de las penas inhumanas»; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Prólogo a la novena edición», *Código Penal*, Tecnos, 10ª ed., 2004, pp. 26 y s.; el mismo: «Prólogo a la segunda edición», *Código Penal*, Tecnos, 10ª ed., 2004, pp. 48 y s.; GRACIA MARTÍN, Luis: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *AP*, 1993/2, margs. 562 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 88 y ss.; JORGE BARREIRO, Agustín: «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *ADPCP*, 1996, pp. 330 n. 3, 333-5, 336 n. 13 y 380; ROMEO CASABONA, Carlos María: «Presentación. El Anteproyecto de Código penal de 1992», en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, p. 10. También v. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 89.

11 Señalando la inidoneidad de las penas para afrontar la peligrosidad de estos sujetos, v. SIERRA LÓPEZ, Mª del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 376. Anteriormente también GARRIDO GUZMÁN, Luis: «El tratamiento de psicopatías y los establecimientos de terapia social», cit. n. 1, pp. 1054 y 1057, donde recoge algunos estudios sobre la incidencia del encarcelamiento en estas personas.

12 Sobre las mismas, concepto, justificación y régimen, ampliamente, v. SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 69 y ss. Anteriormente, dentro del marco que ofrecía el antiguo Código, también v. ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 13 y ss.

nuestro Código permite un escaso margen de maniobra frente a este sujeto activo¹³. El amplio margen que ofrece nuestro texto constitucional, donde sólo se establece una necesaria orientación, según dispone su artículo 25.2, «hacia la reeducación y la reinserción social»¹⁴, no ha sido aprovechado satisfactoriamente por el legislador en el Código Penal de 1995 ni en sus sucesivas reformas.

Así, ya el ámbito de aplicación personal del sistema de medidas nos genera importantes dificultades. Según lo establecido en los artículos 101 y siguientes del Código Penal, la aplicación de las medidas de seguridad –privativas o no de libertad– se condiciona a la apreciación como completas o incompletas de las eximentes previstas en el número 1º (anomalía o alteración psíquica), 2º (intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos) o 3º (alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la in-

fancia) del artículo veinte del Código Penal. Esta configuración tan restrictiva ha empujado al Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 11 de abril y 9 de noviembre de 2000, a aplicar medidas de seguridad en los supuestos donde sólo concurre una atenuante por analogía a las eximentes previstas en los números segundo y primero –respectivamente– del citado artículo¹⁵. Pero, claro, a través de un proceder analógico prohibido¹⁶, pues ya supera el marco del artículo veinte. Por otra parte, en relación con nuestro supuesto de hecho, tampoco pueden obviarse las dificultades que ofrece el tratamiento de individuos de características similares al Sr. Jiménez García, dadas las reticencias jurisprudenciales de cara a excluir la imputabilidad de los psicópatas¹⁷. Se trata de sujetos activos en los que no suele concurrir un déficit intelectual. Ciertamente, la extensión que permite el artículo 104 a personas que obran con imputabilidad disminuida invita a transformar la peligrosidad en enfermedad y compensar la menor punibilidad con

13 Con carácter general, cuestionando su idoneidad preventiva, desde la perspectiva de su compatibilidad con los principios informadores del Estado de Derecho, ya RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 345 y ss., especialmente, p. 357, no obstante, en relación con las medidas postdelictuales, v. pp. 363 y ss. Críticamente también, sobre la excesiva indeterminación de su presupuesto, VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 395 y ss., especialmente, pp. 413-5.

14 Sobre ello, ampliamente, v. GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, pp. 31 y ss. También, con carácter general, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, cit. n. 6, *passim*, especialmente, pp. 27 y ss., 31 y ss.; sobre los conceptos de reeducación y reinserción, pp. 55 y ss. Señalando su compatibilidad con otras finalidades político-criminales, entre otros, v. el mismo: *op. cit.*, pp. 39-41, 48 y s.; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 38 n. 91, negando, incluso, la anticonstitucionalidad de «las medidas de seguridad cuyo fin primordial sea el aseguramiento de la sociedad, o la aplicación de cualquier medida cuando las posibilidades de reeducación o reinserción social sean escasas»; GRACIA MARTÍN, Luis: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», cit. n. 10, margs. 548 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 6.

15 Ampliamente, v. MARTÍNEZ GUERRA, Amparo: *Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 72 y ss.

16 Cfr. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 212; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Baldova Pasamar/M^{ra} Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 394. También GARCÍA ALBERO, Ramón: «Art. 104», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Elcano, 2004, pp. 571 y s.; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad», *AP*, 1999/1, marg. 21, rechazando, sobre ésta y otras razones, la posibilidad de apreciar la alteración psíquica como atenuante muy calificada; el mismo: «Artículo 6» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 248. De lege ferenda CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 107 n. 27.

17 En nuestra reciente jurisprudencia, por ejemplo, v. STS 14 mayo 2001 (A. 10.313), fundamentos cuarto y siguientes, con ulteriores referencias en fundamento jurídico séptimo; STS 30 diciembre 2002 (A. 558), fundamento jurídico segundo; STS 18 marzo 2003 (3839), fundamento jurídico tercero; STS 11 diciembre 2003 (A. 1155), fundamento jurídico cuarto; STS 25 marzo 2004 (3692), fundamento jurídico tercero. Para más referencias bibliográficas y jurisprudenciales, v. ALONSO ÁLAMO, Mercedes: «Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 447 y ss., particularmente n. 2, 3, 4 y 20, cuestionando la coherencia de la solución jurisprudencial desde la comprensión biológico-normativa que mantenía en relación con el art. 8. 1 ACP; CEREZO MIR, José: «La eximente de analogía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación», en José Cerezo Mir/Rodrigo F. Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos María ROMEO CASABONA (edit.): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, pp. 248, 252, 253 y s.; el mismo: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III. TEORÍA jurídica del delito/2*, cit. n. 16, pp. 63, 64 y 105, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 70; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 218 y ss. En nuestra doctrina, también, v. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Locos y culpables*, Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 100-2.

la aplicación de medidas¹⁸. Aún así, se trata de una solución problemática, dada la importancia del componente normativo –imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a tal comprensión– en la configuración de la eximente prevista en el número 1º del citado artículo veinte.

El condicionamiento de la imposición de la medida a la apreciación cuando menos, de una eximente incompleta puede tener, además, efectos perversos con la equívoca regulación vigente¹⁹, particularmente en aquellos supuestos en los que el actor no sea susceptible de recuperación. Si como se infiere de determinada doctrina²⁰, en la determinación de la pena abstracta que opera como límite de la medida se consideran no sólo los grados de ejecución y participación sino, además, la propia eximente incompleta, ello supondrá una

importante reducción del castigo –aplicación de una pena inferior en uno o dos grados, según dispone el artículo 68– y por tanto del límite temporal del tratamiento, y ello pese a la resistencia que muestran determinadas formas de peligrosidad. Una solución alternativa a través de la vía civil tampoco puede estimarse válida, dado el grado extremo de peligrosidad de estas personas²¹. En cualquier caso, y con independencia de todas estas cuestiones, nuestro supuesto de hecho revela ya el error que supone la limitación del sistema de medidas a los sujetos imputables o semi-imputables. Se ha renunciado a esta técnica frente a uno de sus supuestos más característicos según su historia y el derecho comparado: el de los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave²².

Más allá del ámbito personal adoptado, los criterios de proporcionalidad que recoge el artículo 6.2

18 Como argumenta KAMMEIER, cit. por SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 211.

19 Advierte de ello ya SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. II, Universitat de Valencia. Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 804.

20 Así ya MUÑOZ CONDE, Francisco: «Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *La Ley*, 1991/3, p. 831. Aparentemente, también, MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 210. En sentido contrario, sobre los principios que inspiran esta consecuencia jurídica, CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 107 n. 28 (no obstante v. *op. cit.*, p. 69 n. 90); GARCÍA ALBERO, Ramón: «Art. 104», cit. n. 16, p. 568; sobre argumentos gramaticales, GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad», cit. n. 16, marg. 33; el mismo: «Artículo 6», cit. n. 16, pp. 262, 263 y 268; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/Mª Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, pp. 404 y s., con ulteriores referencias bibliográficas en n. 67; JORGE BARREIRO, Agustín: «Artículos 101 a 103» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, pp. 132 y s.; el mismo: «Artículo 104» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, pp. 142 y s., con ulteriores referencias en n. 2; modificando su postura anterior, MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 584 y s.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, p. 804.

21 Señalando la insostenible situación que generan estas personas en las instituciones hospitalarias, v. GARRIDO GUZMÁN, Luis: «El tratamiento de psicopatías y los establecimientos de terapia social», cit. n. 1, pp. 1054 y s. Críticamente, también v. JORGE BARREIRO, Agustín: «Artículos 101 a 103», cit. n. 20, pp. 134 y s., en especial n. 27 con ulteriores referencias bibliográficas en uno y otro sentido; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 196 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, p. 805.

22 Críticamente, por ejemplo, v. CEREZO MIR, José: «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general», en *Política criminal y reforma penal*. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993, pp. 249 y ss., en relación con el referido texto de octubre de 1990; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 31; más recientemente, el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», cit. n. 10, pp. 1474 y s.; el mismo: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 41, señalando como soluciones posibles frente a este colectivo el internamiento en un centro de terapia social o de custodia; siguiendo al anterior GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/Mª Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, p. 394; también JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 193 y s.; más recientemente, el mismo: «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», cit. n. 10, pp. 358, 367 y 382, donde plantea, en la primera de las páginas citadas, la posibilidad de introducir medidas privativas de libertad específicas para los delincuentes habituales peligrosos y de suprimir la agravante de reincidencia, siguiendo el modelo del art. 150 Proyecto CP 1980 y art. 100.1 PANCP 1983; siguiendo a CEREZO, el mismo: «Artículo 95» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, p. 70 n. 1; el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», *RDPC*, 2000/6, p. 181; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 215. En un sentido distinto, ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 96, quien entiende que los objetivos de resocialización o intimidación «encuentran su cauce adecuado para los imputables en la pena... acentuando los tintes de prevención especial».

del Código han sido igualmente objeto de abundante crítica. Como reacción frente a las objeciones doctrinales planteadas contra el modelo del anterior Código Penal, concretamente en su artículo octavo, donde no se sujetaban las medidas a límites temporales, así como para reducir el excesivo margen de decisión e inseguridad que generaba el mismo, el legislador ha optado por establecer unos límites temporales muy estrictos. Según el citado precepto, las medidas de seguridad no pueden resultar «más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho co-

metido». En términos similares se expresa en los artículos 101 a 105. Con independencia de los concretos problemas de aplicación de estas cláusulas²³: ponderación de magnitudes heterogéneas (pena-medida), determinación de la pena aplicable, etc. Se trata, como ha advertido CERZO MIR, de una previsión inconsecuente, puesto que, con carácter general, «las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente»²⁴. Particularmente, en los supues-

23 En este sentido, por ejemplo, v. CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 69 n. 90; GARCÍA ALBERO, Ramón: «Arts. 101-103», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Elcano, 2004, pp. 565 y s.; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Artículo 6», cit. n. 16, pp. 252 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, pp. 401 y s.; JORGE BARREIRO, Agustín: «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», cit. n. 10, p. 356, quien con razón cuestiona «cómo se puede entender si una medida de seguridad es más o menos gravosa que una pena en el caso de que ambas tuvieran una naturaleza diferente...», es decir, que podrán darse supuestos en que la comparación entre ambas sanciones será difícil o por no decir imposible» el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 184 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 20, pp. 579 y s.; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 176 y ss., 190 y ss.

24 CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 43; el mismo: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 72 y s.; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», cit. n. 10, pp. 1474; el mismo en KÜPPER, Georg: «Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 14.9.1989 in Würzburg», ZStW, 102, (1990), p. 454. Siguiendo al anterior, GRACIA MARTÍN, Luis: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», cit. n. 10, margs. 566 y ss.; el mismo: en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, pp. 397 y ss.; en relación con el Anteproyecto de Código penal de 1992, también, JORGE BARREIRO, Agustín: «Las medidas de seguridad en la reforma penal española», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 742; más recientemente, el mismo: «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», cit. n. 10, pp. 356-8 y 382; el mismo: «Artículo 95», cit. n. 22, p. 72, señalando que «el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad ha de formularse a través de la relación entre la medida y su fundamento (la peligrosidad criminal del sujeto) y finalidad (de evitar la comisión de futuros delitos), teniendo en cuenta también la gravedad de los hechos delictivos que se puedan cometer en el futuro»; el mismo: «Artículos 101 a 103», cit. n. 20, pp. 129 y ss., especialmente, pp. 131-6; el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 183, 213, 219 y s.; ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 78 y s.; SANTOS REGUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, p. 294; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 19, 22, 41 y s., quien señala, en la penúltima página citada, que «dado que [en las medidas] no se trata de una privación de libertad que tenga el sentido de castigo con fines preventivo-generales, sino de condición de un tratamiento con sentido preventivo-especial, no pueden equipararse ambas. Aquí, el factor determinante habría de ser, por un lado, el de que la privación de libertad se muestre como absolutamente imprescindible para la prosecución del tratamiento... Por otro lado, el de que el tratamiento así establecido no resulte desproporcionado»; el mismo: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, pp. 791, 800 y 802; URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», RDPC, 2001/8, p. 178, quien señala «la imposibilidad de determinar ex ante el periodo de tratamiento necesario para hacer frente a la peligrosidad revelada por el sujeto, por lo que la medida adecuada, considerándola desde un punto de vista estrictamente dogmático, habría de ser de duración indeterminada», con más referencias bibliográficas en n. 33. Anteriormente, en relación con el borrador de Anteproyecto de 1990, CERZO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, pp. 36 y s. Críticamente, POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO-ORTS, Miguel: «¿Medidas de Seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad», AP, 2001/3, marg. 900 n. 5, quienes entienden que el criterio de proporcionalidad señalado confiere a las medidas cierto carácter pre-delictual. De otra opinión, sin embargo, v. COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel: «Artículo 95» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, pp. 85 y ss.; GARCÍA ALBERO, Ramón: «Art. 95», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Elcano, 2004, p. 549; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Artículo 6», cit. n. 16, pp. 209 y ss., 231 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco: «Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit. n. 20, pp. 830 y s.; MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan: «Las consecuencias jurídicas del delito», cit. n. 20, p. 209. Más recientemente, también, POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO-ORTS, Miguel: «¿Medidas de Seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad», cit. n. 24, margs. 918 y s., con ulteriores referencias bibliográficas en n. 59.

tos que contempla el Código, sujetos activos inimputables y semi-imputables. Desde esta perspectiva, se muestran más consecuentes otras cláusulas de proporcionalidad como, por ejemplo, la propuesta por ROMEO CASABONA: «Las medidas de seguridad no sobrepasarán la peligrosidad criminal del sujeto, revelada por la gravedad del hecho cometido y de los que resulte probable que pueda cometer»²⁵. El criterio adoptado por el legislador excluye «la posibilidad de que, una vez desbordado el límite representado por la duración de la pena privativa de libertad correspondiente al hecho, continuara el tratamiento terapéutico, si bien ahora necesariamente sin recurrir al internamiento y por la vía de las medidas no privativas de libertad. Pues ello resultaría más gravoso que la propia pena»²⁶. Luego, parece que también en estos supuestos se impide una correcta adaptación del tratamiento a la concreta forma de peligrosidad.

Ciertamente, los argumentos que sustentaron la solución adoptada en el Código tienen bastante peso, fundamentalmente, razones de seguridad jurídica: indeterminación de los estados peligrosos, grado de incertidumbre del pronóstico de peligrosidad... Así, por ejemplo, mantiene GARCÍA ARÁN que «el presupuesto de la aplicación de las medidas situado en un pronóstico de futuro como es la peligrosidad criminal, es lo suficientemente arriesgado en su establecimiento como para admitir garantías objetivas y concretas que en el caso español han conducido a partir del delito efectivamente cometido como índice de peligrosidad, en el que ésta se exterioriza. Asimismo, también se alega como complemento en esta orientación

garantizadora el respeto al principio de igualdad ante la ley, por el cual el sujeto peligroso no debe ser tratado peor que aquel que hubiera sido declarado penalmente responsable»²⁷. Sin embargo, la limitación establecida, además de inconsecuente, restringe las posibilidades de éxito del tratamiento, particularmente ante sujetos difícilmente recuperables, pues impone el límite infranqueable de la duración de «la pena abstractamente aplicable al hecho cometido». Ahí, sea cual sea la situación, debe cesar toda medida de seguridad.

En relación con esta cuestión, ha señalado nuestro TC, si bien con respecto al artículo octavo del anterior Código Penal, que el internamiento judicial indefinido «en un establecimiento psiquiátrico, dispuesto en Sentencia penal en los casos y forma determinados en el artículo 8.1 del Código Penal, no es, en principio, contrario al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución... Esta privación de libertad ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales... ratificados por España... a este respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad de internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) Haberse... demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen peri-

25 ROMEO CASABONA, Carlos María: «Presentación. El Anteproyecto de Código penal de 1992», cit. n. 10, p. 13. Formulación similar a la recogida en el § 62 StGB. Sobre esta última v. STREE, Walter en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., C. H. Beck, München, 2001, § 62, margs. 1 y ss.

26 Como señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 37. También, JORGE BARREIRO, Agustín: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 185 y 196. Anteriormente ya, en relación con el borrador de Anteproyecto de 1990, CEREZO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 37.

27 GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, p. 132. También MUÑOZ CONDE, Francisco: «Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit. n. 20, pp. 830 y s.; SIERRA LÓPEZ, M^o del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, pp. 105, 106, 131 y ss. y, en relación con esta problemática, p. 377, donde señala, p. 134, que «por imperativo del principio de legalidad... nadie, ni a título de pena ni a título de medida, puede perder su libertad sin que se predetermine el tiempo máximo que hay de permanecer encarcelado». Anteriormente ya MUÑOZ CONDE, Francisco en: Jescheck, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. castellana de la 3ª ed. alemana y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, t. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 124. Críticamente SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 185 y ss.

Sobre la determinación de la peligrosidad, ampliamente, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 24 y ss., no obstante, también, p. 178. Más recientemente, v. SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 87 y ss.; SIERRA LÓPEZ, M^o del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, pp. 82 y ss., 87 y ss., 99 y ss. Desde una perspectiva procesal, SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, pp. 49 y ss., especialmente, pp. 57 y ss. Desde una perspectiva muy crítica, también, v. VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Métodos de determinación de la peligrosidad», cit. n. 13, pp. 395 y ss.

cial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo... Dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto»²⁸. Con otras palabras, el marco constitucional permite establecer los límites temporales de estas medidas en función de las aristas de peligrosidad –derivada de enfermedad mental– del sujeto a tratamiento²⁹.

Ciertamente, la doctrina de nuestro alto Tribunal delimita únicamente el ámbito de lo constitucionalmente admisible, sin duda diferenciable de lo político-criminalmente satisfactorio, y entre lo constitucionalmente admisible y este último estado existe aún una distancia considerable. Así la STC 24/1993, señalaba en su fundamento jurídico

quinto, una vez argumentada la constitucionalidad de los citados preceptos, que «el legislador hubiera podido prever mecanismos –como los controles periódicos...–, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera». Aunque nuestro legislador en el artículo 97 del vigente Código Penal parece haber atendido en alguna medida estas indicaciones, creemos que es preciso seguir avanzando en la dirección señalada. Pero sobre esta cuestión entraremos con posterioridad.

Finalmente, tampoco podemos obviar otros defectos de nuestro sistema de medidas, si bien de carácter secundario, que dificultan el tratamiento adecuado de delincuentes con rasgos similares a los que muestra Pedro Jiménez García. Así, merece ser también objeto de crítica el riguroso orden de cumplimiento que se establece en el artículo 99 del Código Penal, dado que impide una correcta individualización del tratamiento al sujeto de su aplicación. En concreto, establece este precepto: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal orde-

28 STC 112/1988, fundamento jurídico tercero. En el mismo sentido, la STC 24/1993, fundamentos tercero y cuarto, disponiendo en el primero de ellos que «resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad... y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de serle de aplicación la eximente de enajenación mental. El hecho de que la decisión sobre ambos extremos se deje en manos de los Jueces y Tribunales, dentro de las pautas señaladas por la Ley, tampoco entraña desproporción y, por tanto, tampoco afecta al principio de igualdad consagrado en el art. 14 del Texto constitucional». Mientras que, continúa, en su fundamento jurídico quinto, «en cuanto a la alegada desproporción entre las medidas de seguridad –especialmente el internamiento– y la finalidad terapéutica y de aseguramiento del enajenado que aquéllas deberían perseguir, la simple lectura del precepto cuestionado permite comprobar lo infundado de esta pretendida vulneración constitucional. La pluralidad de medidas que en él se contemplan tiene precisamente como objetivo permitir la adecuación de esas medidas a los distintos grados de remisión que vaya experimentando la enfermedad. La redacción actual del precepto cuestionado permite, con una correcta aplicación judicial del mismo, que el internamiento o cualquier otra de las medidas de seguridad previstas en ningún caso sea arbitrario o desproporcionado. Así, de una parte, faculta al Tribunal sentenciador, desde el principio o durante el tratamiento, para elegir o sustituir la medida que estime más adecuada al estado del acusado y, de otra parte, también corresponde al Tribunal penal, a través de los sucesivos controles, de oficio o a instancia de parte, controlar la evolución de la enfermedad a efectos de mantener, sustituir o eliminar las medidas de seguridad adoptadas». La cuestión de inconstitucionalidad sobre la que se pronunció esta última sentencia, relativa al art. 8.1 ACP, se centraba –según se señala en los antecedentes– en la vulneración del principio de igualdad, dada la indeterminación de las consecuencias jurídicas aplicables a los inimputables, del principio de presunción de inocencia, al entender que el citado artículo establece una presunción de peligrosidad y obliga a la imposición de las medidas, y el principio de proporcionalidad, a través del cual se conculcan los arts. 17, 24 y 25 de la CE. Sobre ello, también v. la argumentación del Fiscal General del Estado, quien entre otras razones esgrime, según se recoge en la sentencia, la finalidad de la medida como razón para defender su proporcionalidad. Críticamente, sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 22, señala que la postura del Tribunal Constitucional redefine «la proporcionalidad, en el marco de las medidas de seguridad, en términos de mera necesidad de la medida en cuestión para hacer frente a la peligrosidad del sujeto».

29 No obstante este principio no debe extrapolarse sin más al resto de medidas. Así, por ejemplo, merece rechazarse lo previsto § 67d. 3 del Código Penal alemán en relación con la custodia de seguridad: «Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, daß der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden». La diferente naturaleza del estado peligroso que subyace a la custodia de seguridad y, por tanto, su diferente fundamento, nos lleva a rechazar ya que la argumentación expuesta en el texto sirva como justificación de la misma. Pero sobre ello volveremos con posterioridad, v. III.

nará el cumplimiento de la medida». Se impone, por tanto, el cumplimiento anticipado de la misma. Sin embargo, ésta no es siempre la solución satisfactoria, particularmente en los casos de imposibilidad o difícil cumplimiento de las finalidades terapéuticas. Entonces, en los supuestos de actuación de los fines de custodia, procede la ejecución de la medida en primer lugar³⁰, y para ello es necesario flexibilizar el régimen previsto. Por otra parte, como señala CERZO, está sin resolver el problema del tratamiento de los psicópatas, en caso de que efectivamente «se les aplique una exitosa completa o incompleta de anomalía o alteración psíquica, pues su internamiento en un sanatorio psiquiátrico no es necesario e incluso sería contraproducente y el tratamiento ambulatorio puede ser insuficiente»³¹. La importancia del con-

tenido de la medida y su orientación efectiva hacia la reeducación y reinserción social no se agota en su enjuiciamiento desde la perspectiva que ofrece el artículo 25.2 de nuestro texto constitucional. La orientación preventivo-especial permite –también– su justificación frente a los posibles destinatarios de la misma. El contenido –tendente a un pleno desarrollo del sujeto– permite completar la propuesta de justificación ética que realizara WELZEL sobre la capacidad de regirse normativamente³².

Una argumentación de corte utilitarista, en la línea representada por STRATENWERTH, a partir del interés social preponderante de la prevención del delito³³, no basta para una afectación tan drástica de derechos como la que tiene lugar mediante la aplicación de estas medidas. Una reducción del discurso en estos términos obvia, entre otros aspec-

30 Así también, v. SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, pp. 199 y ss., quien señala, p. 412, la conveniencia de *lege ferenda* de introducir expresamente esta posibilidad. En sentido contrario, por ejemplo, MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre Medidas de seguridad ¿Réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?», *La Ley*, 1991/1, pp. 1153 y s.

31 CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 74. Advierte también de esta problemática SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 320. Críticamente sobre estas carencias, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «Imputabilidad y nuevo Código Penal», en José Cerezo Mir/Rodrigo F. Suárez Montes/Antonio Berstain Ipiña/Carlos María Romeo Casabona (edit.): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, p. 310.

32 WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 245: «*allen Sicherungsmaßregeln liegt der allgemeine sozioethische Gedanke zugrunde, daß am Gemeinschaftsleben nur der ungeschmälerert teilnehmen kann, der sich von den Normen des Gemeinschaftslebens leiten lassen kann. Alle äußere oder soziale Freiheit rechtfertigt sich letztlich aus dem Besitz der inneren und sittlich gebundenen Freiheit. Wer dieser inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig... oder infolge von schlechten Anlage, Lasten und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht mehr hinreichend beanspruchen*». En un sentido próximo, también v. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 86. En nuestra doctrina, siguiendo al anterior, JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 43, 83 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», cit. n. 13, pp. 367 y s. También, v. GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, p. 415, señalando que «la adecuación a fin, y por consiguiente la adecuación del medio, es uno de los componentes esenciales no sólo de la necesidad de la medida concreta, sino también de su proporcionalidad, y por ello, en definitiva, serán criterios decisivos para la justificación y legitimidad». Críticamente, CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 42, señalando que «esta fundamentación sólo es válida, sin embargo, para las medidas de seguridad aplicables a los inimputables o semi-imputables, es decir, a las personas a las que el Derecho penal reconoce su incapacidad o la disminución de su capacidad de culpabilidad»; con amplias referencias bibliográficas en n. 105 y ss. En la doctrina alemana, también v. FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *ZStW*, 102, (1990), pp. 365 y s., quien deduce su legitimación a partir de los deberes de protección del Estado, v. pp. 367 y ss.

Con carácter general, señalando el déficit de legitimación de los institutos orientados hacia la prevención especial sobre los resultados de la investigación criminológica relativa al juicio de prognosis y a las sanciones, v. BOCK, Michael: «Prävention und Empirie – Ubre das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», *JuS*, 1994/2, pp. 93 y ss.

33 STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4^a ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, § 1 marg. 41: «*Nach heute herrschender Auffassung lässt sich freiheitsziehende strafrechtliche Maßregel, deren Dauer voraussichtlich über die einer schuldangemessenen Freiheitsstrafe hinausgeht, nur rechtfertigen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse sie erfordert. Maßgebend muss danach sein, ob sie vom Täter ausgehende Gefahr für rechtlich geschützte Interessen so schwer wiegt, dass der zu ihrer Abwehr erforderliche Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte als vertretbar erscheint*». En el mismo sentido, recientemente, LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 708 y s., con ulteriores referencias en n. 35. También v. ROXIN, Klaus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 1997, § 3 margs. 59 y s. En nuestra doctrina, por ejemplo, COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel: «Artículo 95», cit. n. 24, pp. 80 y s. Con matices, también v. GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, p. 397. Para más referencias bibliográficas v. CERZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, p. 42 n. 107.

tos, el significado de la dignidad humana. Por esta misma razón, tampoco es posible aceptar la imposición de medidas como la castración. Porque suponen la destrucción de componentes esenciales de la personalidad del sujeto³⁴. Las razones éticas señaladas en los supuestos comprendidos por WELZEL requieren, por tanto, una legitimación adicional mediante el contenido de la medida que la justifique materialmente –y también– frente al ciudadano³⁵.

Conclusión provisional: según lo expuesto hasta ahora, a Pedro Jiménez García cabe imponerle una pena privativa de libertad de similar duración al tiempo que ha permanecido en prisión. Sus últimas actuaciones revelan, sin embargo, la inidoneidad de este tipo de penas para afrontar determinadas formas de peligrosidad criminal, particularmente los supuestos de anomalías de carácter o psicopatías. La imposición de medidas de seguridad dista igualmente de ser una solución satisfactoria. Primero, exige la apreciación de eximentes completas o –más bien, en estos supuestos– incompletas con las exclusiones y riesgos señalados de reducción del tiempo de privación de libertad. Segundo, vinculan la terapia al rigor y extensión de la pena, confundiendo la naturaleza de ambos institutos jurídico-penales. Y tercero, en relación con su contenido, no se prevé un tratamiento adecuado para este reducido pero importante segmento de delincuencia.

III. Posibles vías de *lege ferenda*. Hipótesis

Cuando se habla de las medidas de seguridad, de los criterios de proporcionalidad o ámbito de aplicación temporal, por poner dos ejemplos concretos, se tiende a generalizar pese a las importantes dife-

rencias de contenido y fundamento que subyacen a las mismas. Así, por ejemplo, se las define como «aquellos medios penales preventivos de lucha contra el delito, que implican la privación de bienes jurídicos y que se caracterizan por ser aplicados por órganos jurisdiccionales en función de la peligrosidad criminal del sujeto –demostrada con ocasión de haber cometido un hecho previsto en la ley como delito– y por estar orientados a la prevención especial del delito (tratamiento, corrección y aseguramiento)»³⁶. Sin embargo, y pese a estas apariencias conceptuales, las medidas de seguridad no tienen por qué constituir un cuerpo homogéneo. Ya la concreta orientación de una medida hacia el tratamiento o el aseguramiento, plantea diferentes problemas de legitimidad y fundamento. Estas diferencias se acentúan si se opta, como en otros Ordenamientos jurídicos, por incluir en su ámbito de aplicación a sujetos imputables, particularmente, mediante la introducción de la denominada custodia de seguridad. Porque los argumentos que permiten legitimar la imposición de una medida de seguridad frente a un actor inimputable: incapacidad de orientación normativa, contenido o deberes de protección del Estado, entre otras hipótesis; no sirven de fundamento para la imposición de esta medida de inocuidad a un actor imputable. En estos casos no se trata de un déficit de orientación normativa por parte del ciudadano sujeto a medida, sino, principalmente, de evitar ciertos riesgos a la sociedad³⁷. Por estas mismas razones –entendiendo– tampoco puede pensarse en trasplantar el mismo criterio de proporcionalidad. Porque constituyen consecuencias jurídicas de naturaleza, principios y orientaciones político-criminales bien diferenciables.

34 Así, siguiendo a WELZEL, JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 84 y s. También, GARRIDO GUZMÁN, Luis: «El tratamiento de psicopatías y los establecimientos de terapia social», cit. n. 1, p. 1062, cuestionando su valoración clínica; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», cit. n. 13, p. 368.

35 Así ya, WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, cit. n. 32, pp. 244, señalando, p. 245, que mientras la ausencia de capacidad de orientación normativa justifica con carácter general las restricciones de libertad, son otros puntos de vista más concretos que acompañan a la misma los que justifican su concreta orientación, por ejemplo, terapéutica o educativa. En nuestra doctrina, siguiendo al anterior, JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 83-6, con más referencias bibliográficas en n. 179, y 148 quien encuentra su justificación, p. 84, «en el deber, de carácter jurídico-constitucional, que pesa sobre el Estado respecto a remover los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de la personalidad humana», si bien junto a ello «se agregan otros de carácter específico, como el derecho y el deber del Estado de cuidado, de rehabilitación y de asistencia tal, a las personas con imputabilidad disminuida, a los toxicómanos...». De otra opinión, entiende STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, cit. n. 33, § 1 marg. 42, que «der Begriff der Besserung bringt zunächst nur das gesellschaftliche Interesse an einer Veränderung der Persönlichkeitsstruktur oder der Verhaltensmuster des Betroffenen zum Ausdruck (und hat überdies noch einen moralisierenden Beiklang, der allein schon genügt, um ihn in Anführungszeichen zu setzen)».

36 Fórmula propuesta por JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en la reforma penal española*, cit. n. 24, p. 728. En un sentido próximo, v. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, cit. n. 10, p. 55. Más recientemente, por ejemplo, SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 71, quien las entiende como «un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa»; siguiendo al anterior MARTÍNEZ GUERRA, Amparo: *Nuevas tendencias policriminales en la función de las medidas de seguridad*, cit. n. 15, p. 17.

37 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, pp. 86 y s.

En ello radica la razón última de este trabajo. Las tendencias advertidas en los ordenamientos jurídicos más próximos³⁸, y las anunciadas reformas del Código Penal obligan a establecer y señalar con urgencia distinciones entre las posibles soluciones de *lege ferenda* ante problemas de peligrosidad como los expuestos. Porque el carácter —plena o parcialmente— inimputable o imputable del Sr. Jiménez García puede determinar la aplicación de consecuencias jurídicas —aun bajo un mismo título de medidas— bien diferenciadas que precisan, por tanto, de regímenes jurídicos particularizados. En concreto, cabe diferenciar tres posibles hipótesis:

1. Inimputabilidad

Desde esta primera perspectiva, la única que recoge el Código, es posible hacer algunas críticas a la regulación actual. Principalmente, en relación con los criterios de determinación temporal. Como se ha señalado en la doctrina, desde la perspectiva de los binomios culpabilidad-pena y peligrosidad-medida de seguridad no resulta fácil entender el criterio adoptado por el legislador en los artículos 6 apartado 2 y 101 y siguientes del Código Penal, la limitación de la duración de las medidas de seguridad en función de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Según apuntábamos más arriba, si las medidas se orientan a atenuar la peligrosidad del delincuente, parece que debe ser esta última, la peligrosidad criminal, la referencia a la hora de determinar su extensión temporal y la perspectiva desde la que se enjuicie su proporcionalidad. No la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, pues la misma se establece en función de lo injusto y obedece a fines de otra naturaleza.

Ciertamente, debe celebrarse el intento del legislador de acentuar el mandato de determinación tam-

bién en relación con el Derecho de medidas. Cualquier ciudadano que se encuentre en la situación del Sr. Jiménez García puede conocer de antemano la extensión temporal y material posible de las restricciones de derechos de las que será objeto como consecuencia de la realización inculparable de tales conductas delictivas. Y ello a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Porque el artículo 8.1 del anterior Código, aun cuando cumplierse efectivamente los mínimos constitucionales, no dejaba de ser una opción político-criminalmente rechazable. Como señala URRUELA MORA, «el sometimiento de las medidas de seguridad en su condición de consecuencias jurídicas del delito al principio de legalidad constituye una exigencia inexcusable de la concepción de nuestro Estado como —social y Democrático— de Derecho»³⁹. Tal sometimiento no sólo exige su previsión expresa, también su determinación. Luego, no puede considerarse como una solución satisfactoria el establecimiento sin más de la posibilidad de aplicación indefinida. Ahora bien, otra cuestión es la idoneidad del modelo adoptado para concretar su extensión. En este sentido, es sin duda criticable el previsto por nuestro legislador.

Así, en primer lugar, frente a un modelo de cláusula de extensión temporal como el que se consagra en los artículos anteriormente citados, parece preferible el sistema de plazo principal y sistema excepcional de prórrogas que permite una mayor adecuación del tratamiento al sujeto de aplicación. En relación con la referencia para el establecimiento del plazo principal, un importante sector doctrinal viene proponiendo establecer —principalmente— los límites de la medida no en función de la duración de la pena, dadas las diferentes finalidades político-criminales que persiguen ambas consecuencias jurídicas, sino en función del tratamiento o, en palabras de ROMEO CASABONA, de su adecuación racional «para los objetivos preventivos concretos que le correspondan»⁴⁰. Así,

38 Cuyo último y más significativo ejemplo lo encontramos en la reciente «Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung», de 28-7-2004. Sobre la misma en la doctrina alemana, ampliamente, v. LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 703 y ss.

39 URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», cit. n. 24, p. 168. Sobre la recepción de este principio en el derecho de medidas, ampliamente, SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 111 y ss.

40 ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 79; el mismo: «Presentación. El Anteproyecto de Código penal de 1992», cit. n. 10, pp. 12 y s. En el mismo sentido, CERZO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 37; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», cit. n. 10, p. 1474; GRACIA MARTÍN, Luis: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», cit. n. 10, marg. 568; el mismo: en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, p. 398; JORGE BARREIRO, Agustín: «Artículos 101 a 103», cit. n. 20, p. 136; MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 20, p. 295; URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», cit. n. 24, pp. 185 y ss. En esta línea, también, SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 185. En un sentido distinto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, pp. 44, 45 y 49, quien, en relación con el principio de proporcionalidad, acentúa la importancia del pronóstico de comisión de hechos futuros.

por ejemplo, sugiere CERESO MIR, «que en la medida de internamiento en un centro de deshabitación y en un centro reeducador el límite máximo de duración fuera de tres años. En el internamiento en un centro educativo especial, así como en el internamiento en un centro de terapia social y en un centro de custodia, el límite máximo podría ser de cinco años»⁴¹. En cualquier caso, parece que su duración, en principio, notablemente inferior al resultante de los marcos penales aplicables, permite diferenciar en mayor medida su naturaleza jurídica de la que corresponde a la pena. Mientras que, subsidiariamente, en los supuestos en los que tales plazos se muestren insuficientes para limar las aristas de peligrosidad que desaconsejan su reconducción a través de la vía civil, parece conveniente introducir de forma complementaria y en supuestos tasados que justifiquen tal tratamiento jurídico-penal, un sistema de prórrogas periódicas que permita de forma excepcional una ampliación del mismo⁴².

El sistema que propone el Código, establecer la relación de proporcionalidad entre la medida y la pena abstractamente aplicable, desatiende por ello la finalidad terapéutica de las medidas y confunde en mayor medida su naturaleza. Particularmente en estos supuestos de imputabilidad disminuida e inimputabilidad. Tanto por la finalidad terapéutica como por el destinatario de la medida ésta no puede concebirse racionalmente como

sanción. Tampoco estructurarla como si lo fuese. Porque se trata de sujetos frente a los que no cabe, al menos íntegramente, un juicio de reproche. Ahora bien, ello no es incompatible con la seguridad jurídica.

En este sentido, el sistema de prórrogas referido, debe estructurarse de forma que permita con regularidad un examen de las circunstancias que han motivado la prolongación de la medida. En cuanto a su concreta duración, frente a periodos de carácter anual o superiores, parece preferible establecer un sistema de revisión semestral, dado el rigor y carácter excepcional de la medida, acorde con lo previsto en el artículo 187 del Reglamento penitenciario en relación con el informe del equipo multidisciplinar. Esta solución sigue y mejora la línea de lo establecido en el artículo 97 de nuestro Código, donde se obliga al Juez de Vigilancia Penitenciaria a elevar cuando menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad. En cualquier caso, deberá recogerse y destacarse la razón del sistema de prórrogas: supuestos excepcionales —seguramente, de criminalidad grave— en los que las agudas aristas de peligrosidad persistentes en el sujeto inimputable desaconsejen la vía civil⁴³. Se trataría, por tanto, de una solución doblemente subsidiaria.

41 CERESO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 37. También JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, p. 150; el mismo: «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», cit. n. 10, pp. 366 y s., quien entiende preferible el establecimiento de unos topes temporales —independientes del marco penal— para cada una de las medidas de seguridad, según el modelo recogido en el artículo 105 para las medidas no privativas de libertad; el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, p. 192, con más referencias bibliográficas n. 33 (no obstante, v. el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 189 y s. n. 29, en relación con el sistema de prórrogas que prevé el CP portugués, a su juicio, más flexible y razonable que el español); señalando la necesidad «de fijar un tope máximo en la duración de la medida de seguridad... que no pueda rebasarse en ningún caso, pero sí acortarse a la vista de los resultados positivos obtenidos», ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 79.

42 En sentido contrario, sin embargo, v. SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, p. 377.

43 En relación con estos supuestos plantea GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, p. 154, la necesidad de reflexionar «si, tratándose de sujetos incapaces de culpabilidad no resultaría más coherente y menos tortuoso extraerlos absolutamente del sistema penal y remitirlos al internamiento acordado civilmente». Con más referencias doctrinales en este y otros sentidos v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 22, n. 25 y 29, 40 y 48, quien señala, en el primer lugar citado, que «ello exigiría que el correspondiente sistema extrapenal se encontrara en condiciones de garantizar una protección permanente frente a esos sujetos no culpables pero con peligrosidad delictiva contrastada». No obstante, relativizando la distancia entre ambas posiciones, el mismo: «El retorno de la inocuización», cit. n. 3, p. 708. Críticamente, en relación con las posibilidades del internamiento civil previsto en la Disposición adicional primera como solución subsidiaria, CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 73; JORGE BARREIRO, Agustín: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 188 y 189, en especial, n. 26 y 28, 220 y 222, señalando en este último lugar «las ventajas del sistema penal sancionador; ajustado al marco de un Estado de Derecho, para resolver los graves problemas de la delincuencia generada por enfermos mentales criminalmente peligrosos, ni los inconvenientes que plantea la búsqueda de falsas soluciones en otras ramas del ordenamiento jurídico, que no están pensadas para afrontar la problemática relacionada con la peligrosidad criminal del enfermo mental delincuente y con las exigencias de prevención especial que sólo pueden asumir; hoy por hoy, las medidas de seguridad criminales»; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 196 y ss., quien señala su carácter extraño frente a los fines de inocuización propios del Derecho Penal (así entre otras medidas aduce como ejemplo la posibilidad de decidir unilateralmente por los facultativos la puesta en libertad de la persona interna, bas-

Frente al rígido modelo de plazos que se recoge en nuestro actual Código Penal, o frente a la excesiva indeterminación del modelo anterior, el sistema que aquí se defiende se muestra como una opción aceptable desde la perspectiva del mandato de determinación: se concretan plazos principales y periodos de prórroga. Se trata también de una solución mucho más flexible que permite una mayor adecuación de nuestro sistema de medidas a la realidad problemática que la subyace así como una mayor diferenciación de las penas. En cuanto al posible déficit de seguridad jurídica en comparación con el sistema de plazos rígidos en función del marco penal, entiendo que es, sin duda, superable mediante el fortalecimiento de los cauces procesales⁴⁴, en la línea de lo –por desgracia, tan sólo– esbozado por nuestro legislador en el artículo 97 del Código Penal.

Ciertamente, en relación con el procedimiento contradictorio que recoge este precepto, cabría realizar múltiples objeciones⁴⁵: introducción con carácter necesario de asesoramiento especializado escrito⁴⁶, previsión expresa de la posibilidad de realizar propuestas –de cese, sustitución o suspensión– a instancia de parte⁴⁷, derecho de audiencia, superación del carácter necesario o preceptivo de la propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para la iniciación del procedimiento contradictorio⁴⁸, según parece desprenderse del tenor literal del artículo 97 del Código Penal, y, en definitiva, una mayor concreción de dicho procedimiento de forma que se garantice la igualdad de partes e intervención especializada. De este modo, mediante un mayor fortalecimiento y desarrollo de los cauces procesales se torna posible satisfacer las exigencias de seguridad jurídica superando el rígido sistema vigente, y en cierto modo también, la incertidumbre y relatividad de los fundamentos

tando con una comunicación posterior al tribunal competente, art. 763 de la LECiv) y la contradicción en que, a su juicio: *op. cit.*, pp. 202 y s., incurrir los autores que lo proponen como solución alternativa dado el carácter indeterminado de esta medida; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 40, alertando del posible fraude de etiquetas. En sentido contrario, por ejemplo, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 182. Para más referencias bibliográficas v. SANZ MORÁN, Ángel: *ult. cit.*, p. 196 n. 75.

44 En esta línea ya JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 152 y s.; más recientemente, el mismo: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, p. 192, donde señala que «los problemas de seguridad jurídica que suscitan las medidas de seguridad privativas de libertad debe resolverse, sobre todo, mediante una determinación precisa de los presupuestos legales para su aplicación, y a través del uso moderado de tales sanciones y de su revisión periódica por parte de los tribunales de justicia»; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», cit. n. 13, p. 372, con ulteriores referencias bibliográficas. También MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio: *Sanción penal y política criminal*, Reus, Madrid, 1977, pp. 170 y ss. Más recientemente, por ejemplo, v. SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, pp. 77 y s., quien encuentra en el proceso, incluso, su vía de legitimación.

45 Aunque también incorpora componentes satisfactorios, como por ejemplo, la obligación de revisión periódica, frente a fórmulas anteriores que tan sólo obligaban a recibir tales informes. Así, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: «Presentación. El Anteproyecto de Código penal de 1992», cit. n. 10, p. 15. En cualquier caso, tiene razón SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, p. 313, cuando señala «la indeterminación en que queda el aludido procedimiento contradictorio, huérfano de cualquier regulación legal». También, críticamente, v. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «Imputabilidad y nuevo Código Penal», cit. n. 31, p. 314; asumiendo la propuesta de GARCÍA ALBERO relativa a la subrogación del Juez de Vigilancia en la posición del Tribunal sentenciador, SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 308.

46 Siguiendo la línea abierta en nuestra jurisprudencia relativa a la importancia de los informes técnicos sobre la sustitución de las medidas; así, v. SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, p. 321 con amplias referencias en n. 385. Con carácter general, señalando la necesidad «de que el juez se vea asistido en su función por el asesoramiento e informes de técnicos en diversas especialidades (criminólogos, psicólogos, psiquiatras...», ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 179 y s. En la doctrina alemana, en relación con la adopción de las custodia de seguridad, KINZIG, Jörg: «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 109 (1997), pp. 149 y ss.; también, v. SCHALL, Hero/ SCHREIBAUER, Marcus: «Prognose und Rückfall bei Sexualstraf Tätern», *NJW*, 1997/37, pp. 2414 y ss., en especial, pp. 2416 y s. En cuanto a su contenido de racionalidad, sobre el ejemplo de la circunstancia de anomalía psíquica («*seelische Abartigkeit*»), v. la estructura y criterios que esboza SCHOLZ, Berndt: «Schuldfähigkeitsbegutachtung durch Diplom-Psychologen», *ZStW*, 116, (2004), pp. 618 y ss., en especial, 622 y ss. Sobre algunos de sus riesgos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuidad», cit. n. 3, pp. 702 y s., donde señala la tendencia de los especialistas norteamericanos a mantener el diagnóstico de peligrosidad para eludir posibles responsabilidades.

47 Sobre ello, v. SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, p. 308. En sentido contrario, v. SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, p. 316, con ulteriores referencias bibliográficas en n. 378.

48 De otra opinión, en atención a la especial y privilegiada posición que el mismo ocupa en lo que se refiere al seguimiento y control jurisdiccional de la ejecución de las medidas de seguridad, LAMO RUBIO, José: *Penas y Medidas de seguridad en el Nuevo Código*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 534 n. 16.

y criterios sobre los que se asientan estas consecuencias jurídicas⁴⁹.

2. Imputabilidad

Ante problemas de inimputabilidad, la respuesta de nuestro sistema de medidas puede merecer mejor o peor crítica. En cualquier caso ofrece una respuesta. Sin embargo, cuando se trata de sujetos activos imputables, particularmente en los supuestos de delincuencia habitual de carácter grave, el legislador no prevé más consecuencia jurídica que la pena. Ello, según se señaló, ha sido advertido y criticado convenientemente por una importante doctrina. Sin embargo, la introducción en el Código de la custodia de seguridad u otro tipo de medidas aplicables a sujetos imputa-

bles plantearía, frente al catálogo de medidas que éste actualmente recoge, una serie de problemas que es preciso señalar.

Cualquier reflexión relativa al sistema vigente o posible de medidas de seguridad debe partir del siguiente punto: toda medida de seguridad y, de forma especial, las medidas privativas de libertad tienen carácter afflictivo. Su aplicación, aunque tendente a la reinserción y —dentro de los márgenes constitucionales⁵⁰— reeducación social, requiere la limitación de derechos fundamentales del sujeto sometido a tratamiento. Esta circunstancia explica que la doctrina casi de forma unánime vea en ellas un mecanismo idóneo para la consecución de efectos preventivo-generales⁵¹, aunque no constituyan éstos su orientación principal o específica⁵². También la preocupación que

49 Así también ROMEO CASABONA, Carlos María: «Presentación. El Anteproyecto de Código penal de 1992», cit. n. 10, p. 13.

50 Críticamente, también, v. LESCH, Heiko H.: *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 34 y 39, con ulteriores referencias bibliográficas en n. 200. En nuestra doctrina, anteriormente, ya TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 17, 22, 237 y ss.

51 Así, por ejemplo, ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, cit. n. 33, § 3 margs. 56 y s., señala: «Der Zweck der Maßregeln ist also präventiver Art. Dabei ist ihre primäre Aufgabe allemal spezialpräventiv, weil es darum geht, mit Hilfe der Maßregel künftige Straftaten des von ihr Betroffenen zu verhindern. Allerdings sind die Akzente insofern unterschiedlich verteilt, als der spezialpräventive Zweck bei den einzelnen Maßregeln nicht in derselben Weise in Erscheinung tritt... Daneben wirken die meisten Maßregeln auch generalpräventiv, und das ist als sekundärer Zweck vom Gesetzgeber auch einkalkuliert: Eine Maßregel wie die Entziehung der Fahrerlaubnis... wirkt auf die Allgemeinheit meist abschreckender als die bei Verkehrsdelikten zu erwartende Strafe, und auch in den Kreisen der Hangtäter wird die Sicherungsverwahrung oft mehr gefürchtet als die Strafe». También JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, p. 84, mantienen que «auch die Maßregel hat Übelscharakter und dient der Bekämpfung der Normgeltung». Más recientemente, siguiendo a su maestro, por ejemplo, v. LESCH, Heiko H.: *La función de la pena*, cit. n. 50, p. 2 n. 1. Con matices, FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem», cit. n. 32, p. 358, en especial n. 65, quien si bien rechaza la persecución de cualquier finalidad de carácter preventivo-general, acepta que éstas puedan realizarse como consecuencia del rigor de la concreta medida adoptada. En nuestra doctrina, entre otros, v. GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 350 y s.; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit. n. 7, p. 136; GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Artículo 6», cit. n. 16, pp. 232 y 265 n. 88; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^a Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, pp. 385 y 428; JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 96 y 171, por ejemplo, señalando, en la primera página citada, que «tanto la pena como la medida de seguridad pueden producir efectos de prevención especial y general respectivamente»; MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio: *Sanción penal y política criminal*, cit. n. 44, pp. 208 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte general*, cit. n. 20, pp. 576-8; POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel: «¿Medidas de Seguridad "inocuidadoras" para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad», cit. n. 24, marg. 920; ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 81, 86 y s., por ejemplo; SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, pp. 34 y s.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, pp. 16, 26 con ulteriores referencias bibliográficas en n. 38, 27, 28, 33 y 34 n. 72, quien apunta, en la última de las páginas citadas, que «mientras que la pena asegura la vigencia de la norma desde un punto de vista normativo o contrafáctico, la medida de seguridad opera mediante un aseguramiento empírico o cognitivo», deduciendo —aunque no sólo— de su componente afflictivo también la necesidad de extender a las mismas la garantía de irretroactividad (cfr. p. 16); el mismo: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, pp. 797, 801 y s.; TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit. n. 50, pp. 23 y 131, por ejemplo. Con matices, sin embargo, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, 1989, pp. 25, también n. 71, 33 y 44, por ejemplo. Para más referencias bibliográficas SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, pp. 95 n. 165 y s.

52 Así, por ejemplo, JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 149 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», cit. n. 13, p. 370; ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 181; SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 125 y ss. y 176 y ss.; URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», cit. n. 24, pp. 178 y ss.

causa su determinación en sede de ley y el grado de seguridad jurídica. Ahora bien, no siempre que se aplica una medida de seguridad a un sujeto se está aplicando una sanción jurídico-penal. Pese a la enorme coincidencia existente entre buena parte de las penas y medidas privativas de derechos recogidas en los artículos 39, 96.3 y 105 de nuestro Código Penal. En los supuestos de inimputabilidad no cabe juicio de reproche ni se encuentran los presupuestos para aplicar racionalmente un castigo. Luego, es preciso diferenciar.

En el Derecho comparado, el mecanismo más riguroso de reacción frente a sujetos imputables lo constituye la denominada custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Pese a su déficit de fundamento y el rigor de su ejecución, sorprende que en algunos sistemas de nuestro entorno se prevea su imposición con carácter indefinido. El binomio medida de seguridad-peligrosidad no permite obviar las particularidades de este instituto. Así, frente a las propuestas teóricas que permiten sustentar la imposición de la mayoría de las medidas: déficit de orientación normativa, deberes de tutela del Estado, etc.; la custodia de seguridad no encuentra más fundamento que lo injusto y la culpabilidad. El sujeto peligroso culpable muestra una capacidad normal de comprensión y orientación conforme a lo jurídico. Luego, no es preciso ni posible una tutela ulterior del Estado. Por otra parte, el contenido de la misma, primordialmente asegurativo, difumina los contornos con la pena privativa de libertad. Ciertamente, los criterios de diferenciación entre penas y medidas suelen atender a aspectos que permiten la distinción de ambas consecuencias jurídicas, también de la medida de custodia: presupuestos de aplicación, finalidades o, en estos supuestos, significado de la privación de libertad⁵³. Sin embargo, se tiende a confundir entre presupuestos, finalidades y el fundamento de la restricción de derechos inherentes a las mismas. Ello ha conducido en relación con la

medida de custodia a un discurso de corte utilitarista que permite todo tipo de excesos preventivo-generales⁵⁴.

Así, por ejemplo, los argumentos que ha esgrimido recientemente el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 5-2-2004, no sólo permite justificar la adecuación constitucional de la custodia de seguridad en los términos en que se encuentra actualmente recogida en aquel país. También la imposición efectiva de, entre otras posibles consecuencias jurídicas, una pena privativa de libertad de ciento veintisiete o doscientos doce años por razones preventivo-generales. Ya que también en estos casos, y pese a hablar del derecho a la dignidad del ciudadano y sus implicaciones⁵⁵, puede ser necesario el internamiento del sujeto por razones de peligrosidad o –en otros términos– seguridad, siempre que se trate de bienes jurídicos de cierta importancia⁵⁶. Pero al igual que sucede con tales excesos dentro del marco de la pena, también aquí chocan frontalmente con el contenido de la dignidad de la persona. Más allá de estas razones, la custodia de seguridad, frente al catálogo de medidas que recoge el Código sustentadas en el déficit de orientación normativa del sujeto y correspondientes deberes de tutela del Estado, no encuentra otro sustento que los momentos anteriores: lo injusto y la medida de la culpabilidad. La peligrosidad, pre- o postdelictual, no basta –ni puede bastar– en un sujeto imputable para sustentar jurídicamente este tipo de intervenciones sobre el mismo. Al menos en un Estado material de Derecho. Luego, con independencia de los elementos que la distinguen de la pena o de su acentuada finalidad preventivo-especial que aconsejan formal y materialmente su diferenciación, no puede tener otra naturaleza jurídica que la de sanción jurídico-penal⁵⁷. Por estas razones, la inclusión de la custodia de seguridad –y de cualquier otro tipo de medidas para sujetos imputables– precisa de un régimen propio diferenciado del que se recoge actualmente en los artículos 95 y siguientes del Código Penal.

53 Ampliamente, v. FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», cit. n. 32, pp. 355 y ss., con amplias referencias bibliográficas en n. 53 y ss. En nuestra doctrina ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 80 y s. Más recientemente, también v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, pp. 797 y ss.

54 Así, por ejemplo, v. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, p. 86, señalando, simplemente, la inexistencia de un camino más humano para reaccionar contra la delincuencia habitual y profesional. En un sentido próximo LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 708 y s., con amplias referencias en n. 35.

55 Cfr. BVerfGE, NJW, 2004/11, p. 739.

56 V. BVerfGE, NJW, 2004/11, pp. 740, 741 y 749. En esta línea también v. BVerfGE 10.2.2004, NJW, 2004/11, p. 758.

57 No obstante, en sentido contrario, v. BVerfGE, NJW, 2004/11, pp. 743 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, cit. n. 10, p. 55.

Estos matices se deben manifestar ya en relación con el principio de proporcionalidad. Así, frente a la general vinculación de la medida a la peligrosidad del delincuente, referencia idónea, incluso con carácter exclusivo, en los supuestos de inimputabilidad⁵⁸; debe optarse aquí, además, por valorar su proporcionalidad en relación con lo injusto y la medida de culpabilidad del sujeto. Porque, con independencia de su mayor o menor corrección dogmática, la medida de custodia no encuentra otra base sobre la que justificar la restricción de derechos que supone para el sujeto⁵⁹. La peligrosidad revelada por el mismo en la comisión del hecho y los delitos que resulte probable que pueda cometer en el futuro, aunque parámetros de referencia lógica y presupuesto de la medida, no bastan para su imposición a un ciudadano imputable una vez que ha saldado ya sus cuentas⁶⁰. Su extremo contenido aflictivo o realidad práctica⁶¹, acentúan en mayor medida la necesidad de que, más allá de sus finalidades ulteriores tendentes a la devolución del individuo a la sociedad, se ofrezcan razones materiales sobre las que sustentar jurídica y racionalmente su imposición. En este sentido, entiendo que frente a un actor imputable no hay otra base sobre la que justificar una restricción o supresión tal de derechos que la medida de lo injusto y el grado de reproche.

Lo acabado de apuntar en relación con esta segunda clase de medidas nos aproxima, de alguna forma, a la postura arriba criticada que propugna una vinculación general de las mismas al marco penal aplicable. Sin embargo, aquí no se trata de

relacionar de esta forma a ambas categorías, como postula, entre otros, MUÑOZ CONDE, sino de diferenciar la custodia de seguridad de las medidas recogidas en el Código así como la necesidad de valorar su proporcionalidad en relación con los parámetros apuntados dada la inexistencia de ulterior fundamento. De esta comprensión no se infiere tampoco una coincidencia en la duración temporal con la pena. En este sentido, debe tenerse presente que la reiteración en la realización de hechos delictivos conlleva, generalmente, un mayor grado de culpabilidad en el actor⁶², y ello ofrece una base material adicional para la aplicación de medidas preventivo-especiales con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad, aunque, ahora bien, dentro de los márgenes que permitan esa mayor culpabilidad por el hecho. En este sentido, JORGE BARREIRO, se pronunciaba frente a la agravación por reincidencia, por la posibilidad de imponer a las delincuentes habituales, además de la pena señalada, el internamiento en un centro de terapia social por tiempo no superior a cinco años⁶³, coincidiendo en este punto con CEREZO MIR⁶⁴. De esta forma, la medida de custodia se configura como un instituto *alternativo* que permite estructurar y orientar —en mayor medida— hacia la prevención especial la reincidencia de sujetos peligrosos.

Una forma idónea de articular esta medida, entiendo, ofrece el sistema de prórrogas por el que aquí se aboga, esto es, sobre una extensión máxima aproximada de cinco años —o en cualquier caso dentro de los márgenes de proporcionalidad

58 Así, señala URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», cit. n. 24, p. 178, que «la medida adecuada, considerándola desde un punto de vista estrictamente dogmático, habría de ser de duración indeterminada». También, por ejemplo, v. MUSCO, Enzo: «Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens», ZStW, 102, (1990), pp. 416, 417 y, en especial, 423 y s. En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Artículo 6», cit. n. 16, pp. 241 y s.

59 Críticamente, sin embargo, señalando el cuestionamiento social del principio de culpabilidad como criterio de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuidad», cit. n. 3, pp. 708 y s.

60 No obstante, v. STREE, Walter en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 25, § 66, marg. 3, con ulteriores referencias bibliográficas en sentido contrario al del texto.

61 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, pp. 85, 806 y s.

62 Pues, como señala CEREZO MIR, José: «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general», cit. n. 22, p. 250, «el delincuente comete un nuevo delito a pesar de haber sido previamente condenado por otro, lo cual implica un juicio desvalorativo sobre la conducta delictiva realizada y una advertencia, y de haber recibido un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social». Siguiendo al anterior, también v. GRACIA MARTÍN, Luis: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», cit. n. 10, marg. 568 n. 127.

63 Donde siguiendo a MIR PUIG, JORGE BARREIRO, Agustín: «Las medidas de seguridad en la reforma penal española», cit. n. 24, pp. 741 y s., se decanta por «acometer el tratamiento de la reincidencia a través de medidas de seguridad específicas que insistir en la pena una vez que se ha mostrado incapaz».

64 CEREZO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 37. En esta línea también, señalando para supuestos «muy excepcionales de gran peligrosidad comprobada respecto a delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual, delincuentes habituales por tendencia, etc.», la posibilidad de rebasar el límite máximo del marco penal, ya MUÑOZ CONDE, Francisco en: Jescheck, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 27, p. 124.

que permiten lo injusto y el grado de culpabilidad establecido en relación con el mismo— cabe insertar un sistema de prórrogas sucesivas al término de las cuales se proceda al examen de las circunstancias que han motivado la imposición o/y prolongación de la medida de custodia. En tanto se desee articular esta intervención sobre el individuo como medida de seguridad, parece que más allá de los fines de custodia se deberá buscar también algún tipo de justificación por el contenido tendente a la devolución del sujeto a la sociedad. El sistema de prórrogas facilita la introducción de valoraciones periódicas sobre su estado. En cuanto al régimen de plazos, y frente al sistema bianual de prórroga que se consagra en los artículos 92.3 y 96 del Código Penal portugués o en el § 67e.2 del Código Penal alemán en relación con la custodia de seguridad, parece preferible establecer un sistema de revisión —como máximo— de carácter anual, dado el rigor y carácter excepcional de la medida. Esta solución engarza con lo establecido en el artículo 97 de nuestro Código Penal.

La configuración del supuesto de hecho de una medida de custodia así concebida procede sobre las concretas razones materiales que conforman su fundamento, esto es, a través de la identificación de las formas graves, intencionadas y reiteradas de agresión que proporcionan el plus de culpabilidad sobre el que se propone asentar esta medida. En este sentido, razones de necesidad, intervención mínima y *ultima ratio*, obligan a concretar los bienes jurídicos cuya agresión reiterada podría justificar un tratamiento tan diferenciado y riguroso de la reincidencia⁶⁵. Desde una perspectiva problemática, la tutela frente a agresores compulsivos

podría agotarse, básicamente, en los bienes vida, integridad física e indemnidad sexual. En términos de merecimiento y necesidad de pena, parece, se podría ir algo más allá, sin que baste la mera remisión a la pena como hace el citado artículo 92.3 del texto portugués en relación con los hechos que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a ocho años⁶⁶. Así, por ejemplo, la extensión del ámbito personal de las medidas podría instrumentalizarse a través de una cláusula como la siguiente: «art. 104 bis. 1. En los supuestos de reincidencia en la comisión de las figuras previstas en los tres primeros números del título primero, título séptimo o título octavo capítulo primero y quinto, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, la medida de custodia...». De esta forma, al tiempo que se delimita con mayor concreción el estado peligroso se introduce en la cláusula las razones, reincidencia y bienes amenazados, sobre los que se sustenta materialmente su imposición⁶⁷.

Este razonamiento permite comprender también la imposibilidad de aplicar esta clase de medidas a supuestos de delincuencia habitual de carácter leve⁶⁸, tal y como se preveía en el artículo 6.11° a) y b) en relación con el artículo 2.15° de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Se trata, antes que de una orientación político-criminal —en mayor o menor medida— desafortunada, de un déficit de fundamento. También, desde la perspectiva de la ponderación de intereses con que procede la doctrina mayoritaria, la evitación de la comisión de faltas o delincuencia de carácter leve no puede considerarse como un interés público preponderante —en los términos de STRATENWERTH⁶⁹— de cara a justifi-

65 Con carácter general, v. TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit. n. 50, pp. 27 y s.

66 Mayor crítica merece la regulación de la «*Sicherungsverwahrung*» en el § 66 del Código Penal alemán, donde se establece un margen de dos años de privación de libertad, junto a diferentes requisitos de reincidencia y peligrosidad. A mi juicio, tan sólo en el número tercero de este precepto, se introducen bienes que podrían justificar materialmente la imposición de una medida de esta naturaleza, si bien de forma abstracta y junto a daños importantes de carácter económico. Un sistema mixto se recoge en los números primero y segundo del parágrafo 23 *StGB*, donde junto con la duración de la pena se concretan una serie de hechos que pueden dar lugar a la aplicación de la medida.

67 No obstante, sobre esta cuestión, v. JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 198 y s., quien entiende que los estados peligrosos, al referirse a un modo de ser de la persona, deben ostentar una estructura criminológica y fundamentarse en la peligrosidad del sujeto. Según este penalista, los tipos que definen los estados peligrosos deben ser «tipos criminológicos de autor» y no «tipos de hecho». En un sentido próximo RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», cit. n. 13, pp. 359-2. Sobre ello también v. TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit. n. 50, pp. 219 y s. Obviamente, el modelo propuesto presupone también el art. 95 CP y la concurrencia de las circunstancias que se recogen en su número primero.

68 Con carácter general, v. FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», cit. n. 32, pp. 383 y ss. En relación con nuestro CP, v. JORGE BARREIRO, Agustín: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 181 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales en n. 10.

69 STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, cit. n. 33, § 1 marg. 41. En el mismo sentido, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 46, que «el principio de proporcionalidad podría vetar la imposición de una medida con internamiento (o de largos internamientos, en cualquier caso), e incluso vetar ciertas modalidades de tratamiento especialmente agresivas, en supuestos en que el peligro de futuro lo fuera sólo para bienes patrimoniales, por la prevalencia en la ponderación del valor libertad por encima del valor patrimonio. Aquí, la necesidad de un tratamiento en internamiento o de tratamientos de cierta intensidad para eliminar la peligrosidad podría verse matizada por consideraciones de proporcionalidad, llevando a establecer medidas ambulatorias».

car la imposición de esta clase de medida. Sobre este plano, la argumentación de URRUELA MORA, cuando critica la limitación de la posibilidad de aplicar medidas de seguridad de internamiento a los casos en los que la pena prevista para el delito fuera privativa de libertad, se muestra menos convincente. No se trata, como en el Código vigente, de «atender a un criterio externo al de la peligrosidad criminal, cual es el de la pena prevista, al objeto de la posible imposición de medidas de seguridad privativas de libertad»⁷⁰, sino de que la comisión culpable de un hecho de escasa relevancia penal no ofrece una base de injusto y culpabilidad suficiente para posibilitar un tratamiento ulterior a la pena. En la medida en que el individuo no manifieste su peligrosidad de forma que ésta merezca la imposición de una pena grave, dificulta y resta fundamento a la imposición de medidas. Esta solución, según entiendo, se muestra políticamente aceptable dada las deficiencias inherentes a los juicios de pronóstico y diagnóstico sobre los que se afirman⁷¹.

En cuanto a la exigencia de la comisión cuando menos en dos ocasiones de los hechos a los que se vincula la posibilidad de imponer estas medidas se explica materialmente en cuanto soporte de culpabilidad necesario para justificar la imposición de las mismas. La custodia de seguridad se

presenta así como un tratamiento preventivo-especial alternativo a la reincidencia, por tanto, excluyente de la circunstancia agravante octava que se recoge en el artículo 22 del Código Penal. Por otra parte, la reiteración de los hechos opera también en cuanto ulterior factor de aseguramiento del juicio de pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto⁷². De esta forma, mediante la introducción de la reiteración en el comportamiento delictivo como componente para la descripción del estado peligroso, se confiere mayor seguridad y —de algún modo, también— confirma el pronóstico de peligrosidad sobre el que se asienta la medida de seguridad.

En este último sentido, se ha propuesto en la doctrina introducir en la definición del estado peligroso, además de la reincidencia o reiteración de hechos, una cláusula adicional de equivalencia entre los hechos ejecutados anteriormente que permita establecer una especial dificultad en el sujeto para actuar conforme a las normas en determinadas circunstancias⁷³. Por ejemplo, que no baste la comisión de una agresión sexual y, posteriormente, un homicidio imprudente producido como consecuencia de circular el actor con su vehículo al tiempo que realizaba unas llamadas desde el teléfono móvil. Así, podría completarse la definición anterior: «art. 104 bis. 1. En los supuestos de reincidencia en la comisión de las figu-

70 URRUELA MORA, Asier: «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», cit. n. 24, pp. 186 y s. Anteriormente, también, v. CERESO MIR en KÜPPER, Georg: «Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 14.9.1989 in Würzburg», cit. n. 24, pp. 454 y s.; GRACIA MARTÍN, Luis en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/M^{te} Carmen Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. n. 16, pp. 391 y s., matizando, en la última página citada, que «cuestión diferente es la relativa al margen de posibilidades que quede para su aplicación y a la clase de medidas que puedan aplicarse a estos casos en virtud de las restricciones que impone la deficiente regulación del principio de proporcionalidad de las medidas en nuestro Código»; JORGE BARREIRO, Agustín: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, pp. 195, 212 y 220; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, pp. 39, 41 y 45, señalando, en la primera página citada, que «cabe cometer hechos que no lleven aparejada privación de libertad y, sin embargo, mostrar en ellos una peligrosidad derivada de una patología cuyo tratamiento requiera la privación del libertad del sujeto», deduciendo que «la referencia a la proporcionalidad con el hecho cometido no es atendible por cuanto este hecho antijurídico no se le ha podido atribuir al autor, de modo que no sirve para fundamentar, ni tampoco para limitar, la reacción penal». En sentido contrario, por ejemplo, v. MUÑOZ CONDE, Francisco: «Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit. n. 20, pp. 831 y s. Sobre esta cuestión, ampliamente, SANZ MORÁN, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, cit. n. 12, pp. 245 y ss. También, SANTOS REGUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, pp. 302 y s., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

71 Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 24 y ss.

72 Así FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», cit. n. 32, p. 382. En nuestra doctrina, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuización», cit. n. 3, pp. 703 y s., con ulteriores referencias en n. 22 y 24. No obstante, también, GRASBERGER, Ulrike: «Three Strikes and You Are Out. Zu neuen Strafzumessungsgrundsätzen bei Wiederholungstätern», *ZStW*, 110, (1998), pp. 804 y s. Señalando la imposibilidad de identificar ex ante estos actores BOCK, Michael: «Prävention und Empirie—Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», cit. n. 32, pp. 94 n. 31 y 99 n. 63.

73 FRISCH, Wolfgang: «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», cit. n. 32, pp. 374 y s. Sobre los problemas que plantean conceptos como el de «tendencia» («Hang»), ampliamente v. KINZIG, Jörg: «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», cit. n. 46, pp. 127 y ss.; el mismo: «Der Hang zu erheblichen Straftaten — und was sich dahinter verbirgt», *NSfZ*, 1998/1, pp. 14 y ss. también, KAISER en KINZIG, Jörg: «Kolloquiumsdiskussion: Die Praxis der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 109 (1997), p. 167. Sobre los problemas de determinación de este último STREE, Walter en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 25, § 66, margs. 19 y ss.

ras previstas en los tres primeros números del título primero, título séptimo o título octavo capítulo primero y quinto, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, la medida de custodia *cuando de los hechos se infiera su inclinación a la lesión de los bienes jurídicos tutelados en los mismos, previos los informes...*⁷⁴.

Ciertamente, las anteriores reflexiones se orientan hacia la introducción de la custodia de seguridad en nuestro sistema de medidas, esto es, una medida de seguridad privativa de libertad. Sin embargo, en ello no se agotan los posibles tratamientos ulteriores a la pena sobre sujetos imputables⁷⁵. Así recientemente, el recluso Ismael Velásquez, condenado por unos hechos similares a los expuestos al principio, ha solicitado la denominada castración química⁷⁶. Ésta consiste en el uso de sustancias como la ciproterona, que permite un tratamiento reversible que interactúa entre las fantasías y las acciones sexuales reduciéndolas entre un 50 y un 76 por ciento. Dentro de sus posibles ventajas se encuentra también la flexibilidad del tratamiento, que permite desde la administración diaria hasta en forma de inyección intramuscular que abarca periodos comprendidos entre uno y tres meses. Se trata de un proceder que posibilita una importante neutralización de la peligrosidad sin recurrir a la privación de libertad así como su adecuación al grado de control que se precise tener sobre el sujeto. Sin duda, la entidad y efectos de la intervención, así como el régimen de la misma, no permite su imposición forzosa, requiere la aceptación y colaboración voluntaria del sujeto. Por ello sólo cabe pensar en una introducción con carácter subsidiario siguiendo el modelo del § 51.3 *öStGB*⁷⁷. En este punto, también, comentaba ROMEO CASABONA las posi-

bilidades que ofrecen las nuevas tecnologías frente a medidas como la de custodia, en concreto, señalaba la intención de algunas comunidades de emplear tecnología GPS para asegurar un mayor control de los actores en supuestos de imposición de medidas no privativas de libertad, tal y como se prevé en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Se trata de mecanismos, generalmente una pulsera o etiqueta electrónica, que a través de un transmisor de señales permiten ubicar a la persona observada con un margen de error de tan sólo dos metros. Aún en supuestos en los que no quepa centrar la vigilancia en uno o varios posibles sujetos pasivos, estos mecanismos en tanto que acentúan la certeza de posibles consecuencias jurídicas muestran una innegable idoneidad preventiva.

Finalmente, en relación con este último aspecto, cobran especial interés medidas como, por ejemplo, la sujeción a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario (artículos 96.2.11ª y 105.1.a), o sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual u otros similares, tal y como se prevé en los artículos 96.2.12ª y 105.1.f)⁷⁸. También, la cláusula sexta del artículo 83.1, dado su carácter abierto⁷⁹. La fórmula recogida en el artículo 99 («suspender el cumplimiento del resto de la pena..., o aplicar algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3») permite integrar este catálogo con el de las medidas que se recogen en el artículo 83 del Código Penal e implementarlo a través de la citada cláusula. En cuanto a la menor gravedad de estas medidas frente a las privativas de libertad, permite un mayor margen de extensión temporal, dado que su proporcionalidad no se establece en términos temporales sino,

74 En un sentido próximo a la definición de habitualidad propuesta por CEREZO MIR, José: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 32.

75 En este sentido, crítico con la custodia de seguridad, v. STRENG, Franz: «Modernes Sanktionenrecht?», *ZStW*, 111, (1999), pp. 835 y s., con ulteriores referencias en n. 30 y ss.

76 Noticia recogida en el diario *El Mundo*, domingo 14 de noviembre de 2004. Sobre ello, recientemente, también v. MARTÍNEZ GUERRA, Amparo: *Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad*, cit. n. 15, p. 28.

77 En concreto establece el § 51.3 *öStGB*: «(3) Mit seiner Zustimmung kann dem Rechtsbrecher unter den Voraussetzungen des Abs. 1 auch die Weisung erteilt werden, sich einer Entwöhnungsbehandlung, einer psychotherapeutischen oder einer medizinischen Behandlung zu unterziehen. Die Weisung, sich einer medizinischen Behandlung zu unterziehen, die einen operativen Eingriff umfaßt, darf jedoch auch mit Zustimmung des Rechtsbrechers nicht erteilt werden». Otros ejemplos recoge SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inoculación», cit. n. 3, pp. 704 y s.

78 No obstante, críticamente, sobre la indeterminación de su régimen de ejecución, v. JORGE BARREIRO, Agustín: «Artículo 105» en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, pp. 148-50.

79 Próxima a la prevista en el § 68b del Código Penal alemán, en concreto, establece este precepto: «(2) Das Gericht kann dem Verurteilten für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit weitere Weisungen erteilen, namentlich solche, die sich auf Ausbildung, Arbeit, Freizeit, die Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder die Erfüllung von Unterhaltungspflichten beziehen...». Sobre la misma, ampliamente, v. STREE, Walter en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 25, § 68 b, margs. 18 y ss.

como vimos, en función de lo injusto y el grado de culpabilidad. En este sentido, en relación con la libertad vigilada (§ 68 *StGB*), el legislador alemán ha previsto su imposición para sujetos que han permanecido internados diez años de custodia de seguridad (§ 67 d IV *StGB*)⁸⁰, e incluso, y lo que es más interesante dada la dudosa constitucionalidad de algunos aspectos de este sistema de medidas⁸¹, mediante la Ley de lucha contra la delincuencia sexual y otros hechos punibles peligrosos (*SexualdelBekG*) de 26-1-1998 se prevé su imposición por duración indeterminada si, entre otros requisitos, no sigue un tratamiento curativo o de desintoxicación⁸².

Sin duda, la introducción de todas estas medidas exige, según se señaló, una flexibilización del orden de cumplimiento que se establece en el artículo 99 del Código, donde se prevé la imposición anticipada de la medida para los supuestos de concurrencia con pena. Este último régimen puede ser idóneo para muchos de los supuestos recogidos en el artículo 104, esto es, apreciación incompleta de las eximentes de anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y alteraciones en la percepción. En estos casos, la imposición previa de la medida y la suspensión del cumplimiento del resto de pena para no perjudicar los logros alcanzados con la primera, se muestra como un proceder razonable.

Ahora bien, se presentarán, sin duda, supuestos donde las necesidades de prevención general desaconsejan la suspensión de la pena⁸³.

También donde las medidas, por su naturaleza y finalidad, sólo tengan sentido cuando se impongan una vez cumplida aquélla. Éste es el caso de las medidas señaladas. Entonces, cuando se acentúan los fines de custodia y control frente a los de carácter terapéutico, no parece conveniente la ejecución de la medida en primer lugar⁸⁴. Por ello es preciso flexibilizar el sistema de cumplimiento o, cuando menos, introducir esta posibilidad para supuestos tasados, evitando así los riesgos de los que advierte CERESO MIR relativos a una neutralización práctica del sistema vicarial⁸⁵. Así, por ejemplo, podría establecerse: «art. 99. En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento anticipado de la medida, que se abonará para el de la pena, salvo cuando este régimen de cumplimiento perjudique los fines que se persiguen con la misma o se trate de los supuestos previstos en el artículo 104 bis del Código Penal...».

Finalmente, en relación con el contenido, quiero señalar que las ideas propuestas, en especial, la introducción de la medida de custodia en nuestro Código Penal como solución alternativa de la reincidencia, sólo tienen sentido si se perfila de forma previa un régimen de ejecución y contenido diferenciado. Su reducción a una

80 Ampliamente, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, pp. 821 y ss.

81 No obstante, v. *BVerfGE*, NJW, 2004/11, pp. 739 y ss. En la doctrina, por ejemplo, STREE, Walter en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. n. 25, § 66, marg. 3.

82 No obstante, sobre esta reforma, críticamente, v. ALBRECHT, Hans-Jörg: «Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform», cit. n. 3, pp. 863 y ss.

83 Con carácter general, en relación con el régimen previsto en el artículo 9.1 ACP, señalaba SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 42, la insuficiencia del resultado del tratamiento para justificar la extinción o reducción de la medida, tal y como preveía este precepto. Porque, a su juicio, aunque «el buen éxito del tratamiento supone un claro aseguramiento cognitivo de las expectativas sociales en cuanto al funcionamiento del Ordenamiento jurídico, puesto que el pronóstico inicial de peligrosidad ha quedado desactivado...», ello no puede conducir al olvido de la existencia de un injusto parcialmente imputable al sujeto, al que corresponde la pena impuesta (con la correspondiente eximente incompleta), la cual puede seguir siendo precisa desde perspectivas de prevención general», señalando la mayor idoneidad de la fórmula prevista en el actual artículo 99 CP al garantizar la posibilidad de reversión.

84 Así, por ejemplo, v. el § 24.2 *StGB*, donde se excepciona para los autores reincidentes peligrosos el régimen general de cumplimiento previo de la medida que se prevé en el § 24.1. Sobre esta cuestión, ampliamente, SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit. n. 11, pp. 199 y ss. También, señalando la necesidad de flexibilizar el orden de cumplimiento, CERESO MIR, José: «El tratamiento de los semi-imputables», *ADPCP*, 1973, pp. 34 y s.; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, p. 36, señalando la necesidad de «circunscribir los casos de medidas adicionales a la pena a supuestos totalmente excepcionales (como reconocimiento de insuficiencias asimismo excepcionalísimas del Derecho penal del hecho para la protección social) frente a sujetos muy peligrosos en relación con delitos graves o muy graves»; el mismo: «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general», cit. n. 22, p. 255; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Alcance y función del Derecho Penal», cit. n. 51, p. 37. En sentido contrario, con carácter general, JORGE BARREIRO, Agustín: «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», cit. n. 22, p. 195. Anteriormente, también, el mismo: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 165 y 188, señalando los problemas de seguridad jurídica que genera el excesivo ámbito de discrecionalidad que permiten el sistema vicarial en la determinación de la pena.

85 CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, p. 110.

aplicación o mantenimiento, una vez cumplida la pena, del régimen general de privación de libertad creando de facto una agravante cualificada de reincidencia debe rechazarse dadas las dudas de constitucionalidad que generan ya los marcos de algunas penas. La modificación del tratamiento punitivo de la reincidencia en el Código debe abordarse y discutirse de forma directa, también la idoneidad de un tratamiento subsidiario a través del sistema de medidas y la posibilidad de salvar a través de su contenido las mencionadas dudas de constitucionalidad. En este sentido, entiende ROMEO CASABONA que «deben ser suprimidas las medidas de seguridad que conduzcan en su forma de ejecución a una identificación con la pena»⁸⁶. Arguye posibles vulneraciones de la dignidad humana y del principio de humanidad de las penas⁸⁷. Ciertamente, esta última crítica afecta en menor medida al modelo de custodia que aquí se sugiere, proporcional al hecho cometido y al grado de culpabilidad. Aun así, tiene razón este penalista cuando señala la importancia del contenido para salvar los problemas comentados. Por ello, la opción de la custodia de seguridad debe traducirse en un régimen de ejecución y un contenido orientado hacia la integración social del delincuente.

Se trata, en consecuencia, de un régimen que también obliga a asumir un margen de riesgo en el tratamiento⁸⁸. Esta necesidad se acentúa por la inseguridad de los juicios de pronóstico, las dudas referentes a la eficacia de estos tratamientos y su rigurosidad⁸⁹. En este sentido, y tras diecinueve años de privación de libertad puede entenderse, en cierto modo, la concesión del permiso al señor Jiménez García. Si bien, tras estos hechos, ofrece bastantes motivos para la aplicación de una medida de custodia con posterioridad al cumplimiento de la próxima pena privativa de libertad, esto es, dentro de veinte o treinta años (!).

Aunque en un plano teórico estas cuestiones pueden parecer sencillas. Por ejemplo, hablar de centros de terapia social o de su idoneidad para ser aplicadas a personas no susceptibles de ser tratadas médicamente puede resultar convincente a este nivel. El fracaso de los mismos ha llevado a su supresión en otros Estados europeos como Alemania, donde el tratamiento en un establecimiento de terapia social ha terminado en un tratamiento especial dentro de la ejecución penitenciaria⁹⁰. En nuestro país, también, la Ley de Vagos y Maleantes se realizó en algo bien distinto a lo que idearon sus inspiradores⁹¹. Por este mismo motivo propuestas tan interesantes como

86 ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 180 y s. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco: «Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit. n. 20, p. 829.

87 ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, pp. 90 y ss. En esta línea también v. *BVerfGE*, NJW, 2004/11, p. 740.

88 Así ya MUÑOZ CONDE, Francisco en: Jescheck, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, cit. n. 27, pp. 124 y s. Más recientemente, señalando con carácter general —y pese a su componente de riesgo— la necesidad del contacto con el exterior en toda política de reinserción, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, cit. n. 6, *pássim*, especialmente, pp. 27 y ss., 31 y ss.; siguiendo a SCHALL, Hero/ SCHREIBAUER, Marcus, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuización», cit. n. 3, p. 710.

89 En esta línea, por ejemplo, v. GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Artículo 6», cit. n. 16, p. 239; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, pp. 46 y s. Señalando incluso la «propia inidoneidad del concepto de peligrosidad para servir de garantía suficiente a favor de la persona que va a ser considerada peligrosa», SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, cit. n. 24, pp. 55 y ss., quien, no obstante, cree, p. 59, en la posibilidad de superar procesalmente tales deficiencias. Anteriormente, también, v. la crítica exposición de VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Métodos de determinación de la peligrosidad», cit. n. 13, pp. 395 y ss. En Alemania, por ejemplo, ALBRECHT, Hans-Jörg: «Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform», cit. n. 3, pp. 878 y ss.; KINZIG, Jörg: «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», cit. n. 46, pp. 125 y ss., con ulteriores referencias en n. 16; SCHALL, Hero/ SCHREIBAUER, Marcus: «Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern», cit. n. 46, pp. 2413 y ss.; STRENG, Franz: «Modernes Sanktionenrecht?», cit. n. 75, p. 834. En la doctrina italiana, por ejemplo, MUSCO, Enzo: «Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens», cit. n. 58, pp. 428 y ss. Con carácter general, cuestionando sobre estas razones la legitimidad de estos institutos v. BOCK, Michael: «Prävention und Empirie — Übrs das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», cit. n. 32, pp. 93 y ss., especialmente p. 95.

90 Sobre ello, v. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit. n. 32, pp. 85 y, en relación con la medida de internamiento de hospital psiquiátrico, pp. 806 y s. Más recientemente, LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 710 y s., con ulteriores referencias en n. 42 y ss., y pp. 733 y s. En relación con la experiencia italiana, v. MUSCO, Enzo: «Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens», cit. n. 58, pp. 426 y ss. En nuestra doctrina, en relación con el internamiento en establecimiento de custodia o de trabajo previsto en los arts. 5.1º, 6.11.a), 6.13.a) de la antigua LPRS, v. también los comentarios de JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 117, 118, 125 y 150.

las realizadas por CERESO MIR, relativa a la introducción de centros de terapia social para el tratamiento de los psicópatas⁹², deben valorarse con cautela. En este sentido, sobre las posibilidades de implantación de estos sistemas en nuestro país, señalaba ya ROMEO CASABONA en relación con «los delincuentes habituales, frente a los cuales sólo quedaría la alternativa de internamiento en centros de terapia social [que se trata de un] objetivo irrealizable con carácter general... por su elevadísimo coste económico, sin contar con las fundadas dudas sobre su oportunidad así como sobre su eficacia rehabilitadora»⁹³. Como ejemplo, valen también las limitaciones introducidas por el propio CERESO a la propuesta recogida en su ponencia ante la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación, tratando de reducir el campo de aplicación de la medida comentada en aras de su viabilidad económica⁹⁴. En cualquier caso, el tratamiento idóneo de las psicopatas y de los delincuentes habituales es una cuestión cuya respuesta supera a la Ciencia del Derecho penal. Se trata de un problema multidisciplinar del que tan sólo pretendo aquí esbozar un posible cauce jurídico.

3. Imputabilidad disminuida

Finalmente, en relación con la última de las hipótesis planteadas, la apreciación en el actor de imputabilidad disminuida, caben —en principio y— de forma complementaria las consideraciones manifestadas en relación con los dos supuestos anteriores. Con respecto a la aplicación de medidas de carácter terapéutico, es preciso modificar la comprensión de la proporcionali-

dad que se recoge en el Código Penal. Aun cuando se entienda con la doctrina mayoritaria que la pena aplicable, en relación con la cual deben establecerse los límites temporales de la medida, no es la que resulta una vez que se hayan computado las eximentes. Las razones son varias. Desde una perspectiva problemática, se dificulta la adaptación del tratamiento a la concreta forma de peligrosidad. La determinación de los límites temporales y de rigor de la medida en función del marco penal correspondiente al hecho excluye la posibilidad de que, una vez desbordados los mismos, continúe el tratamiento terapéutico cualquiera que sea la forma que se estime más idónea, sea a través del internamiento o por la vía de las medidas no privativas de libertad. Pues ello ya excede del margen que permite la propia pena⁹⁵. La perspectiva material la ofrece la naturaleza jurídica de su tratamiento, se le está considerando enfermo y se trata de sanar, en consecuencia, carece de sentido articular la forma jurídica propia de un castigo⁹⁶. La necesidad de seguridad jurídica puede y debe encontrar satisfacción, como se ha dicho, a través de un fortalecimiento de los cauces procesales.

Una vez aplicadas las medidas anteriores y, en su caso, el periodo restante de pena, en principio y desde un punto de vista teórico, cabría la ulterior imposición de medidas de seguridad dirigidas a actores imputables. Tanto la medida de custodia como las no privativas de libertad. El problema que se plantea entonces es de fundamento, esto es, si resta un margen de injusto y culpabilidad suficiente como para justificar el contenido aflictivo que

91 Así v. MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan: Las consecuencias jurídicas del delito, cit. n. 20, pp. 200 y s.

92 CERESO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. III Teoría jurídica del delito/2*, cit. n. 16, pp. 74 y ss. Anteriormente, v. el mismo: «El tratamiento de los semi-imputables», cit. n. 84, pp. 20, 32 y s.; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990», cit. n. 10, pp. 33 y s.; el mismo: «El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general», cit. n. 22, pp. 252 y s.; el mismo: «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», cit. n. 10, pp. 1474 y s., con amplias referencias bibliográficas en n. 47 y s. También GARRIDO GUZMÁN, Luis: «El tratamiento de psicopatas y los establecimientos de terapia social», cit. n. 1, pp. 1057 y ss. Sobre nuevas posibilidades punitivas, en nuestra doctrina, también v. GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Teoría de la pena*, Tecnos, 1987, pp. 177 y ss.

93 ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit. n. 12, p. 181. También v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuización», cit. n. 3, p. 701, en especial, n. 6.

94 V. referencias bibliográficas recogidas en n. 92. En relación con LPRS, también v. JORGE BARREIRO, Agustín: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit. n. 22, pp. 300 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, v. LESCH, Heiko H.: *La función de la pena*, cit. n. 50, p. 35.

95 Así, con razón, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit. n. 24, p. 37.

96 En este sentido, también, a partir de las ideas de necesidad, adecuación y subsidiariedad, así como de la comprensión del criterio de proporcionalidad sobre la base del pronóstico de comisión de hechos futuros, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, pp. 806 y ss. Argumentando la innecesidad de su imposición desde un punto de vista preventivo-general, el mismo: «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semi-imputables (con especial referencia al PCP 1994)», cit. n. 19, p. 798.

comportan las mismas. El déficit en estos términos que trasluce la apreciación incompleta de las eximentes parece oponerse a esta posibilidad. Al menos en relación con la medida de custodia. Con carácter general, parece difícil encontrar una base de culpabilidad suficiente para sustentar una privación de hasta cinco años de libertad, si bien podrían presentarse supuestos concretos excepcionales. Luego, parece que en estos supuestos el protagonismo corresponderá a las medidas no privativas de tal derecho.

IV. Solución del supuesto de hecho

De *lege lata*, ya expusimos las soluciones jurídico-penales que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Si el Sr. Jiménez García es declarado culpable, cabe la imposición de una pena privativa de libertad de una duración aproximada de veinticinco años. Nuestro Código no prevé la imposición de medidas a actores imputables. Por el contrario, si se entiende que estamos ante un actor inimputable o con imputabilidad disminuida cabe la imposición de medidas, si bien el sistema previsto muestra las deficiencias y riesgos señalados en el apartado II.

De *lege ferenda*, se han propuesto las siguientes soluciones. En los supuestos de imputabilidad, constitucionalmente, apenas cabe acentuar el rigor punitivo. Sin embargo, el desarrollo del sistema de medidas ofrece diferentes posibilidades. La exposición se ha centrado en la denominada custodia de seguridad. En este sentido, entiendo que tratándose de actores culpables reincidentes cabría la imposición de esta medida durante un periodo aproximado de hasta cinco años, esto es, sobre el mayor grado de culpabilidad que proporciona la reincidencia. No obstante, también cabe la imposición de medidas no privativas, cuyo menor rigor permite una mayor extensión temporal. Así, debe mencionarse los diferentes modelos de libertad vigilada y tratamiento ambulatorio que ofrece el Derecho comparado. En algunos su-

puestos de tratamiento, dado su escaso gravamen, podría ser viable incluso una imposición con carácter indefinido. En cualquier caso, la ausencia de fundamento alternativo a la medida de lo injusto y grado de culpabilidad, impide ir más allá de estos parámetros en la afectación de los derechos del ciudadano. En los supuestos de delincuencia inimputable, difíciles dadas las particularidades de estos trastornos⁹⁷, se propone modificar el rígido sistema de plazos a través de un fortalecimiento de los cauces procesales. En cuanto a la naturaleza de esta clase de medidas, entiendo que la ausencia de culpabilidad impide un juicio de reproche y la imposición –racional– de castigo, el tratamiento jurídico-penal de estos sujetos se explica por su acentuada peligrosidad. En los supuestos de imputabilidad disminuida, las medidas terapéuticas deben superar los rígidos plazos de la actual regulación a través del señalado fortalecimiento de los cauces procesales. La custodia de seguridad, podría imponerse con posterioridad al cumplimiento de la pena, sin embargo, será preciso establecer el margen de injusto o culpabilidad que autoriza su imposición. La excepción en su ejecución de principios vicariales, ejecución posterior a la pena o no computación a tales efectos, es muestra, una vez más, de las diferentes naturalezas jurídicas que se aprecian entre las posibles medidas de seguridad.

V. Un último comentario

Hace algunos años KINZIG nos hablaba de un ciudadano alemán que en sus últimos cuarenta años, había permanecido en reclusión los últimos treinta y cinco, 4 años y ocho meses de pena y el resto de custodia de seguridad. También de otro ciudadano que por la comisión de delitos contra el patrimonio había permanecido en privación de libertad, además del tiempo de pena, catorce años de custodia de seguridad⁹⁸. Más recientemente LAUBENTHAL exponía –si bien favorablemente– una inquietante tendencia del legislador y Tribunal Constitucional alemán hacia

97 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Locos y culpables*, cit. n. 17, pp. 100-2.

98 KINZIG, Jörg: «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», cit. n. 46, p. 159, señalando, p. 164, que una política criminal racional debería renunciar a la custodia de seguridad tal y como se recoge actualmente en el Código Penal alemán; el mismo: «Kolloquiumsdiskussion: Die Praxis der Sicherungsverwahrung», cit. n. 73, p. 182. Críticamente, también, STRENG, Franz: «Modernes Sanktionenrecht?», cit. n. 75, pp. 833 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas en n. 26. En sentido contrario, sin embargo, LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 715 y s.

99 LAUBENTHAL, Klaus: «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», cit. n. 2, pp. 703 y ss.; en relación la reciente «Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung», v. pp. 748 y ss.

un mayor desarrollo de esta medida⁹⁹. Sin embargo, cuando la pena rebasa la gravedad del delito por razones de prevención general, se afirma con unanimidad: «El delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Esto implica un desconocimiento de su dignidad humana»¹⁰⁰. También por ra-

zones de prevención especial «si se trata de apartarle de la sociedad (inocuidación)»¹⁰¹. La incidencia en la dignidad humana no se atenúa por un cambio de etiquetas. Medidas de seguridad o, más concretamente, custodia de seguridad en lugar de penas, no basta –ni puede bastar– para ocultar tales excesos¹⁰².

100 CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, cit. n. 4, pp. 30 y s. En el mismo sentido, no obstante, *BVerfGE*, NJW, 2004/11, pp. 739 y s.

101 *Ibidem*.

102 Así, también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El retorno de la inocuidación», cit. n. 3, pp. 705 y, en relación con algunas tendencias observables en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, 707.